



Boletín nº 6

Noviembre 2005 - Marzo 2006

ÍNDICE

La viabilidad Jurídica de simultanear el recurso de reposición con las medidas cautelarísimas de la Ley 29/1998: Estudio Especial del Caso Giovanella Por Mario Alberto Rodríguez Domínguez 2

Manual sobre las relaciones laborales en el entorno de los servicios deportivos locales Por D. Koldo Irurzun Ugalde 5

Análisis de la reciente reforma en el régimen de convocatoria de la Junta General Ordinaria en las Sociedades Anónimas Deportivas en España: Examen de la legalidad de diversas convocatorias efectuadas en el año 2005. Por Mario Alberto Rodríguez Domínguez ... 55

Justificación de las lesiones y violencias en los deportes: Un análisis penal de los deportes violentos como el Fútbol. Por Ricardo Cristian Loayza Gamboa 58

A justiça desportiva e os princípios disciplinares *Sanções desportivas e applicacoes de penalidades – Ofensas físicas e morais - A responsabilidade na infração de menores de 14 anos* Por Marcilio Krieger 79

Un vistazo a los órganos jurisdiccionales deportivos en el fútbol mundial Por Antonio Villegas Lazo 92

La viabilidad Jurídica de simultanear el recurso de reposición con las medidas cautelarísimas de la Ley 29/1998: Estudio Especial del Caso Giovanella

Por Mario Alberto Rodríguez Domínguez

En mi primera intervención en este foro quisiera felicitar sinceramente a los promotores de la web y desearles grandes éxitos jurídico-deportivos en la red.

Ante las informaciones aparecidas en los medios de comunicación sobre el caso del jugador de fútbol del Club Celta de Vigo **Everton Giovanella**, sancionado con dos años de suspensión de la licencia federativa por doping, no quería desaprovechar la oportunidad y dar mi opinión para intentar, siquiera, arrojar un poco de luz sobre la posibilidad a la que parece haberse acogido el club gallego de simultanear el recurso de reposición ante el Comité Español de Disciplina Deportiva (CEDD) y solicitar las medidas cautelarísimas ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, solicitando en ambas acciones la suspensión de la ejecución de la sanción, recurriendo la resolución del CEDD que inadmitía la citada suspensión.

En primer lugar hay que deslindar por un lado, el recurso de reposición, y por otro las citadas medidas cautelares.

Con respecto a los **recursos administrativos** es necesario poner de manifiesto que constituyen un privilegio de la Administración en la medida en que para los actos que no agotan la vía administrativa se impone el recurso en vía administrativa antes de poder acudir a la vía contenciosa-administrativa, como así ocurre con el recurso de alzada. Sin embargo el recurso de reposición, que aparece regulado en los artículos 116 y 117 de la ley 30/92 (LPAC), tiene una naturaleza potestativa, por lo que podrá interponerse o, por el contrario, acudir directamente a la vía judicial citada. Aunque como dispone el artículo 116.2 LPAC no se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

Por tanto, una vez interpuesto el recurso de reposición se cierra la posibilidad de acudir a la vía contenciosa-administrativa hasta que se nos notifique la resolución expresa o transcurra el plazo de un mes del art.117.2 LPAC para que opere el silencio negativo.

En el presente caso resulta de aplicación la ley 30/92, del procedimiento administrativo común, al procedimiento disciplinario ante el CEDD habida cuenta de que el art.64 del R.D. 1591/92 así lo ordena. Y además las resoluciones de este órgano administrativo, adscrito orgánicamente al Consejo Superior de Deportes, son susceptibles de fiscalización en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo como así prevé el art.58 *in fine* del mencionado Real Decreto.

En lo que se refiere a la utilización de las **medidas cautelares** en el proceso contencioso-administrativo hay que destacar que, como ha manifestado reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional, forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, al proteger los intereses cuya defensa

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

se pretende, evitando que la ejecución del acto impugnado suponga convertir a la Administración en juez y parte.

Con respecto a las medidas cautelarísimas *in audita parte* previstas en el art.136.2 de la Ley 29/98 (LJCA), se impone indicar que las principales diferencias con respecto a las medidas generales vienen referidas a los criterios establecidos para la adopción de aquéllas y a la posibilidad de que se soliciten y acuerden antes incluso de iniciar el proceso contencioso-administrativo. Y así frente a los criterios generales contenidos en el artículo 130 –el «*periculum in mora*» en relación con la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto–, se prevé que en los supuestos de inactividad administrativa –no cualquiera, sino sólo en los casos previstos en el artículo 29– y vías de hecho, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que se ponderarán de forma circunstanciada.

De ello resulta que si lo impugnado en vía jurisdiccional es un acto administrativo (como ocurre en el presente caso con la resolución del CEDD denegatoria de la suspensión de la ejecución de la sanción), o una disposición general, habrá que estar a los requisitos establecidos en el artículo 130 LJCA, pero si, por el contrario, lo impugnado es la inactividad administrativa o una vía de hecho de las recogidas en los artículos 29 y 30 LJCA, deberá, necesariamente, estarse a lo dispuesto en el artículo 136 LJCA, sin que sean aplicables aquéllos, por lo que en tales casos es preciso adoptar la medida cautelar solicitada, con los límites previstos en este último artículo:

a) El primero de dichos límites es «*que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos*», es decir, que no estemos ante un supuesto de inactividad administrativa o vía de hecho de las recogidas en los preceptos citados. En tales casos no es que no proceda la medida cautelar sino que lo improcedente es el mismo recurso contencioso-administrativo cuya inadmisibilidad debería declararse al amparo de lo establecido en el apartado 3 del artículo 51 LJCA. Otra cosa es que en estos supuestos pueda darse la circunstancia de que impugnada una actuación administrativa como inactividad o como vía de hecho, no constituya tal, pero sí pueda reconducirse a un acto administrativo expreso o, lo más frecuente, presunto. En estos casos entiendo que, igualmente, cabría reconducir la impugnación jurisdiccional a sus justos términos, lo que tendría su proyección en el ámbito de la tutela cautelar impidiendo la aplicación del artículo 136.1 LJCA, pero dando entrada al artículo 130 LJCA.

b) El otro límite establecido en el precepto es que «*la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada*». Con ello se trata de reproducir el límite establecido con carácter general para la adopción de las medidas cautelares respecto de actos administrativos y disposiciones generales.

Y en torno a la finalidad de estas medidas cautelarísimas hay que reseñar que buscan anticipar la decisión del Tribunal, sobre la suspensión de la ejecutividad de la actuación u omisión administrativa, a la posterior presentación del recurso contencioso-administrativo; que deberá efectuarse en el plazo de 10 días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares como fija el propio art.116.2 LJCA, ya que de no interponerse en dicho plazo quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo indemnizarse los daños y perjuicios que se hayan producido con la medida cautelar.

Descendiendo al supuesto del Celta de Vigo es necesario indicar que el club gallego tenía 2 opciones:

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

1ª.- Bien interponer el recurso potestativo de reposición ante el CEDD, en vía administrativa, contra la denegación de la suspensión de la ejecución de la sanción.

2ª.- O bien interponer directamente el recurso contencioso-administrativo, solicitando además la adopción de las medidas cautelares generales de los arts.129 y ss de la LJCA.

Las citadas opciones son alternativas, pero escogida una produce el efecto de bloquear o paralizar la otra. El acudir a la vía administrativa en el presente caso es una facultad del recurrente, y no una obligación, pero utilizada esta vía por parte del club recurrente implica que se ha de esperar a la resolución expresa o presunta para poder acudir a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Sin embargo, la opción escogida por el Celta de Vigo de combinar ambas vías produce, en mi opinión, una incompatibilidad entre ambas acciones. Por lo que una vez interpuesto el recurso de reposición, no era ya posible ejercitar acción alguna en vía judicial.

Sería posible argumentar que el recurso de reposición no cierra totalmente el acceso a la vía judicial contenciosa, sino únicamente la posibilidad de presentación del recurso contencioso-administrativo, pero no la de las medidas cautelares. Admitiendo lo anterior, la solicitud de medidas cautelares en el vía contenciosa-administrativa supone inexorablemente la presentación del recurso contencioso en el plazo de 10 días, so pena de dejarlas sin efecto, posibilidad que sí estaría expresamente prohibida para el club recurrente mientras se sustancia el recurso de reposición interpuesto ex art.116.2 LPAC.

Por tanto, aunque admitiésemos que sería posible conjugar sendas acciones, las medidas cautelares decaerían, en todo caso, a los 10 días habida cuenta la imposibilidad de interponer el recurso contencioso-administrativo.

Pero es que, además, la utilización de las medidas cautelares por parte del Celta de Vigo es, a mi entender, errónea habida cuenta de que lo que se impugna es un acto administrativo y no una inactividad o vía de hecho de las previstas en los arts. 29 y 30 de la LJCA.

Por todo lo anterior, las actuaciones emprendidas por el Celta de Vigo en vía judicial no podrían ser acogidas hasta que se resuelva el recurso de reposición interpuesto, y, solicitando, además, las medidas cautelares generales y no las cautelares que no proceden.

Mario Alberto Rodríguez Domínguez es Licenciado en Derecho, Master en Derecho Deportivo, Doctorando en Derecho y Funcionario de Escala Superior de Administración Local en la rama jurídica

Manual sobre las relaciones laborales en el entorno de los servicios deportivos locales

Por D. Koldo Irurzun Ugalde

(Original publicado por la Diputación Foral de Bizkaia a través de Kirolbide)

ÍNDICE

I- Introducción	7
II- Problemática jurídico laboral típica en el sector deportivo.	8
<u>1. La existencia de contrato de trabajo y la “huida de la laboralidad”.</u>	8
1.1. Planteamiento	8
1.2. Elementos configuradores de la relación laboral	8
1.2.1 Las notas características reguladas en el Estatuto de los Trabajadores	8
1.2.2 Voluntariedad:	9
1.2.3 Retribución:	9
1.2.4. Ajenidad	12
1.2.5. Dependencia	13
1.2.5.1. Concepto	13
1.2.5.2. Aplicación práctica ante los Tribunales	14
1.2.6. Apreciación conjunta de los rasgos característicos y otros criterios adicionales para deslindar la laboralidad de una prestación.	15
1.2.7. Contratos de trabajo bajo la apariencia de contratación administrativa.	15
<u>2. Utilización incorrecta de modalidades contractuales. Uso indebido de modalidades contractuales temporales.</u>	17
2.1. Duración del contrato	17
2.2. Modalidades contractuales temporales	17
2.2.1. Los supuestos de contratación temporal	17
2.2.2. Contrato para obra o servicio determinado (ET art.15.1.a y RD 2720/1998)	18
2.2.2.1. Delimitación de la causa	18
2.2.2.2. La distinción entre tareas permanentes y temporales ante los Tribunales ordinarios.	18
2.2.2.3. El criterio del Tribunal Supremo.	20
2.2.2.4. La cuestión de la dependencia financiera externa y de la pluralidad de formas de gestión como justificante de la contratación temporal.	20
2.2.2.4.1 Planteamiento.	20
2.2.2.4.2. La dependencia de financiación externa.	20
2.2.2.4.3. Las sucesivas formas de gestión y la contratación temporal.	21
2.2.2.4.4. La función delimitadora de los Convenios Colectivos.	22
2.2.3. Contrato eventual por circunstancias de la producción (ET art.15.1.b y RD 2720/1998)	22
2.2.3.1. Delimitación del supuesto.	22
2.2.3.2. Problemática en su aplicación.	24
2.2.3.3. La labor delimitadora de los Convenios Colectivos.	25
2.2.4. Contrato de interinidad (ET art.15.1.c y RD 2720/1998).	25
2.2.4.1. Su régimen jurídico.	25
2.2.4.2. Conflictividad en su aplicación.	26
<u>3. Los trabajos cíclicos, el paradigma del socorrista y su tratamiento judicial. Contrato a tiempo parcial y el fijo discontinuo.</u>	27
3.1. Planteamiento.	27
3.2. El contrato a tiempo parcial: su régimen jurídico (ET art. 12 y RD 1131/2002).	28
3.3. Trabajadores fijos discontinuos (ET art. 15.8)	29
3.4. El caso paradigmático: los socorristas.	29
<u>4. Consecuencias del uso irregular de las modalidades contractuales en el caso de las Administraciones Públicas. Las peculiaridades de la condena de conversión en indefinido.</u>	29

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

4.1. Sujeción de las Administraciones al derecho laboral: peculiaridades del sometimiento.	29
4.2. La distinción entre el contrato fijo y el indefinido: una construcción artificial de la Jurisprudencia para responder al caso particular de las Administraciones.	30
4.3. La aplicación judicial.	30
<u>5. Dependencia de financiación o Programas externos de los proyectos deportivos y su influencia en la esfera contractual.</u>	31
<u>6. Problemas derivados de las sucesivas formas de gestión de los servicios deportivos y la subrogación en la posición de empleador.</u>	32
6.1. Planteamiento.	32
6.2. Los perfiles de la sucesión de empresa.	32
6.3. Su aplicación práctica: el criterio mayoritario.	33
6.4. El criterio minoritario.	34
6.5. Conclusión.	34
<u>7. Subcontratación, su utilización adecuada y la delimitación respecto de la cesión ilegal de trabajadores.</u>	36
7.1. Planteamiento	36
7.2. Delimitación de la subcontratación y la delgada línea que la separa de la cesión ilegal.	36
7.3. Consecuencias del prestamismo laboral ilícito:	37
7.4. Condenas por cesión ilegal en el ámbito de los servicios deportivos locales.	37
<u>8. Responsabilidad laboral de las Administraciones como promotoras y financiadoras de proyectos deportivos de terceros: centros escolares, escuelas deportivas, clubes y federaciones.</u>	39
<u>9. La prevención de riesgos laborales en el entorno de los servicios deportivos municipales.</u>	40
<u>10. Adecuación en las convocatorias públicas de plazas de servicios deportivos entre las funciones, titulaciones y clasificación profesional.</u>	43
III- Propuestas de reflexión y pautas para la regularización del empleo deportivo.	46
<u>1. Introducción: un contexto propicio para la regularización del empleo deportivo.</u>	46
<u>2. Disfunciones principales a regularizar y algunas pautas para ello</u>	47
2.1. Regularización en materia de Seguridad Social.	48
2.1.1. La cotización a la Seguridad Social.	48
2.1.1.1. Tipos de cotización	48
2.1.1.2. Base de cotización al Régimen General	49
2.1.1.3. Límites de bases y topes de cotización	49
2.1.1.4. Bonificación o reducción de cuotas	50
2.1.1.5. Características en la cotización de los contratos a tiempo parcial	50
2.2. Regularización en materia contractual y de condiciones de trabajo.	51
2.2.1 Contrato de trabajo en prácticas (ET art. 11.2 y RD 488/1998):	52
2.2.2. Contrato para la formación (ET art. 11.2 y RD 488/1998):	53
2.2.3. Otras cuestiones relacionadas con las condiciones de trabajo: los Convenios Colectivos.	53
2.3. Regularización en materia de prevención de riesgos laborales.	54

I- Introducción

La creciente demanda de los ciudadanos, en los últimos años, de instalaciones, servicios y ocio deportivo ha requerido respuestas por parte de los diferentes agentes que intervienen en el sistema deportivo (clubes, federaciones, centros escolares, universidades, diputaciones, centros deportivos privados...), incluidas las Administraciones Públicas Locales. En general, la consecuencia de esta exigencia social ha sido el incremento y la diversificación de la oferta deportiva, la mejora de su calidad y a la vez la gestión se ha vuelto más compleja¹. También para las Corporaciones Locales ha aumentado el grado de complejidad, por diversos factores, entre otros, la necesidad de coordinación de una oferta que ya no se produce en exclusiva sino que de manera cooperativa (en el caso de las Instituciones Locales, con centros educativos, clubes deportivos, empresas de servicios deportivos, etc.), la diversificación de las fuentes de financiación (entre otros, recursos presupuestarios propios, programas europeos, fondos de empleo estatales, subvenciones autonómicas y provinciales, tasas de usuarios, aportaciones de asociaciones de padres, ...), las nuevas exigencias legislativas (adaptación a las normas sobre salud laboral, titulaciones deportivas, etc.), o la progresiva profesionalización del sector deportivo, sustentado anteriormente en su mayor parte sobre el voluntariado, etc.

Esta evolución ha afectado al conjunto de las áreas que contribuyen a la producción de la oferta deportiva, y también ha alcanzado a la organización del trabajo y a las relaciones laborales deportivas.

En este contexto, este trabajo monográfico sobre las relaciones laborales deportivas en las Entidades Locales intenta ser un elemento de consulta y reflexión para los responsables municipales en materia deportiva. En concreto, se pretende un acercamiento a las problemáticas más comunes que en materia de empleo deportivo suscita la compleja gestión deportiva actual y contribuir por tanto a aflorar debates y problemáticas, plantear reflexiones y aclarar algunos conceptos que aporten a una mejora de la política deportiva municipal en materia de relaciones laborales.

Para abordar el estudio de esta materia, además de con materiales doctrinales, jurisprudenciales y documentales que pudieran servir para articular un marco teórico general, se ha querido aproximar a la realidad del deporte municipal de nuestro entorno, mediante encuestas remitidas por la Diputación Foral y cumplimentadas por los diferentes Ayuntamientos de Bizkaia, a quienes se agradece su valiosa contribución.

¹ Sobre la estrategias de implantación y crecimiento desarrolladas en el ámbito de los servicios deportivos municipales puede consultarse J. A. MESTRE SANCHO, *Estrategias de gestión deportiva local*, Ed. Inde, 2004.

II- Problemática jurídico laboral típica en el sector deportivo.

1. La existencia de contrato de trabajo y la "huida de la laboralidad".

1.1. Planteamiento

El ordenamiento jurídico permite a las Corporaciones Locales alcanzar unos determinados objetivos, en este caso, la oferta de servicios deportivos, bien asumiendo de manera directa la organización de la prestación de los mismos, bien acudiendo a la externalización o bien recurriendo a ambas de manera complementaria, esto es, a través de la gestión mixta¹.

Mediante las fórmulas primera y tercera, será la Administración Local la que se ocupe, en todo o en parte, de proveer de manera directa de los recursos humanos necesarios para el funcionamiento del servicio deportivo local. En este caso, la legislación legitima que la Administración obtenga las prestaciones de trabajo necesarias a través de vínculos o relaciones de naturaleza diversa (por ejemplo, contrato de trabajo, arrendamiento de servicios, relación funcional, contratos de asistencia o para trabajos específicos administrativos, voluntariado o atención directa por los cargos políticos), en cada caso con sus propias características y regulación singular. En este trabajo se atiende en particular a las relaciones establecidas con carácter laboral, si bien el primero de los asuntos jurídicos que se detecta en la práctica y en los conflictos planteados ante los Tribunales, es el de la confusión, a menudo interesada, entre algunas de las figuras. Así, no es extraño encontrarse con prestaciones de carácter laboral en cuanto a su esencia, que se tratan de revestir o encubrir bajo la apariencia de arrendamientos de servicios, contratos administrativos menores, de asistencia técnica o para trabajos específicos, o como relaciones de voluntariado, con el fin último de eludir las responsabilidades empresariales más rigurosas que se derivan del contrato de trabajo, que por definición ofrece mayor tutela al trabajador que los demás vínculos.

De ahí que en este primer apartado se trate de aclarar la frontera, a veces difícil de delimitar, de las prestaciones reguladas por el Derecho del Trabajo, esto es, de los contornos de la relación laboral, atendiendo a sus notas o características configuradoras y se haga un repaso sobre supuestos conflictivos analizados por los Tribunales, sabiendo de partida que para calificar la naturaleza de una relación ha de atenderse a lo que resulte acreditado en cuanto a su realidad, sin que sea decisivo el "nomen iuris" o denominación que las partes le hayan atribuido, como ha señalado el Tribunal Supremo².

1.2. Elementos configuradores de la relación laboral

1.2.1 Las notas características reguladas en el Estatuto de los Trabajadores

El Derecho del Trabajo se ocupa del trabajo que reúne las características de ser dependiente y por cuenta ajena, además de voluntario y retribuido. Estos rasgos distintivos de la "laboralidad" se obtienen a partir del concepto contemplado en el art.1.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), que define lo que para esta norma es una relación laboral:

*"...trabajadores que **voluntariamente** presten sus servicios **retribuidos** por **cuenta ajena** y **dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona**, física o jurídica, denominada empleador o empresario."*

Por tanto la presencia conjunta o acumulativa de los siguientes rasgos es decisiva para concluir que una prestación estará regulada y protegida por el Derecho del Trabajo:

a) Voluntariedad

¹ En el caso de los Ayuntamientos de Bizkaia, 15 entidades gestionan directamente sus servicios deportivos, 10 recurren a diversos sistemas de externalización y 19 complementan ambas fórmulas.

² Entre otras, en la STS 20 septiembre 1995 [RJ 1995, 6784]

- b) Retribución
- c) Ajenidad
- d) Dependencia o subordinación

Estas notas definitorias que se tratarán de perfilar, son muy genéricas y han exigido una permanente interpretación y concreción por parte de los Tribunales, los cuales han evolucionado en su concepción, de ahí que en ocasiones sea difícil establecer con contundencia la línea que separa una relación laboral de otras de naturaleza civil o mercantil.

De todas maneras podemos acercarnos a las mencionadas notas distintivas desde la caracterización efectuada por la doctrina y la jurisprudencia con ocasión de supuestos relacionados con el empleo deportivo.

1.2.2 Voluntariedad:

De acuerdo con esta nota definitoria, la prestación ha de ser consentida y libremente decidida por el trabajador, de manera que servirá para excluir del régimen laboral las prestaciones personales obligatorias. Afirmación que se corrobora explícitamente en el art. 1.3.b del ET:

"Se excluyen del ámbito regulado por la presente ley:

b) Las prestaciones personales obligatorias."

Si bien se trata de una hipótesis residual, esta norma excluiría de la laboralidad, por ejemplo, el trabajo desarrollado, hace algunos años en virtud de la normativa de objeción de conciencia y que obligaba a una prestación social sustitutoria. Fueron beneficiarias de las mismas algunas federaciones deportivas. Asimismo tendrían también este carácter las prestaciones derivadas de sentencias penales condenando a la realización de trabajos a favor de la comunidad.

Para aclarar aún más la idea, en el marco del deporte podrían mencionarse las prestaciones legales obligatorias de los deportistas federados, como la contemplada en el art. 47.1 de la Ley del Deporte 10/1990 de "asistir a las convocatorias de las selecciones deportivas nacionales para la participación en competiciones de carácter internacional o para la preparación de las mismas" o en el mismo sentido, la prevista en la Ley Vasca del Deporte 14/98, art. 49.4 que prevé la obligación de los deportistas federados de asistir a las convocatorias de las selecciones vascas y territoriales.

Cabe plantear por tanto, en sentido negativo, que este tipo de actividad legalmente impuesta, aunque cumpliera el resto de rasgos de laboralidad quedaría al margen de la regulación del derecho laboral.

En todo caso, tal como se deduce, este no va a ser un rasgo que en el ámbito de estudio del deporte municipal vaya a tener, por lo común, incidencia en el debate acerca de la presencia o ausencia de una relación laboral.

1.2.3 Retribución:

La retribución es un elemento que si bien es común a la mayoría de las relaciones mencionadas (arrendamiento de servicios, contratos para tareas específicas, relación funcional, ...), permite distinguir la relación jurídico-laboral de otras figuras de prestación de servicios basados en la mera liberalidad como es el caso del voluntariado o de los trabajos de amistad, benevolencia y buena vecindad, mencionados en los arts. 3 d) y e) del ET.

En el caso de las encuestas realizadas entre los ayuntamientos vizcaínos, se alude a situaciones de este tipo, y por tanto conviene aclarar los contornos de esta nota a fin de determinar si realmente se trata o no de relaciones retribuidas.

En principio, como regla general el art. 26.1 del ET considera salario "la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o especie, por la prestación profesional de los servicios laborales", si bien en el art. 26.2 se excluyen de tal concepto, "las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral¹, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos".

En definitiva toda aquella retribución percibida del empleador será salario, salvo lo que en general se denominan compensaciones de gastos e indemnizaciones.

De esta manera existe una presunción general de que toda percepción tiene carácter salarial y por tanto se estará en presencia de un rasgo distintivo de la laboralidad, independientemente de la calificación que pudieran darle las partes², salvo que se justifique su naturaleza compensatoria, en cuyo caso la relación se situará al margen del Derecho del Trabajo.

En el marco de las organizaciones deportivas son frecuentes las controversias sobre este rasgo, que determinará por ejemplo si se está ante una prestación laboral o voluntaria. En el caso de las encuestas cumplimentadas por los municipios de Bizkaia se mencionan al menos dos supuestos de prestaciones desarrolladas por voluntarios a los que sería de aplicación el análisis aquí realizado con vistas a determinar si la denominación dada por el Ayuntamiento coincide con la naturaleza jurídica real.

En muchas ocasiones la pequeña cuantía de las percepciones³, el pago a través de becas⁴, o el abono de retribuciones en especie¹, plantean la duda sobre la concurrencia de la retribución y en consecuencia sobre la existencia de una relación jurídico-laboral.

¹ Entre las compensaciones por gastos consideradas por los Tribunales se comprenden las percibidas por el desgaste de útiles y herramientas, por adquisición de prendas de trabajo, gastos de locomoción y dietas de viaje o plus de distancia y transportes urbanos, siempre que puedan justificarse y no encubran una verdadera retribución salarial. En la STSJ de Castilla y León de 6 de mayo de 1997 (Ar.1451), dos técnicos de hockey son invitados a impartir clases de hockey en Valladolid, "obligándose (el club) tan solo a satisfacerles los gastos de desplazamiento y de estancia en Valladolid durante los días que durasen las demostraciones... hechos que demuestran que en ningún momento han prestado los servicios retribuidos".

² Tal como ha señalado el Tribunal Supremo, por ejemplo, en Sentencia de 19 de mayo de 1995 (RJ 5204), "las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son, como por ejemplo una gratificación por vestuario (-o ropa deportiva-), mensual y sin justificar".

³ La cuantía de las percepciones, en general, no es un elemento decisivo para determinar la naturaleza retributiva o compensatoria de lo abonado. Así se estima la naturaleza salarial de lo percibido por un monitor de judo de centro escolar retribuido en cuantía de 52.400 pts/mes en meses de poca demanda de sus servicios (STSJ País Vasco 17-11-1998, Ar. 7226), monitor de Escuelas Municipales Deportivas de Alicante con salario de 48.140 pts/mes con dedicación de cuatro horas semanales (STSJ Valencia de 27-7-1998, Ar. 2995), trabajador en el Complejo Deportivo Municipal La Albericia, en jornada de 10 horas a la semana, salario 20.000 ptas. mensuales, siendo el objeto del contrato la realización de trabajos como monitor deportivo de la Escuela Municipal (STSJ de Cantabria de 31-12-1999, Ar. 6770) o monitor de Escuelas Deportivas Municipales con salario de 61.834 pts/mes a razón de cuatro horas semanales (STSJ de Valencia de 6-7-1998, Ar. 2987). En sentido contrario, y en la medida que se probó tal extremo documentalmente, se ha considerado que se estaba ante una compensación y no ante un salario (y por tanto, no concurre relación laboral) en supuestos como el de un colaborador en colocar la meta en una carrera ciclista ya que la cantidad económica percibida por su colaboración (45.000 pts) no es, en modo alguno, salario sino mera compensación por los gastos de estancia y viaje durante el desarrollo de la prueba deportiva (STSJ de Cantabria 27-1-2000, Ar. 434).

⁴ En ocasiones se han tratado de desvirtuar retribuciones de carácter salarial bajo la apariencia o denominación de becas de estudios y desfigurar así la naturaleza laboral de la relación. En supuestos de este tipo, los Tribunales han fijado su atención en la finalidad del pago: si la percepción tiene por objeto primario facilitar el estudio del becario y su actividad tiene un componente formativo se estará ante una beca, mientras que si el objeto principal es más bien

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Sin embargo la jurisprudencia ha venido aplicando la presunción general anteriormente señalada, correspondiéndole la carga de la prueba a quien alegue el carácter extrasalarial de una percepción.

Más allá, los criterios que han sido empleados por los Tribunales para reforzar la naturaleza salarial han sido los siguientes:

- La regularidad en los pagos, por ejemplo la liquidación y abono mensual, ha sido interpretada como un signo de regularidad frente a la irregularidad típica de las compensaciones o indemnizaciones.
- La fijeza de las cuantías, similitud de las cantidades abonadas, es un elemento que abunda sobre la regularidad anteriormente citada.
- La existencia de acuerdo previo sobre las cantidades. Esto es, los compromisos contractuales previos sobre la cuantía son un indicio de certeza frente a la indeterminación propia de las compensaciones de gastos.
- Indiferencia de la cuantía percibida, siendo así que el Salario Mínimo Interprofesional (SMI)² no constituye tampoco un umbral decisivo para determinar la presencia de retribución, más aún, el empleador que no lo respetara, en cualquier caso, podría ser obligado a completar el defecto hasta tal cuantía legal.

De este modo, para mantener la calificación de los definidos como voluntarios por las entidades locales, y eludir toda problemática desde el punto de vista jurídico, habrá de analizarse el hecho de si reciben algún tipo de percepción y en caso afirmativo asegurarse de que esta se corresponda verdaderamente con la compensación de gastos derivados de su prestación. Acreditado esto, el trabajo del colaborador se situará en el marco de las relaciones de voluntariado y se regirá por la normativa sectorial propia. Por tanto la ausencia de remuneración implica la inexistencia de relación laboral y no se plantearían problemas jurídico-laborales al quedar esas relaciones al margen del derecho del trabajo. Serían relaciones sujetas al régimen del voluntariado regulado por la Ley Vasca del Voluntariado 17/1998 de 25 de junio³. En otro caso, salvo prueba en contrario, el art. 26. 1 del ET presume que son percepciones que compensan el desempeño de las funciones desarrolladas, por tanto, se trataría de relaciones laborales por mucho que el ente local le atribuya otra denominación y en consecuencia, lo aconsejable sería proceder a la regularización de la situación.

satisfacer necesidades de quien ha concedido la beca o realizar tareas propias del proceso productivo de la entidad concedente se estará ante la retribución salarial de los servicios prestados, independientemente de la denominación que se haya dado a la cuantía abonada. Entre otras resoluciones que avalan esta tesis, STS de 14 de febrero de 1983 (RJ 588), STSJ Málaga 12 de enero de 2001 (AS 1151) y TSJ Castilla y León de 14 de marzo de 1996 (AS 468). Y más recientemente las STSJ del País Vasco de 6 de julio de 2004 (AS 1812) y de 18 de marzo de 2003 (AS 2567). De esta manera pese a pretender calificarse como Beca las prestaciones que mensualmente se abonan no existe obstáculo para incardinarla dentro de las previsiones del artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores y considerarla retribución.

¹ Sobre este particular ha de tenerse en cuenta que el salario en especie puede representar como límite máximo el 30% de las percepciones salariales del trabajador (art.26.1 ET). Al respecto es interesante la STSJ de Murcia de 23 de febrero de 2004 (AS 1567), que condena a un equipo de baloncesto a abonar el defecto de pago dinerario a un jugador cuyo salario en especie (alojamiento y manutención) superaba el 30% del salario en metálico.

² El SMI para 2004 fue de 460,50 euros/mes o 15,35 euros/día para trabajadores a jornada completa. En caso de jornada inferior se percibe a prorrata. Real Decreto 1793/2003 de 26 de diciembre, por el que se fijaba el SMI para 2004.

³ En coherencia con lo previsto por la normativa laboral, la Ley Vasca del Voluntariado extiende su campo de aplicación sobre las prestaciones que se desarrollen "sin retribución económica" (art. 2. d), incluyendo aquellas por las que se reciba "una compensación económica por los gastos realizados en el desempeño de su actividad" (art. 6. e).

1.2.4. Ajenidad

Aunque aquí se formulen de manera separada es muy habitual que los Tribunales realicen una valoración conjunta de este y el siguiente rasgo característico de la laboralidad (la dependencia, estudiada en el epígrafe 1.2.5.).

El concepto de ajenidad supone que el trabajador presta sus servicios para otro a quien «ab initio» pertenecen los frutos de dicho trabajo (así, se excluye el trabajo realizado por cuenta propia del ámbito de la legislación laboral, tal como expresa el Estatuto de los Trabajadores), entendiéndose este elemento en el sentido de transmisión originaria del resultado del trabajo a un tercero y plasmándose en el hecho de ser el empleador quien incorpora al mercado los frutos del trabajo y percibe directamente los beneficios, obteniéndose como resultado de lo indicado que será el empresario quien correrá con los riesgos, positivos o negativos, siendo el trabajador ajeno al resultado de la explotación de los frutos de su trabajo. Se aprecia así una triple vertiente en esta noción de la ajenidad: la ajenidad en los frutos, en el mercado y en los riesgos.

Todas estas teorías constituyen distintas perspectivas sobre una misma realidad o en definitiva distintos criterios para discernir sobre la concurrencia o no de la ajenidad, una de las notas caracterizadoras de la relación laboral.

En definitiva, el trabajo por cuenta ajena presupone que el riesgo de la explotación es asumido por un tercero, el empleador y sobre el mismo recae el resultado económico favorable o desfavorable de la actividad. En las ocasiones en que se ha planteado la cuestión en el marco del empleo deportivo (masajista de club deportivo, cuidador de campo de fútbol o profesor de hípica), los Tribunales han atendido a circunstancias como si el trabajador contaba con una organización propia que le permitiera ofrecer sus servicios a diferentes empleadores, si adquiriría o eran de su propiedad todos los útiles y herramientas de trabajo, si sus percepciones eran dependientes o no de la mayor afluencia de usuarios o de alumnos¹, etc. Siendo intrascendentes para la determinación de la naturaleza de la relación otro tipo de circunstancias como estar afiliado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) o que perciba retribución por tarifas fijadas por la empresa con inclusión del IVA, al tratarse de datos que no se corresponden con la naturaleza del vínculo².

Por tanto el trabajador por cuenta ajena no corre con el riesgo empresarial de la organización y financiación de su trabajo, cumple con ponerse a disposición de su empresa y desarrollar su prestación con aptitud, lo que le garantiza los ingresos pactados. Por el contrario el trabajador por cuenta propia acepta el riesgo de organizar y financiar su trabajo y ofrecerlo a clientes que puedan estar interesados, aún a riesgo de no ser contratado y sin la garantía de unas percepciones fijas. Para entendernos, es su propio "empresario". Por ejemplo, un masajista que afronta el riesgo empresarial de constituir toda la estructura necesaria (local propio o arrendado por ejemplo a un Ayuntamiento, mesa de masaje y todo lo necesario, -aceites, toallas, etc.- para desarrollar su labor), y ofrece sus servicios, asumiendo la posibilidad

¹ En la STSJ de LA Rioja de 29 de octubre de 2002 (JUR 71036), referida a una reclamación por despido de una empleada de mantenimiento del Frontón Polideportivo del Ayuntamiento de Fuenmayor, al discutirse como debate previo la propia existencia de una relación laboral entre las partes, el Tribunal señala que existe ajenidad cuando el Ayuntamiento "asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios, de manera que la posibilidad de beneficios o pérdidas se imputan sólo al empresario, existiendo una ajenidad de los riesgos", añadiendo para reforzar la concurrencia de esta característica que la actividad se desarrollaba "en las instalaciones y con los materiales, productos y útiles que le proporcionaba el Ayuntamiento" percibiendo "una cantidad fija mensual".

² Así se señala por ejemplo en la STSJ de Madrid de 16 de diciembre de 2003 (JUR 94811), en la que un profesor de padel reclama por despido frente a una empresa, desestimándose la pretensión al no acreditarse la dependencia y tampoco la ajenidad en la relación, porque cobraba directamente de los alumnos que acudieran a las clases, asumiendo los riesgos al variar sus ingresos en función del número de alumnos, el periodo de vacaciones no era retribuido y decidía él mismo si las tomaba o no, y la prestación de servicios se desarrollaba con autonomía de acuerdo con los alumnos.

de no cubrir los gastos efectuados, o no contar con clientela. En efecto, la ajenidad se difumina cuando la retribución depende de que se preste o no el servicio, siendo indicio de trabajo por cuenta propia la retribución por acto o servicio¹.

En cualquier caso, en ocasiones discernir la presencia o no de ajenidad resulta dificultoso y los supuestos planteados ante los Tribunales marcan la pauta sobre los criterios concretos empleados como referente distintivo².

1.2.5. Dependencia

1.2.5.1. Concepto

El ET art. 1.1 define el trabajo dependiente como aquel que se presta "dentro del ámbito de organización y dirección" del empleador.

Serán por tanto laborales y los Ayuntamientos deberán aplicar la normativa de Derecho del Trabajo, si se dan las notas de voluntariedad, retribución y ajenidad, a las prestaciones que se desarrollen dentro del círculo rector o ámbito de dirección de la empresa, o dicho de otra manera, que se produzcan bajo el poder organizativo y disciplinario del empleador que en consecuencia dará las instrucciones con arreglo a las cuales deberá realizarse la prestación laboral y en su caso podrá sancionar los incumplimientos laborales del trabajador.

En sentido contrario, el trabajador no dependiente dispone de libertad para organizar la prestación laboral y queda excluido de la esfera de la laboralidad.

¹ En este sentido STSJ de Galicia de 12 de julio de 1996 (AS 2719) que define como propia de un arrendamiento de servicios la relación mantenida entre una masajista y un club deportivo.

² Por citar algunos supuestos en los que no concurre la ajenidad, en la STSJ de Comunidad Valenciana de 12 de julio de 2001 (AS 1863) se desestima la existencia de relación laboral entre un monitor de judo y un Colegio Público porque "las cantidades percibidas por el actor, habida cuenta que quienes retribuían las clases impartidas por el recurrente eran los padres de los alumnos inscritos en las clases de judo" no pueden considerarse las propias de un trabajo por cuenta ajena. En esta línea se han pronunciado también las Sentencias de TSJ País Vasco, 2 de junio 1998 (AS 6251) y TSJ Extremadura, de 10 de marzo de 1997 (AS 1064). Igualmente, en la STSJ de Valencia 20 de junio de 1995 (Ar. 2567), se niega la ajenidad en la prestación de monitorea de gimnasia, co-fundadora del club deportivo que promovía las clases de gimnasia y que percibía directamente de los socios la cantidad correspondiente a las clases, "ya que la actora era miembro de la directiva y sus frutos no redundaban en beneficio de la asociación"; o en el mismo sentido, la STSJ de Galicia de 12 de julio de 1996 (Ar.2719), al negar la ajenidad en la relación de una masajista con un club deportivo ya que "la ajenidad se difumina cuando la retribución del trabajador depende de los frutos y beneficios de su trabajo, ya que en tal caso ni se advierte con claridad la transmisión del producto del trabajo, ni el riesgo de ejecución es asumido completamente por el empleador, pues si el salario es indeterminado y depende su existencia de que se preste o no el servicio (o de la posibilidad de que haya beneficios), no pagándose cuando el servicio no se presta, desaparece entonces ese requisito de ajenidad en los riesgos al soportarse estos conjuntamente por trabajador y empresario"; negación de ajenidad que se aprecia también en la STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 1997 (Ar.1824) en la que se suscita otro supuesto de masajista en club deportivo. Según la resolución, la realidad obedece a "una prestación de servicios para el propio beneficio del demandante, a lo que por supuesto no es óbice el abono a la demandada de una parte de sus ganancias, tanto en concepto de alquiler de la cabina, como en general, de compensación por la existencia de un servicio útil para el club y fundamental para el actor". Más aún, la empresa era "ajena a cualquier asunción de riesgos" en la medida que el actor "actuaba con medios materiales propios limitándose a prestar sus servicios profesionales cuando sus propios clientes lo solicitaban", aunque la relevancia de la aportación de productos y útiles de limpieza en el caso de la STSJ de Asturias de 5-12-1997 (Ar.4080) ha sido relegada como determinante si no tiene entidad económica suficiente para entender que se trata de una inversión, de un riesgo empresarial."

1.2.5.2. Aplicación práctica ante los Tribunales

Con todo, la jurisprudencia ha evolucionado desde una concepción rigurosa y absoluta de la dependencia hacia una mucho más flexible.

Así, indicios tradicionales como trabajar a jornada completa, la exclusividad, la sujeción estricta a órdenes e instrucciones del empleador, el control y la vigilancia del mismo, etc, son manifestaciones que se han ido flexibilizando y su no concurrencia no implica ausencia de dependencia. Y se han destacado otros indicios o elementos, por ejemplo en el supuesto de una reclamación por despido de un monitor de Yoga contra el Ayuntamiento de Pamplona¹, como el hecho de si es el empleador "y no los profesionales, quien programa el trabajo de éstos mediante la asignación y rotación de tareas", o si la empresa "coordina, supervisa y controla su actuación" o también si "la aceptación o rechazo de las tareas encargadas depende de la voluntad de los profesionales". Llegándose en este supuesto a la conclusión de que en el caso enjuiciado, la actividad se desarrollaba "con total libertad y autonomía, sin sujeción a controles externos, salvo, claro está, el cumplimiento de un horario de clases".

En esta línea de flexibilización de esta nota caracterizadora son especialmente interesantes para las Entidades Locales, diversas resoluciones del TSJ de Aragón² que resuelven sucesivas y similares demandas por despido de animadores comarcales contra los correspondientes Ayuntamientos que bajo la apariencia de "arrendamientos de servicios" habían contratado a los coordinadores deportivos. Discutida la naturaleza laboral o civil de la relación, el debate se centra en la característica de la dependencia y tras señalar el Tribunal que "la dependencia no exige ya la presencia del trabajador en las instalaciones empresariales con sujeción a un horario determinado", concreta que la existencia de una Comisión de Seguimiento y la fijación de las condiciones en el Concurso y en el Contrato eran suficientes para deducir la misma, ya que la prestación "podía orientarla y corregirla para que la función del Coordinador de Deportes se desarrollara en la forma y con los contenidos que la contratante quería en cada momento", existiendo en suma un poder directivo sobre el desarrollo de los servicios no reducido a la mera exigencia de resultados finales, propia del arrendamiento de servicios, sino a la realización diaria de las tareas de una forma concreta, a satisfacción del Ayuntamiento.

Otros signos o manifestaciones básicas como la realización de servicios en las instalaciones y locales de la empresa (monitor de tenis -STSJ Andalucía 4-11-96 [Ar.4508]), sujetarse a los horarios y precios que marca el club, que los cursillos sean anunciados y organizados por este o que la propiedad de las instalaciones y material utilizado sea propiedad del club (monitor de natación-STSJ de Asturias 6-3-1998 [Ar.846]) han sido considerados en ocasiones como indicios suficientes para acreditar la nota de dependencia³.

En sentido contrario, negando la dependencia, STSJ de Andalucía 29-4-1997 (Ar.3318) relativo a promotor de actividades deportivas en club hípico que "con libertad, organizaba el trabajo y daba las órdenes pertinentes para su ejecución" u otro supuesto relacionado con el deporte municipal, en el que un Profesor de Ajedrez demanda al Ayuntamiento de Puenteareas en reclamación de despido. Centrado el debate en la existencia de relación laboral, el Tribunal concluye que "faltan los elementos configuradores de la

¹ STSJ de Navarra de 28 de abril de 2000 (AS 1861).

² Valgan por todas las STSJ de Aragón de 30 de abril de 2002 (AS 2072), 20 de marzo de 2002 (JUR 119298) o 31 de enero de 2002 (JUR 75442), en demanda contra Ayuntamientos de Novilla, de Cetina y de San Mateo de Gállego respectivamente.

³ En el caso de director técnico, seleccionador y entrenador de centro de tecnificación de taekwondo de federación, la STSJ de Navarra 4-11-1996 (Ar.4343) entiende que "no contradice el carácter dependiente del trabajo, ni la falta de presencia física del trabajador en instalaciones empresariales (pues los entrenamientos se realizaron principalmente en el estadio Larrabide) ni la sujeción a horario determinado (se alega la libertad de horario), ni tampoco la exclusividad en el trabajo dependiente (pues el trabajador prestaba también sus servicios en la Universidad Pública en un gimnasio particular)".

dependencia" ya que el Ayuntamiento se limitó a subvencionar al Club en el que impartía clases "sin estar sometido a la dirección y dependencia del Ayuntamiento, actuando con total autonomía, organizando los cursos, cobrando y administrando las distintas subvenciones, utilizando para dar clases los tableros, fichas y relojes de ajedrez que directamente adquiriría ... sin que tuviese jornada de trabajo establecida ... los niños le pagan a él directamente la cuota y él solo organiza el trabajo"¹.

Con todo, la cuestión no deja de presentar problemas de delimitación entre los propios Tribunales según se adopten criterios más o menos flexibles para constatar la presencia de trabajo dependiente y puede decirse que cada caso constituye un supuesto necesitado de singular análisis.

Así por ejemplo, sobre la dependencia, pueden encontrarse entre los Tribunales interpretaciones diversas sobre la exigencia de que el trabajador esté sometido a ordenes e instrucciones y control del empleador, ya que en algún caso, siguiendo la línea mayoritaria, "el hecho de que las trabajadoras realicen sus tareas sin vigilancia expresa del empleador no obsta a la apreciación de la dependencia"², mientras que en otro, no consta que la empleadora "haya supervisado en mayor o menor medida" la actividad, quedando "ajeno por tanto al ámbito de organización y dirección de la empresa"³.

1.2.6. Apreciación conjunta de los rasgos característicos y otros criterios adicionales para deslindar la laboralidad de una prestación.

Analizados los cuatro rasgos sustantivos que caracterizan una relación laboral, la labor calificatoria debe orientarse en función del conjunto de indicios, indagando en cada caso sobre los rasgos que resulten más peculiares del tipo de trabajo de que se trate, y por tanto otorgando mayor o menor relevancia a determinadas notas, en definitiva los Tribunales realizan una evaluación conjunta de los rasgos anteriormente analizados.

A modo de cierre interesa retener algunos criterios generales adicionales para determinar la naturaleza laboral o no de una determinada prestación de trabajo:

-La calificación dada por las partes a la relación, *nomen iuris*, resulta indiferente y solamente tiene relevancia el contenido real de la prestación.

-El cumplimiento o incumplimiento de obligaciones formales como el alta del trabajador en la Seguridad Social resulta irrelevante y de la misma manera el alta en el Impuesto de Actividades Económicas y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

-Finalmente, el art.8.1 ET establece una presunción de laboralidad, en la medida que se presumirá existente contrato de trabajo "entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquel".

1.2.7. Contratos de trabajo bajo la apariencia de contratación administrativa.

La Ley 30/1984 para la Reforma de la Función Pública estableció, en su artículo 19, la prohibición de celebrar contratos de colaboración temporal por las Administraciones Públicas en régimen de derecho administrativo. Ello, lógicamente, fuerza a que las necesidades de prestaciones de trabajo temporal de las Administraciones se instrumenten mediante contratos temporales de carácter laboral, con las consecuencias protectoras que de ello se derivan para el trabajador, a la vez que para la Administración implica el abandonar el orden administrativo, en el que se desenvuelve con mayores privilegios y prerrogativas, y transitar al orden social, donde recibirá el tratamiento propio de la generalidad de empresarios, aunque con alguna adaptación singular. No cabe duda, por tanto, de que la sujeción a una u otra rama del derecho

¹ STSJ de Galicia de 26 de junio de 2000 (AS 1822).

² STSJ de Asturias 5-12-1997 (Ar.4080). Limpiadoras de gradas de El Molinón.

³ STSJ de Madrid 28-5-1998 (Ar.1732). Promotor de actividades deportivas de hípica en club hípico.

tiene implicaciones que algunas administraciones deportivas locales han tratado de eludir, acudiendo al expediente de rodear a contratos de naturaleza laboral de la apariencia de una contratación administrativa. Y este artificio se ha pretendido articular a través del uso irregular de algunas figuras de carácter temporal previstas en el derecho administrativo para un fin distinto al de la puesta a disposición de trabajadores para prestar servicios.

En concreto, por ejemplo, se ha empleado el contrato para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales de dichas Administraciones, regulados por el Real Decreto 1465/1985 de 17 de julio. Así por ejemplo, este fue el instrumento jurídico utilizado para la contratación de un coordinador de la Casa del Deporte de Las Palmas de Gran Canaria, que posteriormente ocupó otros puestos de trabajo como recepcionista y archivero de dicho centro, siempre con un contrato de estas características, expresamente denominado por las partes como administrativo y sujeto a tales reglas. Sin embargo, la resolución que resuelve el conflicto habido entre las partes¹, delimita cual es el verdadero objeto de este mecanismo contractual, la de “dar cobertura legal al contrato celebrado entre la Administración y una persona física en la realización de un trabajo específico y concreto y no habitual, trabajo de tipo excepcional, pues su objeto no es una prestación de trabajo como tal, sino un trabajo específico”. De manera que queda en evidencia el desajuste entre el objeto de esta modalidad administrativa y el uso que se le dio, porque lejos de emplearse para la consecución de un producto determinado (por ejemplo, la elaboración de un Plan del Deporte, la evaluación de la gestión de las instalaciones municipales, u otras actuaciones concretas y autónomas), la contratación tuvo como finalidad una actividad laboral en sí misma, la puesta a disposición del trabajador. Como consecuencia, el Tribunal reconoce la naturaleza laboral de la relación existente entre las partes, condenando a la entidad pública a celebrar un contrato laboral indefinido, por entenderse que las prestaciones desempeñadas por el trabajador lo eran en una actividad permanente de la institución.

Igualmente, recibe la censura de los Tribunales², la contratación de un monitor de deporte extraescolar por parte del Ayuntamiento de Benifaió, consistiendo su prestación en impartir clases en las instalaciones del polideportivo municipal. El vínculo se entabló al amparo de un contrato menor de prestación de servicios, regulado por la Ley 13/1995, haciéndose constar expresamente el carácter administrativo del mismo. Sin embargo, de nuevo, y siguiendo un razonamiento similar al anterior, el órgano judicial considera que se ha desvirtuado el objeto de este tipo de contratación. Así, señala que “las prestaciones ejecutadas en el curso de la misma corresponden a servicios genéricos en régimen de horario fijo, y no a los resultados productivos específicos o con sustantividad” previstos para esta modalidad de contratación”. Por ello, en la medida que la contratación administrativa se ha efectuado al amparo de una Ley, pero con desviación respecto de la finalidad prevista en ella, se reactiva la presunción de laboralidad prevista en el art. 8.1 del ET, que puede excluirse o eludirse, pero siempre que las relaciones del personal de las Administraciones Públicas se regulen por normas de Derecho Administrativo empleadas con arreglo a sus objetivos y no en fraude.

Entre la variedad de supuestos contratos administrativos empleados para dar cobertura aparentemente administrativa a relaciones de naturaleza laboral, puede encontrarse también el denominado “contrato de prestación de servicios de forma discontinua”, sometido por las partes al régimen administrativo. En este caso, una auxiliar administrativa del polideportivo municipal de Galapagar, fue contratada a través de sucesivos contratos como el señalado para desarrollar su actividad en tareas de control, información e inscripciones, en horario habitual de 9 a 14 de lunes a sábado. También en este caso, el juzgador³ declara la inadecuación de la modalidad contractual para dar cobertura a la prestación indicada, porque bajo la denominación señalada no existe norma con rango de ley que habilite la celebración del mismo, en definitiva, se trataba de una denominación dada por las partes sin la cobertura de una norma administrativa que regule tal contratación.

En sentido contrario, validando el uso de un contrato administrativo por su empleo correcto para otro caso, se pronunció el TSJ de Madrid⁴. En esta ocasión, el contrato

¹ STSJ de Canarias de 10 de noviembre de 1998 (AS 4747).

² STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de febrero de 2002 (AS 1111).

³ STSJ de Madrid de 6 de octubre de 1998 (AS 6207).

⁴ STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2000 (AS 2732).

administrativo celebrado entre el Ayuntamiento de Colmenarejo y un licenciado en educación física, bajo la denominación de “contrato de asistencia técnica”, sujeto al art. 197.2 de la Ley 13/1995, tenía por objeto “el asesoramiento para la organización de servicios públicos deportivos”, que se concretó en la puesta en marcha de las actividades deportivas del Ayuntamiento en la primera fase de desarrollo de las mismas, sin que el trabajador estuviese sujeto a un régimen de horario fijo, ni a instrucciones del ente local. De ahí deduce el Tribunal que no se trataba de servicios genéricos, de una puesta a disposición general del trabajador, sin desviación por tanto del régimen de contratación alegado.

En conclusión, cabe señalar que la Administración Local deportiva cuando se trate de contar con la prestación de servicios temporales de trabajadores, con su puesta a disposición, no cuenta con modalidades contractuales administrativas que den cobertura a tal objeto, y en consecuencia deberá acudir a las modalidades contractuales temporales de naturaleza laboral, siempre con respeto de las causas que justifican dicha utilización. Por lo demás, es en el caso de necesidad de un resultado concreto cuando la Administración puede acudir a la contratación administrativa.

2. Utilización incorrecta de modalidades contractuales. Uso indebido de modalidades contractuales temporales.

2.1. Duración del contrato

Sabido es que el contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo indefinido o con una duración determinada (art.15.1 del ET, desarrollado por Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre de 1998), sin embargo los supuestos en que pueden celebrarse los temporales son regulados expresamente por la normativa legal y deben ajustarse a los requisitos que se establezcan. La no adecuación a los fines y requisitos puede suponer su conversión en indefinidos, también en el caso de los Ayuntamientos y de las Administraciones Públicas en general, que quedan sujetas a las normas de Derecho del Trabajo, si bien, con algunas particularidades que se tratarán más adelante, derivadas de la necesidad de conjugar la normativa laboral con los principios constitucionales para el acceso al empleo público, en particular los de mérito, capacidad y concurrencia pública.

Precisamente han sido numerosas las ocasiones en que se ha cuestionado ante los Tribunales el empleo indebido de las modalidades contractuales temporales por parte de los Ayuntamientos, Institutos, Patronatos Municipales de Deportes o entes gestores del deporte local. De ahí que en este apartado se realice un repaso de las causas y condiciones que justifican el uso de la contratación temporal, y se haga especial énfasis en los casos conflictivos relacionados con el deporte municipal.

2.2. Modalidades contractuales temporales

2.2.1. Los supuestos de contratación temporal

En concreto son cuatro los supuestos concretos, aquí nos referiremos a tres,¹, en que puede recurrirse a la contratación temporal, los siguientes²:

¹ La cuarta modalidad, el contrato de inserción, fue incorporado por la Ley 12/2001 y lo puede emplear la Administración para contratar a desempleados inscritos en el INEM para realizar una obra o servicio de interés general. Su escasa virtualidad práctica hasta el momento hace que no se analice su contenido en esta ocasión.

² Además de estos supuestos, en relación a los trabajadores minusválidos se mantiene la posibilidad de contratación por tiempo determinado sin causa, como medida de fomento de empleo. Medida coyuntural de política de empleo, como también lo fue el RD 1989/1984, que prácticamente hasta 17-5-97 ha permitido celebrar contratos no causales para fomento de empleo, lo cual desvirtuaba la esencia de la contratación temporal estructural.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

- Contrato para obra o servicio determinado.
- Contrato eventual por circunstancias de la producción.
- Contrato de interinidad.
- Contrato de inserción.

2.2.2. Contrato para obra o servicio determinado (ET art.15.1.a y RD 2720/1998)

2.2.2.1. Delimitación de la causa

Su objeto es la realización de obras o la prestación de servicios determinados con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución aunque limitada en el tiempo es en principio de duración incierta.

Lo esencial por tanto es que la obra presente sustantividad o autonomía dentro de la actividad de la empresa, mientras que la actividad normal o permanente debe ser atendida por trabajadores fijos. Y la necesidad que se pretende atender debe quedar satisfecha mediante la terminación de la obra, la cual debe referirse a una labor específica identificable en el tiempo y en el espacio.

En el terreno del deporte municipal, la gran cuestión radica en determinar las tareas que tienen carácter permanente o normal y distinguirlas de aquellas campañas o programas que no lo tienen. Así ante los Tribunales se han suscitado varios supuestos en los que se denuncia a los correspondientes Patronatos Municipales por presentar con envoltorios como el de “campañas” o “proyectos” actividades normales que requerirían cobertura mediante personal permanente¹. Por ejemplo, en el caso del Patronato Municipal Deportes de Granada, un monitor deportivo, es contratado por obra o servicio durante las “Campañas deportivas” desde la 1999 hasta la 2002. En este caso, con un razonamiento exclusivamente formalista, la Sentencia del TSJ de Andalucía que resuelve el litigio² declara que “al especificarse como objeto del contrato las campañas deportivas 1999-2002, que son perfectamente diferenciables en su autonomía y sustantividad dentro del marco de actividad de dicho Patronato Municipal” se da cumplimiento al régimen jurídico de este contrato que exige la identificación precisa de la obra o servicio. Prescinde por tanto de realizar el necesario análisis de si tales campañas constituyen parte de la actividad ordinaria o permanente del Patronato.

2.2.2.2. La distinción entre tareas permanentes y temporales ante los Tribunales ordinarios.

Sin embargo sí existen pronunciamientos de otros Tribunales sobre el carácter permanente o temporal de determinada actividad.

-Así por ejemplo en el litigio entre un “maestro de deportes” contratado por obra o servicio por el Ayuntamiento de Oviedo para atender el Centro ecuestre municipal, desarrollando durante tres años labores de organización de deportes rurales, atletismo, ciclismo y otros, resuelve el TSJ de Asturias que se está ante “un contrato fraudulento en la medida que se ha utilizado para dar cobertura a una actividad habitual y permanente”, más aún cuando extinguido el contrato del trabajador demandante se siguieron realizando las mismas actividades, algunas por medio de empresas privadas y otras a través de la Directora del Centro³.

¹ Por todas valga la STSJ de Castilla y León, de 4 de mayo de 2004 (JUR 172753).

² STSJ de Andalucía de 18 de noviembre de 2003 (AS 3982) y en el mismo sentido otras Sentencias del propio Tribunal sobre supuestos idénticos, en concreto las SSTSJ de Andalucía de 10 de diciembre de 2003 (JUR 252409) y 9 de septiembre de 2003 (JUR 242588).

³ STSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004 (JUR 128619).

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

-Igualmente se ha censurado al Patronato Municipal de Deportes de Hernani por la utilización indebida de esta modalidad contractual, en el caso de varios monitores de natación con los que celebraban múltiples contratos de obra o servicio, a veces mensuales, por cada uno de los curso de natación que se repetían cíclicamente, al entender el ente municipal que, cumpliendo los requisitos legales, cada servicio estaba dotado de autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad del Patronato. Sin embargo el TSJ del País Vasco entiende que no puede sostenerse dicha idea porque la actividad era “tan frecuente que casi era permanente y, además, no separable de lo que es previsible en una institución dedicada a promocionar el deporte”, afirmando, por tanto, que “los demandantes prestaron servicios para una actividad permanente o habitual”, de donde se concluye el carácter indefinido (discontinuo) de la relación¹.

-La misma censura judicial recayó sobre el Ayuntamiento de Colmenarejo en Sentencia del TSJ de Madrid², por utilización incorrecta del contrato de obra o servicio determinado para contar con los servicios de una licenciada en educación física como Directora de Deportes, para la temporada 1998-1999, siendo de su competencia la promoción, dirección y gestión de todas las actividades deportivas del Ayuntamiento. A juicio del Tribunal el contrato celebrado contradice la finalidad del de obra o servicio, ya que “es preciso que el servicio objeto del contrato se consuma y concluya en su total realización”, lo que no se da en servicios como el citado, que es de tracto continuado, y por tanto la identificación de la obra o servicio resulta difícil, y en ausencia de la misma “es forzoso deducir el carácter indefinido de la relación laboral, por cuanto que, o bien no existe realmente o bien se desconoce cuales son, con lo que se llega al mismo resultado”. Así puede concluirse que el contratar mediante este tipo de modalidad los trabajos propios de una categoría profesional o puesto de trabajo no constituyen un servicio determinado que se inicie y concluya, sino una reiteración de actos en una actividad que además es permanente, sin que la apariencia de duración limitada dada por la fragmentación de la actividad en “temporadas” sirva para alterar la naturaleza de las cosas.

-Pronunciamiento similar al habido en un litigio entre el Patronato Municipal de Deportes de Baena y una profesora de aerobic³, contratada por obra o servicio determinado, siendo el objeto del contrato “la realización de trabajos propios de la categoría de profesora de aerobic”. El órgano judicial entiende que la especificación en el contrato suscrito, sin más concreción, no reúne “las notas de autonomía y sustantividad con la precisión e identificación necesarias”, de lo cual infiere que el supuesto cese por vencimiento del tiempo pactado integró un acto de despido improcedente.

-Misma condena de conversión en indefinido de la que es objeto el Ayuntamiento de Villaverde del Río⁴, a pesar de tratar de fragmentar y aparentar el carácter de obra o servicio autónomos de las campañas deportivas Escolar y de Verano para las que contaba con un mismo monitor deportivo, suscribiéndose a los efectos sucesivos contratos durante ocho años.

Así los Tribunales inferiores parecen atribuir cierta importancia al hecho de la reiteración de determinada oferta deportiva para su calificación como permanente o habitual. Si la actividad en concreto se reitera en el tiempo, en general, se ha censurado la utilización del contrato por obra o servicio. De manera que su empleo se antoja más conveniente en aquellas campañas ajenas a la oferta ordinaria, esporádicas o de improbable reiteración, como fue el caso de los cursos de gimnasia de mantenimiento, psicomotricidad y aerobic publicitados por el Ayuntamiento de Soria, para lo que contrató a una profesora, que al término del tiempo convenido accionó por despido. Sin embargo el órgano judicial señala que “tales servicios no constan tuvieran el carácter de permanente... y no constando además acreditado que se hubieran ofertado a otras personas la prestación de servicios que desempeñaba la actora para

¹ STSJ del País Vasco de 13 de diciembre de 2003 (JUR 2004/43971).

² STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2000 (AS 2732).

³ STSJ de Andalucía de 31 de enero de 1997 (AS 2570).

⁴ STSJ de Andalucía de 9 de junio de 2003 (AS 2205).

el curso 2003-2004, es por todo ello,... que la prestación de servicios lo era para una obra o servicio determinado”¹.

2.2.2.3. El criterio del Tribunal Supremo.

Como cierre al respecto de la interpretación que haya de darse al concepto de “prestación autónoma y con sustantividad propia”, es obligado referirse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia². El Alto Tribunal con ocasión de la contratación, por el Patronato Deportivo Municipal de Guadalajara, de una monitora socorrista, desde 1 de noviembre de 2000 a 31 de agosto de 2001, para la definida como “Obra programa 2000/2001 de cursos deportivos y temporada de piscinas”, señala que la admisión de la modalidad discutida de obra o servicio “está condicionada a que la actividad en sí misma no sea permanente” no debiendo confundirse “las actividades permanentes con las actividades de prestación mínima obligatoria” reguladas en el artículo 26.1 de Ley de Bases de Régimen Local en función de la dimensión de población, sino que debe advertirse que “las restantes actividades del municipio pueden ser también permanentes”. Así habrá de acreditarse “la singularidad de la obra o servicio” circunstancia que no se dio en el caso, al contrario, es manifiesto, por las sucesivas pruebas de selección de monitores que se efectuaban desde 1996, “el carácter permanente de la actividad, como consecuencia de una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, a intervalos temporales, separados, pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad, que permanece en el tiempo al menos desde el año 1996”.

2.2.2.4. La cuestión de la dependencia financiera externa y de la pluralidad de formas de gestión como justificante de la contratación temporal.

2.2.2.4.1 Planteamiento.

Otros dos argumentos han sido alegados por las entidades locales en orden a que los Tribunales legitimaran el empleo de esta modalidad contractual. A saber, por un lado, la dependencia financiera ajena en las contrataciones, que convertiría la actividad, a su juicio, en incierta y obligaría a celebrar contratos de duración determinada, y por otro lado, el condicionante de los modos de gestión (directa o externalizada) que exige fórmulas flexibles y adaptables a los cambios de empleador.

2.2.2.4.2. La dependencia de financiación externa.

Sobre el primero de los asuntos tuvo ocasión de manifestarse el TSJ de Castilla-La Mancha en un asunto en el que la administración deportiva local (en este caso un Patronato de Deportes) pretendió amparar la licitud del contrato de obra o servicio de unos monitores de cursos deportivos invocando que la actividad deportiva ofertada dependía de la financiación que recibía de otro organismo público (Ayuntamiento)³. A la vez que el órgano judicial rechaza para este caso singular la argumentación del Patronato sí justifica el empleo del contrato de obra o servicio en determinadas circunstancias. Así, en este caso concreto estima el TSJ que el Patronato Deportivo “cuenta para desarrollar el servicio público que tiene encomendado con una partida presupuestaria propia, integrada en los propios presupuestos municipales, sin que su dependencia presupuestaria del Ayuntamiento pueda confundirse con el concepto de subvenciones... además los cursos deportivos para los que fueron contratados (los monitores)...es la actividad propia y permanente de dicho organismo, es más es seguramente

¹ STSJ de Castilla y León de 28 de abril de 2004 (JUR 172307).

² El Tribunal Supremo (TS) se ha referido a la cuestión en las Sentencias de 7 de julio de 2003 (RJ 2004/4953) y de 25 de noviembre de 2003 (RJ 2003/9115), ambas con ocasión de supuestos litigiosos idénticos producidos entre el Patronato Deportivo Municipal de Guadalajara y diversos monitores socorristas contratados por obra o servicio.

³ STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de noviembre de 2003 (AS 1723).

la razón misma de su existencia". Sin embargo, el Tribunal sí legitima la contratación para aquellas tareas reiteradas periódicamente "dependiendo de la obtención de una subvención para el desarrollo de las mismas" siempre que la dependencia sea externa o ajena y no subordinada como en el caso estudiado a la voluntad propia, y condicionado a que la dependencia entre la actividad y la subvención "incida en el carácter permanente de la actividad al convertir esta en contingente e incierta en cuanto a su existencia".

Si bien este último criterio habría de acogerse con cautela porque existen otros precedentes contradictorios, en estos casos, con dependencia de subvenciones externas, en los que se ha mantenido por el Tribunal que tratándose de tareas normales del ente local son indistintas "las posibles variaciones de las disponibilidades presupuestarias...que justificarán, en su caso, la adopción de medidas modificativas, suspensivas o extintivas...pero no la conversión en temporal de una actividad normal"¹. Criterio sobre el que abunda la ya mencionada resolución del TS de 25 de noviembre de 2003 al señalar que "también pueden financiarse servicios permanentes de la Administración por medio de subvenciones", ni tampoco el hecho de financiarlos mediante presupuestos "revela que el servicio sea temporal por naturaleza, ni justifica por sí sola la formalización de contratos anuales, aunque sea esa la duración de los presupuestos"². Y en una más reciente, de marzo de 2004³, el Alto Tribunal apuntala su doctrina al señalar que independientemente de que la financiación se sustente en las subvenciones, "la singularidad de la obra o servicio (debe quedar) suficientemente determinada y concreta. Por eso, en las ocasiones en que este último requisito no se cumplió, o cuando quedó acreditado que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración contratante, la Sala ha calificado de indefinida la relación laboral, pese a la existencia de una subvención"

2.2.2.4.3. Las sucesivas formas de gestión y la contratación temporal.

En cuanto a la cuestión de la adaptabilidad de los contratos a los sucesivos cambios de empleador, que más adelante se tratará al analizar la temática de la gestión indirecta a través de contratas, la subrogación, etc., cabe anticipar que en algunas resoluciones judiciales se ha estimado como adecuado el empleo de esta modalidad contractual temporal, aún tratándose de actividad permanente y habitual, siempre que no proceda la subrogación de los sucesivos empleadores, en los casos en los que la obra o servicio identificados en el contrato de trabajo coincidían en el tiempo con la duración de la adjudicación efectuada a favor de la empresa externa, ya que "en aquellos supuestos en que el objeto del contrato temporal sea la realización de una actividad contratada con un tercero por tiempo determinado ... se viene a considerar que en tal supuesto concurre una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida que opera por tanto como un tope temporal previsible en la medida que el servicio se ejecuta por encargo de un tercero y mientras el mismo subsista ... en consecuencia, estimamos que dicho contrato debe considerarse como de naturaleza temporal y no indefinida"⁴. En esta misma línea, que considera adecuado el recurso a la contratación temporal haciendo coincidir la duración de la concesión con la del contrato de trabajo, se sitúa el TSJ de Castilla y León, que al resolver una reclamación por despido, de un socorrista frente al Ayuntamiento de Aguilar de Campoo, señala que la concesión "opera como límite temporal previsible en la medida que el servicio se presta por encargo de un tercero y en tanto se

¹ STSJ de Madrid de 12 de marzo de 1998 (AS 796).

² STS de 25 de noviembre de 2003 (RJ 9115).

³ STS de 22 de marzo de 2004 (RJ 2942), en la que resuelve uno de los numerosos litigios de la serie de pleitos planteados por despido, por monitores-socorristas, frente al Patronato Municipal de Guadalajara.

⁴ En este caso, resuelto por la STSJ de Andalucía de 26 de abril de 2002 (JUR 233926), se trataba de la demanda interpuesta por un monitor de natación del pabellón polideportivo Carranque de Málaga, de titularidad de la Empresa Pública del Deporte Andaluz que, a través de un concurso, adjudica a la empresa privada Aossa la gestión de la misma, contratando al monitor demandante para obra o servicio por el tiempo que durase la adjudicación. Finalizado el servicio Aossa vuelve a obtener la adjudicación pero no contrata de nuevo al trabajador reclamante, el cual articula demanda ante los Tribunales, con resultado desfavorable tal como se expone.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

mantiene por éste. La proyección temporal del servicio, decisiva para quien asume la posición empresarial del contrato, determina la licitud de la cláusula de temporalidad pactada, al margen de que la realización y tipo de trabajo convenido constituya una actividad normal”¹.

2.2.2.4.4. La función delimitadora de los Convenios Colectivos.

Sobre esta modalidad contractual señalar finalmente que, en orden a precisar su empleo y reducir la conflictividad, los Convenios Colectivos pueden identificar aquellos trabajos con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que pueden cubrirse con contratos de esta naturaleza. Así y a modo de ejemplo, haciendo uso de esta facultad normativa, en el Primer Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas de 2004 se ha procedido a detallar aquellas actividades consideradas por las partes como susceptibles de ser atendidas por personal contratado a través de esta modalidad. En concreto, según su artículo 19, se podrá utilizar para:

- Iniciar y desarrollar actividades físico-deportivas que no perduren en el tiempo tales como, campeonatos, demostraciones deportivas, competiciones oficiales o propias de la empresa, etc.
- Iniciar y desarrollar la implantación en la empresa de una actividad nueva o distinta a las que existan en la misma, así como, iniciar y desarrollar actividades, concretas y específicas, no habituales con anterioridad en la empresa, por ejemplo, clases de yoga, flamenco, baile, etc.
- Iniciar y desarrollar actividades tales como estudios de mercado, realización de encuestas, “buzoneos” o entregas de publicidad.
- Iniciar y desarrollar actividades de implantación, modificación o sustitución de sistemas informáticos, contables, administrativos, etc.
- Cualquier otra actividad que por analogía sea similar a las antes descritas, previo acuerdo de la Comisión Paritaria de este Convenio.

En cualquier caso, aún cuando concurrieran los citados requisitos, el contrato devendrá indefinido si el trabajador continuara prestando los mismos servicios por periodo superior a dos años.

E igualmente podrán celebrarse contratos de esta naturaleza cuando la prestación de los servicios vayan unidos a un contrato de arrendamiento de servicios o concesión para gestionar una instalación que no sea de su titularidad.

2.2.3. Contrato eventual por circunstancias de la producción (ET art.15.1.b y RD 2720/1998)

2.2.3.1. Delimitación del supuesto.

Estos contratos se conciertan para atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa.

No existe una concreción clara de qué deba entenderse por las circunstancias del mercado que provocan esta acumulación de tareas o este exceso de pedidos, aunque parece que éstas deben proceder de una coyuntura que afecte a la capacidad del servicio deportivo de cubrir la demanda y que deben aparecer si no de forma urgente, sí de forma imprevista, transitoria y episódica, de manera tal que obligue al gestor deportivo a contratar mano de obra temporal suficiente para contrarrestar los efectos que dichas circunstancias provocan. Por lo demás, la acumulación de tareas o el exceso de pedidos se refiere a que debe existir una

¹ STSJ de Castilla y León de 2 de julio de 2001 (JUR 267861).

desproporción entre el volumen de trabajo a realizar y la plantilla, de manera que debe contratarse más personal de forma temporal para acabar con ese suplemento de tareas que intensifique los cometidos corrientes u ordinarios o que provoque la novedosa atención a cometidos no peculiares o característicos. Un ejemplo puede ser el de una piscina municipal que por las obras que se realizan en una localidad vecina ve incrementado su volumen de usuarios de manera muy importante y debe contratar más personal para satisfacer la nueva demanda.

Además, lo que debe estar claro es que, sean cuales sean estas circunstancias, deben existir realmente al inicio de la contratación de personal eventual y no aludirse a ellas como una mera excusa que pueda hacer lícita una práctica que sería abusiva. No obstante, la comprobación del hecho de que estas circunstancias provoquen efectivamente la acumulación de tareas o exceso de pedidos a que alude la norma es especialmente difícil debido a que el empleador es la persona que libremente debería valorar si la coyunturalidad que le afecta es lo suficientemente importante como para precisar esta contratación. Todo ello parece otorgar un especial poder al empleador para contratar a personal eventual, que sin embargo la norma, en el art. 3.2 a) RD 2720/1998, pretende equilibrar obligando a que se consigne en el contrato, con precisión y claridad, la causa o circunstancia que lo justifique, es decir, el objeto o la finalidad última de cada contratación, así como también la determinación de su duración. Esta especial necesidad de la concreción en el contrato eventual de la circunstancia última que justifica esta contratación ha sido considerada como un requisito de especial importancia por los últimos pronunciamientos jurisprudenciales que han valorado que no es, en absoluto, suficiente, que se haga alusión en el contrato al surgimiento de una acumulación de tareas o exceso de pedidos, es decir, no basta con que se reproduzca literalmente el texto de la ley sino que hace falta describir en el contrato la motivación, aunque también se admite que pueda eludirse esta concreta alusión a las mentadas circunstancias siempre que pueda probarse, porque la presunción de que el contrato es indefinido admite prueba en contrario¹.

En todo caso, las circunstancias aparecen en un momento dado, pero se desconoce cuándo van a dejar de sentirse, por lo que, en atención a los posibles abusos que podría generar el dejar en manos del empleador la determinación de por cuánto tiempo deben o pueden pervivir las circunstancias de esta contratación, fija un término temporal máximo por encima del cual presume que las necesidades eventuales ya no existen, porque sería difícil que perduraran más allá y, entiende, por tanto, que hasta ese momento las necesidades son temporales y, a partir de entonces, son permanentes. Según el límite temporal legal máximo los contratos podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un período de doce meses. Así pues, las partes podrán concertar contratos eventuales que perduren por debajo de tal duración máxima, pero nunca podrán superar la misma, -a salvo de las previsiones

¹ El caso resuelto por sentencia del TSJ de la Comunidad de Valencia de 24 de enero de 2002 (JUR 268313) proyecta esta doctrina general sobre un asunto particular. En el mismo, una gestora de deportes es contratada por el Ayuntamiento de Mislata para "reforzar el área de deportes por acumulación de tareas, debido a la organización y realización de tareas deportivas pendientes", repitiéndose la contratación en los mismos términos para el siguiente curso, 2001. Cuando el Ayuntamiento le comunica la finalización de la relación laboral acciona solicitando la calificación de indefinida para la relación concertada, a lo que accede el órgano judicial porque ya el primer contrato "resulta inválido por carecer de causa o contravenir exigencias del ordenamiento jurídico" en lo relativo a los requisitos propios de esta modalidad. En su argumentación expone el TSJ que la normativa permite "la posibilidad de celebrar contratos de trabajo eventuales por circunstancias de la producción, con la exigencia de consignar en el contrato con precisión y claridad la causa o exigencia que lo justificase" y la consignada en el caso enjuiciado, "*realización de actividades pendientes*", es efectivamente, una causa genérica que aun pudiendo quedar acreditada su naturaleza temporal, en función de los previstos excesos, no puede hacerse tal, si no va acompañada de prueba justificativa de la existencia de un incremento de la actividad, incremento que no hace referencia a que la empresa tenga más trabajo que antes, sino que la empresa debe probar que se trata de un momento álgido de producción identificable en el tiempo, antes del cual había menos trabajo y después del cual disminuye también, y por ello además de la precisión en la expresión de la causa se debe justificar la temporalidad, porque si estamos ante la normal actividad de la empresa, sin más, al utilizar este tipo de contratación se está eludiendo la fijeza".

convencionales que luego se expondrán- ya que, de lo contrario, el contrato se convierte en un contrato por tiempo indefinido.

2.2.3.2. Problemática en su aplicación.

En el contexto del deporte municipal han sido numerosas las ocasiones en que se ha empleado de manera irregular esta modalidad contractual, como sucede con el de obra o servicio con el que se alterna, combina o concatena en muchos casos, con un objetivo último, evitar la contratación indefinida. Por tanto, el grueso de la doctrina asentada por los Tribunales en relación a la necesidad de cubrir tareas permanentes con contratos indefinidos y que se ha expuesto con anterioridad será de aplicación también ahora, por lo cual, aquí se alude tan sólo a aquellos supuestos que presenten alguna singularidad o se consideren de interés particular.

-Así, en la sentencia del TSJ de Madrid de 13 de julio de 2000¹ puede hallarse un supuesto de aplicación concreta de sanción, consistente en conversión en indefinida, de una relación laboral que se prolonga mediante contratos por circunstancias de la producción más allá de los seis meses reglamentarios en el plazo de un año. En concreto, un auxiliar administrativo es contratado por el Patronato de Deportes de Majadahonda para atender la puesta en marcha del nuevo polideportivo municipal a través de la celebración de un primer compromiso por circunstancias de la producción y un segundo, inmediato por necesidades de la producción, por un total de 7 meses y 20 días superando los seis meses permitidos por el art. 15.1.b del ET, declarando la Sala que "se ha producido por tanto un encadenamiento fraudulento de contratos, que sólo aparentemente respetan la norma imperativa sobre la duración máxima, si se consideran por separado, siendo claro que se trata de una misma relación laboral por tratarse del desempeño de la misma categoría, en un único puesto de trabajo", de lo que se deduce que "el exceso del plazo máximo determina ... que la relación no es temporal sino indefinida" y ello con independencia de que en paralelo la Administración hubiera iniciado el proceso de selección para proveer una plaza de auxiliar administrativo para ocuparse de las citadas tareas, toda vez que fue aprobada la oferta de empleo público. En todo caso, más adelante se abordarán los efectos de esta declaración judicial de la relación como laboral indefinida cuando se trata de las Administraciones Públicas.

-Sin embargo en un caso similar, el Ayuntamiento de San Fernando de Henares², que había contratado a dos trabajadores ante la apertura de la nueva piscina cubierta, una vez agotado el plazo máximo de seis meses del contrato eventual por circunstancias de la producción, adopta la cautela de celebrar sendos contratos de interinidad hasta cobertura de vacante y el Tribunal, pese a reconocer la no idoneidad del primero de los contratos para el supuesto de hecho planteado (lanzamiento de nueva actividad), no le atribuye más relevancia que la de una irregularidad formal, subrayando que "realmente el fin perseguido por la empleadora (era) la cobertura provisional de plazas vacantes (manteniéndose) indemne la función típica de la contratación temporal" que no se ve defraudada.

Por lo demás, en general han sido censurados por incorrecta utilización de esta modalidad aquellas entidades locales que hubieran hecho uso de la misma para dar cobertura a tareas, que aunque suponen un incremento o pico de trabajo, este se produce con carácter reiterado anualmente, ya que tal supuesto se corresponde con el de un contrato indefinido parcial o fijo discontinuo según los casos, como después se abordará. Así, conserje que es contratado para atender el incremento horario dentro de un programa deportivo de verano o de unas competiciones que se disputan o se producen anualmente (desde el año 1995 hasta la demanda en el 2000)³, o monitores de cursos deportivos para la temporada de invierno (contratados anualmente desde 1992 hasta 1998)⁴. Con todo, esta casuística que aquí se

¹ STSJ de Madrid de 13 de julio de 2000 (JUR 286910).

² STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2000 (JUR 309980).

³ STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2002 (AS 2048), en la que se demanda al Patronato Municipal de Deportes de Gavá.

⁴ STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de mayo de 2001 (JUR 203961), que resuelve el litigio entre monitores y Patronato Municipal de Deportes de Alcázar de San Juan.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

presenta tiene un carácter ilustrativo y ha de tomarse a modo de criterio general, de manera referencial y no absoluta, como lo demuestran las distintas interpretaciones de los diferentes órganos judiciales ante casos que presentan ciertas similitudes, por lo que cada caso requiere un estudio particular.

2.2.3.3. La labor delimitadora de los Convenios Colectivos.

Tal como sucede con el contrato por obra o servicio, también en este caso por Convenio Colectivo se podrán determinar las actividades en las que pueden contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa. Igualmente, mediante Convenio Colectivo superior a la empresa podrá modificarse la duración máxima legal (6 meses en periodo de doce), fijando un periodo de referencia máximo de 18 meses, dentro de los cuales la duración no podrá rebasar las tres cuartas partes.

Haciendo uso de estas facultades, que la normativa estatal cede a favor de la pactada entre las partes, el art. 20 del Convenio Colectivo Estatal de Instalaciones Deportivas ha adaptado a su ámbito el contrato de la siguiente forma:

“podrán contratar bajo esta modalidad de contrato de trabajo a sus trabajadores, teniendo dicho contrato una duración máxima de 9 meses dentro de un periodo de 12, quedando sometidos estos contratos a una sola prórroga si se formalizan por una duración menor a la del plazo máximo establecido.

A la finalización del contrato, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar ocho días de salario por cada año de servicio”

2.2.4. Contrato de interinidad (ET art.15.1.c y RD 2720/1998).

2.2.4.1. Su régimen jurídico.

Esta modalidad contractual puede emplearse en los siguientes supuestos:

i) Interinidad por sustitución:

Se concierta para sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo en virtud de norma, convenio o acuerdo individual.

Ello tiene lugar en los siguientes casos de suspensión del contrato:

Servicio militar o social sustitutorio, cargo público representativo o funciones sindicales a nivel provincial o superior, privación de libertad mientras no exista sentencia condenatoria, suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias, excedencia forzosa, permiso parental o de maternidad, e incapacidad temporal

Para algunos también cabe en varios casos de interrupción de la prestación laboral: descansos, permisos, vacaciones, etc.

Sin embargo no se admite en estos casos: fuerza mayor, causas económicas y tecnológicas, cierre legal, huelga legal y excedencia voluntaria.

La causa de sustitución además de justificarla delimita la duración del contrato.

ii) Interinidad por cobertura de vacantes:

Se concierta para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva.

Debe identificarse el puesto cuya cobertura va a producirse: no obstante en el caso de las Administraciones Públicas la relación no se convierte en fija por el hecho de que la plaza

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

vacante no fuese incluida en la OPE, no se iniciase el proceso de selección, la convocatoria se hiciese con retraso o no se identificasen las plazas numéricamente o de forma individualizada.

Por lo demás el contrato habrá de celebrarse por escrito, identificando el trabajador o trabajadores sustituidos, la causa de sustitución y si el puesto de trabajo a desempeñar será el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pase a desempeñar el puesto de aquel.

Cabe la sustitución sucesiva de varios trabajadores por parte de un mismo interino.

Duración y extinción:

La duración es:

a-la del tiempo que dura la ausencia del trabajador sustituido con derecho a reserva del puesto de trabajo

b-el tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura del puesto de trabajo. Su duración en cualquier caso, no superior a 3 meses, salvo en el caso que nos ocupa de las Administraciones Públicas, donde se estará a lo que dure el proceso de acuerdo a su normativa específica.

La extinción se produce:

a- por la reincorporación del trabajador sustituido, o por el vencimiento del plazo legal para la reincorporación o por la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo.

b- por el transcurso del plazo de tres meses o el por el transcurso del plazo aplicable a las Administraciones Públicas.

2.2.4.2. Conflictividad en su aplicación.

En el sector deportivo y especialmente en relación con las Administraciones Públicas Locales, ha sido el segundo de los dos supuestos de interinidad, la ocupación de vacante hasta su cobertura definitiva mediante proceso de selección, el que ha suscitado conflictos ante los Tribunales. Las controversias planteadas han sido del siguiente tipo:

-Reclamación de calificación indefinida de la relación laboral de monitor deportivo del Ayuntamiento de Santa Marta de Tormes, que había ocupado interinamente, hasta su cobertura por oposición, una plaza aprobada en Relación de Puestos de Trabajo (RPT) que finalmente se amortiza por necesidades económicas del municipio, dando lugar a la extinción del contrato de interinidad y a la reclamación. Inicialmente, negando que las Administraciones puedan acogerse a la causa de falta de recursos económicos para amortizar plazas, la Sentencias del Juzgado de lo Social de Salamanca y del TSJ de Castilla y León¹ declararon la improcedencia del despido al no acreditarse que la "falta de consignación obedezca a la insuficiencia de ingresos o recursos propios de la empleadora" pero además "entenderlo de otro modo, implicaría un fácil medio de la administración pública, para prescindir de los trabajadores tanto temporales como fijos". Sin embargo el Tribunal Supremo revocó las Resoluciones y legitimó la extinción del contrato de interinidad del monitor analizando la cuestión desde la vertiente de las facultades municipales para estructurar la plantilla adecuada a sus necesidades, dentro del respeto de la modalidad contractual. Y así argumenta que el contrato de interinidad en el que "se conviene la prestación de servicios hasta que la plaza sea provista en propiedad ha de entenderse sujeto a la condición subyacente de la pervivencia del puesto de trabajo... Entenderlo de otro modo llevaría a conclusiones absurdas ya que supondría la transformación del hecho de la interinidad en una situación propia de un contrato indefinido –pues el cese del interino sólo se produce por la incorporación del titular, lo que en

¹ Sentencias del Juzgado de lo Social de Salamanca de 14 de noviembre de 2000 y del TSJ de Castilla y León de 27 de febrero de 2001 (AS 1347).

principio no procede al suprimirse la plaza -, o bien significaría la vinculación de la Administración a proveer una plaza que estima innecesaria, puesto que la ha suprimido. Por ello ha de entenderse que los contratos de interinidad no limitan ni eliminan las facultades de la Administración sobre modificación y supresión de puestos de trabajo, y que la supresión de la plaza es causa justa de la finalización del contrato temporal de interinidad”¹.

-En la demanda del Encargado de la Ciudad Deportiva Municipal de Virgen del Val de Alcalá de Henares, vinculado por un contrato de interinidad hasta que se realice la OPE, se plantean las consecuencias de la demora de la Administración en la celebración de la misma por encima de los plazos reglamentarios, retraso que da lugar a la reclamación de la naturaleza indefinida del vínculo. Desestimando la demanda, el TSJ de Madrid resuelve que “el mero transcurso del plazo reglamentariamente establecido no produce en principio el efecto de transformar la interinidad por vacante en contrato por tiempo indefinido”².

-Reclamación de auxiliares de instalaciones deportivas de piscina cubierta contra el Ayuntamiento de San Fernando de Henares³, contratados hasta que se defina la oferta de empleo público y se ocupen las plazas, mediante contratos por circunstancias de la producción. Acordada la oferta de empleo, en la que se prevén las plazas de auxiliares de instalaciones deportivas, los trabajadores demandantes concurren a la convocatoria siendo declarados no aptos y ocupadas las plazas por los concursantes con mayor puntuación, se resuelve la relación laboral de los demandantes que pretenden la conversión en indefinido de su vínculo, por varios motivos: la inadecuada utilización de la modalidad contractual elegida, insuficiente identificación de las vacantes e incumplimiento de los plazos de duración del contrato, ligado al tiempo necesario para llevar a cabo el proceso de selección. El TSJ de Madrid responde a estos alegatos desestimando la demanda y justificando la actuación de la Administración Local porque la utilización indebida de la modalidad “constituiría una mera irregularidad formal, no generadora, por tanto, de la pretendida naturaleza indefinida de la relación, cuando realmente el fin perseguido por la empleadora fuera la cobertura provisional de plazas vacantes”. Igualmente entiende que la identificación de la plaza ha sido suficiente por cuanto que se han precisado la categoría y el lugar o centro de trabajo como viene exigiendo la doctrina del TS y “tampoco la demora en la convocatoria constituiría fraude de ley ni determinaría la conversión de un contrato temporal en indefinido”. Por todo ello “la contrataciones...como auxiliares de instalaciones deportivas para cubrir las necesidades del Polideportivo Municipal hasta la cobertura de las plazas por los sistemas de selección establecidos, se extinguieron con la conclusión del correspondiente proceso selectivo y el nombramiento de quienes lo superaron” procediendo desestimar el recurso interpuesto.

3. Los trabajos cíclicos, el paradigma del socorrista y su tratamiento judicial. Contrato a tiempo parcial y el fijo discontinuo.

3.1. Planteamiento.

Dentro de la prestación de servicios deportivos municipales es habitual encontrar algunos que son ofertados de manera permanente, anualmente, pero con carácter cíclico o reiterado sólo durante algunos periodos determinados del año, casi siempre por su propia naturaleza –caso de las piscinas descubiertas, en verano; cursillos de esquí, durante los periodos en que hay nieve; etc.-. Este fenómeno es habitual también en otros sectores productivos, así podría servir el ejemplo de la vendimia en la rioja alavesa, que se produce anualmente en una época del año. En definitiva, se trata de actividades permanentes pero con necesidad de trabajo en intervalos temporales separados y no continuados. Ante este fenómeno, el Derecho del Trabajo plantea como solución el contrato fijo-discontinuo. Un contrato, que en la medida que se trata de una actividad permanente y repetida en el tiempo,

¹ STS de 12 de marzo de 2002 (RJ 5139).

² STSJ de Madrid de 14 de junio de 2002 (AS 2516).

³ STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2000 (JUR 309980).

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

garantiza a los trabajadores que prestan dicho servicio su estabilidad y a los empleadores la posibilidad de contar con aquellos tan sólo durante el tiempo en que la actividad se desarrolle. Sin embargo en ocasiones, se trata de eludir esta construcción garantista creando la apariencia de que cada una de las reanudaciones de la actividad responde a una causa autónoma, distinta, desconectada de la anterior convocatoria y se pretenderá cubrir con una nueva contratación, temporal, en fraude de los derechos reconocidos a los trabajadores. Es cierto que en algunas ocasiones, es difícil diferenciar el contrato de trabajo fijo discontinuo del contrato temporal. La jurisprudencia ha intentado dilucidar la cuestión al indicar que se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, en intervalos temporales separados, pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad, mientras que en el contrato eventual, la necesidad extraordinaria de trabajo es esporádica e impredecible, quedando al margen de cualquier secuencia temporal. Pero en todo caso si la necesidad de trabajo tiene lugar cada temporada de forma periódica o cíclica, tales trabajos no pueden ser objeto de contratación eventual y han de ser objeto de contrato fijo discontinuo.

El apartado 8 del artículo 15 ET, en su nueva redacción, distingue dos tipos de contratos fijos discontinuos para los que establece una diferente regulación. Dicho apartado contiene previsiones para el trabajo propiamente fijo discontinuo que no se repite en fechas ciertas, especificando, y el supuesto de los trabajos fijos discontinuos que se repitan en fechas ciertas o contrato a tiempo parcial.

3.2. El contrato a tiempo parcial: su régimen jurídico (ET art. 12 y RD 1131/2002).

Objeto de la modalidad: se entiende como tal el celebrado para realizar la prestación laboral durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Si no hubiera término de comparación se considerará la jornada a tiempo completa prevista en convenio colectivo o en su defecto la jornada máxima legal.

Forma: debe formalizarse por escrito, haciendo constar:

-número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, y

-la distribución horaria y su concreción mensual, semanal y diaria, incluida la determinación de los días en que el trabajador debe prestar servicios.

De no cumplirse estas exigencias el contrato se presume a jornada completa, salvo prueba en contrario.

Duración: puede celebrarse por tiempo indefinido o por duración determinada. Se exceptúa esta posibilidad para el contrato para la formación.

Se entiende por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa.

Jornada: la jornada diaria puede realizarse de forma continuada o partida. En cuanto a las interrupciones dentro de la jornada, cuando el contrato conlleve la ejecución de una jornada diaria inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y esta se realice de forma partida, sólo es posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa mediante convenio colectivo sectorial.

Los trabajadores no pueden realizar horas extraordinarias salvo las precisas de urgencia. Sin embargo se instaura el concepto de horas complementarias como adicionales a las horas ordinarias que se rigen según el siguiente régimen:

-sólo exigibles si en contrato se hubiera acordado tal opción

-sólo pueden realizarlas los trabajadores a tiempo parcial indefinidos

-debe fijarse el número de horas complementarias que puede requerir el empresario, teniendo en cuenta que no puede exceder el 15% de las ordinarias, aunque por convenio pueden incrementarse hasta el 60%. En ningún caso las horas ordinarias y las horas complementarias pueden exceder en cómputo conjunto el límite legal del trabajo a tiempo parcial.

3.3. Trabajadores fijos discontinuos (ET art. 15.8)

El contrato a tiempo parcial se entiende concertado por tiempo indefinido cuando se celebre para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas dentro del volumen normal de la actividad de la empresa. Si es en fechas ciertas, será parcial indefinido. En inciertas, fijo-discontinuo.

Los trabajadores deben ser llamados en orden y forma fijados en convenio y en caso de incumplimiento el trabajador puede reclamar en procedimiento de despido.

3.4. El caso paradigmático: los socorristas.

Los supuestos de conflictos por la inadecuada utilización de un contrato temporal cuando procedía el empleo de uno fijo-discontinuo (o parcial) son múltiples (monitores, coordinadores deportivos, profesores de distintas modalidades, etc), pero por su reiteración (los Tribunales han resuelto más de 80 asuntos sobre el particular en la última década) cabe mencionar el supuesto más habitual de los socorristas¹.

Así, en los últimos años ha sido algo habitual encontrarse con prestaciones de socorristas, que se reiteran anualmente, concertadas a través de contratos temporales (de obra o servicio, circunstancias de la producción o interinidad), bajo el pretexto de la duración limitada de la actividad, ofreciendo una apariencia de servicio aislado, autónomo, con sustantividad propia y desconectado de una secuencia anual y reiterada. Para provocar dicha apariencia de aislamiento y poder recurrir a figuras temporales, las administraciones deportivas locales han recurrido en ocasiones a la convocatoria anual de pruebas de selección para dicho puesto. Sin embargo este artificio ha sido desmontado por diversos Tribunales, incluido el Supremo que sentando doctrina ha empleado este mismo argumento en sentido opuesto, utilizando las sucesivas convocatorias anuales para confirmar que por ese medio "lo acreditado es que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración contratante... como consecuencia de una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, a intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo"²

4. Consecuencias del uso irregular de las modalidades contractuales en el caso de las Administraciones Públicas. Las peculiaridades de la condena de conversión en indefinido.

4.1. Sujeción de las Administraciones al derecho laboral: peculiaridades del sometimiento.

Efectuado este breve repaso sobre las disfunciones más comunes en la utilización de las modalidades contractuales temporales por parte de los servicios deportivos municipales, surge la cuestión de las consecuencias de tal uso irregular. En principio ya estableció el Tribunal Supremo (por ejemplo, en Sentencia de 18 de marzo de 1991, RJ 1875) que la Administración, en cuanto actúa como empresario debe someterse a la normativa laboral y en el caso del empleo fraudulento de modalidades contractuales temporales, el ET art.15.3 a modo de sanción establece una presunción de celebración indefinida de los contratos celebrados en fraude de ley. Consecuencia legal que también se extiende a los casos en que los trabajadores no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social (art.15.2 ET).

Sin embargo cabe realizar algunas precisiones adicionales.

¹ Por citar algunos de los más recientes supuestos, las sentencias del TSJ de Castilla y León de 14 de enero de 2003 (JUR 54601) o del TSJ de Castilla La Mancha de 2 de diciembre de 2003 (JUR 60321).

² STS de 25 de noviembre de 2003 (RJ 9115) y, en el mismo sentido, la de 7 de julio de 2003 (RJ 2004/4953).

La práctica de los Tribunales no ha sido homogénea¹ a la hora de sancionar con la conversión en fijo del contrato temporal irregular celebrado por la Administración.

Y ello es así porque durante largo tiempo se ha considerado que dicha transformación vulneraría los principios de mérito, capacidad, igualdad y publicidad exigidos para acceder a un vínculo estable con la Administración.

4.2. La distinción entre el contrato fijo y el indefinido: una construcción artificial de la Jurisprudencia para responder al caso particular de las Administraciones.

Sin embargo a partir de la Sentencia del TS de 18 de marzo de 1991 esa tensión entre los principios laborales y los constitucionales tratan de integrarse dando lugar a una distinción acogida por el TS, no carente de artificialidad y de poco arraigo dentro de la doctrina laboralista, entre trabajador fijo e indefinido, ambas figuras revestidas de un contenido de derechos diferenciado² con la que se pretende solventar la cuestión, de manera que la declaración del carácter indefinido de la relación no implica que esta sea fija. Así, en relación con la Administración resulta radicalmente distinto que se declare una relación laboral como fija o como indefinida.

4.3. La aplicación judicial.

Dos resoluciones relacionadas con el ámbito del deporte municipal aquí estudiado reflejan claramente esta doctrina judicial.

-En la Sentencia del TSJ de Cataluña, que resuelve el conflicto entre un conserje de instalaciones deportivas municipales y el Patronato Municipal de Deportes de Gavá³, el órgano judicial aclara que la condena de conversión en indefinido del contrato "no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección una condición de fijeza en plantilla: el organismo afectado está obligado a adoptar medidas necesarias para la provisión regular del puesto de trabajo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato". Y es que como puede deducirse, el trabajador que indefinidamente viniera ocupando esa plaza por virtud de la decisión judicial, bien puede verse desplazado de su puesto y extinguida su relación en caso de que no consolidara la misma superando la prueba y obteniendo la fijeza, que pudiera ser alcanzada por otro concursante. De hecho, el Tribunal Supremo (por ejemplo, en Sentencia de 27 de mayo de 2002) ha amparado el cese de trabajadores que ocupaban una plaza con contrato "temporalmente indefinido" por haberla ocupado alguien que se convierte en titular fijo de la misma al haber superado el proceso selectivo correspondiente.

-Esta misma doctrina se emplea por el TSJ de Castilla-La Mancha, para aclarar los términos de la condena en conversión en indefinida de la relación mantenida entre un socorrista y el Patronato Municipal de Guadalajara⁴. Precisa que el carácter indefinido implica

¹ Un episodio claro que muestra las contradicciones jurisprudenciales se representa en la STS de 20 de enero de 1998 (Ar.1000) que contiene un fundado voto particular respaldado por cinco de los trece Magistrados de la Sala de lo Social expresiva de los vaivenes en la materia.

² STS de 20 de enero de 1998 (Ar.1000): "El carácter indefinido del contrato implica que este no está sometido directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas (...) el organismo afectado está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato". ¿Estamos ante una nueva causa de despido? o ¿ante una nueva modalidad temporal?

³ STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2002 (AS 2048).

⁴ STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de diciembre de 2002 (JUR 60321).

que el contrato no está sometido a un término cierto, pero no supone que el trabajador consolide una condición de fijeza en plantilla, ya que ello sería incompatible con las normas sobre selección de personal de las Administraciones. De ahí que estas deban adoptar las medidas necesarias para su provisión regular, y si en ese proceso otro concursante ocupa definitivamente la plaza de socorrista, surge una causa de extinción del contrato, sin que se devengue derecho a indemnización.

5. Dependencia de financiación o Programas externos de los proyectos deportivos y su influencia en la esfera contractual.

Con frecuencia han llegado a los tribunales litigios referidos a Corporaciones Locales que contratan temporalmente aduciendo la financiación externa del servicio concreto en el que se desarrolla la relación laboral. Sobre la licitud de tales prácticas hubo una primera línea jurisprudencial que aceptaba la temporalidad de los vínculos, incluso, por el mero hecho de que las normas presupuestarias impidieran el compromiso de gasto plurianual. Sin embargo esta orientación ha dado un giro importante en los últimos años, puede decirse que desde la STS de 30 de abril de 2001 (RJ 4163), dando paso a una nueva doctrina sobre la trascendencia de que existan consignaciones presupuestarias anuales y/o dependencia de financiación externa. De acuerdo con la misma la citada circunstancia económica no justifica por si misma el recurso a la temporalidad cuando la actividad es permanente o habitual de la Administración Local contratante y sólo excepcionalmente cuando la realización de la actividad permanente dependa de esa ayuda financiera cabría justificar la contratación laboral temporal.

Por tanto, frente a una tendencia anterior que llegaba en ocasiones a deducir la naturaleza de la actividad de la existencia de financiación¹ se discurre a otra más razonable donde el análisis del carácter de la actividad es independiente del modo de financiación².

En el terreno del deporte municipal dos Sentencias del TS proyectan con claridad el viraje jurisprudencial señalado, que prioriza el análisis de la habitualidad o permanencia, o en caso contrario, de la temporalidad de la actividad, relegando a un segundo plano la estabilidad de la fuente financiera, lo que se traduce en que es posible e incluso exigible la existencia de contratos indefinidos en actividades permanentes incluso si la financiación es inestable, sujeta a disponibilidad presupuestaria, depende de subvenciones, etc. En los casos en que deviniera imposible la continuidad del servicio deportivo por problemas financieros la Administración tendría que acudir a la suspensión de la relación laboral o a la extinción de acuerdo con las condiciones indemnizatorias fijadas en el ET.

Los citados supuestos, en los que el TS aplica esta doctrina, se refieren ambos al conflictivo Patronato Municipal de Deportes de Guadalajara, demandado por monitores socorristas que pretenden el carácter fijo discontinuo de la relación³. El Patronato ampara la

¹ Como ejemplo de aquella doctrina llevada al extremo la STSJ Castilla y León de 3 de diciembre de 1996 (AS 4001) que al resolver la reclamación de un monitor de escuela deportiva que prestó servicios durante los cursos 88 al 96, entiende que "no ha cubierto necesidades de carácter permanente o indefinido en el conjunto de las actividades municipales, sino temporal, aunque incierto en su duración, al encontrarse supeditadas a las disponibilidades económicas municipales...".

² Existen entre los TSJ, antecedentes de la citada STS de 30 de abril de 2001 que inicia el cambio jurisprudencial, como es la del TSJ Madrid de 12 de marzo de 1998 (AS 796) que con ocasión de la demanda de un monitor deportivo entre los cursos escolares 92 al 96, llega "a la conclusión de que la demandante está desarrollando tareas normales del Ayuntamiento" siendo indistintas "las posibles variaciones de las disponibilidades presupuestarias (...) que justificarán, en su caso, la adopción de medidas modificativas, suspensivas o extintivas (...) pero no la conversión en temporal de una actividad normal", de lo que se concluye el carácter fijo discontinuo de la relación.

³ SSTs de 22 de marzo de 2004 (RJ 2942) y 25 de noviembre de 2003 (RJ 9115).

licitud de la contratación temporal en la dependencia presupuestaria que tiene del Ayuntamiento de Guadalajara, equivalente a una subvención según el ente deportivo. Sin embargo el TS precisa en primer lugar que “es obvio que también pueden financiarse servicios permanentes de la Administración por medio de subvenciones” y que de aceptarse límite temporal en la actividad, que justifique la contratación temporal, el elemento financiero limitador debe ser “objetivo y externo” no proveniente de la propia Administración Local y siempre que no quede “acreditado que la actividad contratada era habitual y ordinaria”.

6. Problemas derivados de las sucesivas formas de gestión de los servicios deportivos y la subrogación en la posición de empleador.

6.1. Planteamiento.

En el sector deportivo municipal es habitual que, dentro de las experiencias de externalización de los servicios, mediante el recurso a las contrata o a concesiones administrativas, sucesivos empleadores privados ocupen la posición de gestores de una instalación deportiva pública, y que a veces en esa posición se intercale también la Administración local que recupera para sí la gestión directa. En definitiva es habitual este fenómeno de sucesión de diversas personas jurídicas en la posición de empleador, con el fin de alcanzar en cada momento la forma más oportuna de gestión. Con todo, estas necesidades y prácticas de alternancia en la posición de empleador deben conjugarse con los derechos reconocidos a los trabajadores. En esta línea de proteger la estabilidad del trabajador en el puesto de trabajo el ordenamiento laboral regula la garantía para el caso de cambio en la posición de empleador, conocida como sucesión de empresa. El objeto de esta figura consiste según el art. 44 del ET en que la transmisión de la empresa de un titular a otro no conlleve la extinción del contrato de trabajo, sino que el nuevo titular se subrogue en la posición contractual del anterior, asumiendo las obligaciones y derechos de los trabajadores.

Ya se analizó con anterioridad la licitud de los contratos temporales concertados por el tiempo en que se mantenga la contrata o la concesión, de manera que se permite al gestor deportivo celebrar contrataciones por ese concreto periodo. Por tanto, la aplicación de esta figura de la sucesión afectaría de manera más directa a aquellas contrataciones permanentes cuya continuidad se plantea con la llegada de un nuevo empleador. Por ejemplo, como se plantea en la STSJ de Galicia de 12 de febrero de 2003¹, cuando finalizada la concesión para la gestión de las piscinas municipales del Ayuntamiento de Santiago a favor de la empresa Sidecu, que destinaba diversos empleados con contratos indefinidos, se constituye una Sociedad Mixta Municipal que pasa a sucederle en la explotación del servicio.

6.2. Los perfiles de la sucesión de empresa.

La cuestión ha suscitado numerosas demandas ante los Tribunales solicitando la aplicación del art. 44 del ET, por tanto, reclamando el mantenimiento del vínculo contractual que se había dado por extinguido por el nuevo empleador, sin que los cambios habidos en su persona, de administración local a empresa privada o al revés, perjudiquen la estabilidad en el empleo.

No obstante se plantean aspectos problemáticos cuando se analiza en profundidad el supuesto de hecho del art.44 ET, que hace referencia a la "transmisión de la empresa de un titular a otro", y se proyecta sobre el típico fenómeno de sucesión en la concesión para la explotación de una instalación deportiva. ¿Cuándo existe una verdadera *transmisión en la titularidad?*, y ¿Cuándo estamos tan sólo ante una sucesión en la prestación de tal actividad sin tal transmisión?

En términos generales, la doctrina judicial señala que como requisito esencial de la transmisión de la titularidad debe producirse la transmisión al cesionario de los elementos

¹ STSJ de Galicia de 12 de febrero de 2003 (AS 3192).

patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica (por ejemplo, una piscina o polideportivo), fenómeno que no es habitual en las contrata, donde tan sólo se produce la sucesión temporal en la actividad, sin traslación de la titularidad patrimonial que continúa siendo de dominio público, aunque siempre pueden encontrarse salvedades a esta doctrina¹.

6.3. Su aplicación práctica: el criterio mayoritario.

Esa es la cuestión planteada en un buen número de asuntos relacionados con el deporte local, que han dado lugar a la conformación de algunos criterios que pueden servir de pauta de actuación al gestor municipal. Sirva el repaso a algunos de esos asuntos para ilustrar el tema o para matizar alguna singularidad.

-En el caso del Ayuntamiento de Aguilar de Campoo, la explotación de las Piscinas Municipales se desarrolló durante cuatro años a través de la empresa privada Emtesport, adjudicataria de tal concesión por el periodo indicado. A partir de 2001, el Ayuntamiento recuperó la gestión directa de la instalación siendo demandado por una socorrista que reclamaba la continuidad en la actividad, en este caso, al servicio del Ayuntamiento en aplicación de la institución subrogatoria del art. 44 ET. La Sentencia que resuelve el litigio² deniega la pretensión y plantea que no existen datos “para admitir que esa nueva situación haya comportado la transmisión de los elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura básica de la explotación o que vaya acompañada de una cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial” y confirma el criterio según el cual, “en el objeto de una contrata no concurren dichas circunstancias, ni implica respecto de un nuevo adjudicatario, la sucesión de empresa a que alude el art. 44 del ET ni n el caso de que la propia Administración, según acaece en el que se enjuicia, decidiera asumir el objeto de la misma en régimen de gestión directa”.

-En términos similares se manifiesta el TSJ del País Vasco en un litigio que involucró al Instituto Municipal de Deportes de Galdakao en su condición de empresa principal contratante de sucesivas adjudicatarias para el servicio de conserjería, monitores de natación y socorrismo del Polideportivo de Galdakao. En lo que aquí interesa, y para resolver una reclamación sobre antigüedad interpuesta por un trabajador, vinculado por medio de sucesivos contratos temporales, la sentencia analiza la aplicabilidad de la sucesión de empresa del art. 44 del ET entre la cadena de empleadoras y llega a la conclusión de que “las sucesivas adjudicaciones de servicios a distintas empresas no suponen un traspaso de empresas y excluyen, por tanto, la aplicación... del art. 44 ET, cuando la operación de sucesión en la contrata no va acompañada de cesión de elementos significativos del activo” circunstancia que no se da en este caso ya que “las instalaciones, materiales y utensilios ya existen y son propiedad del Instituto Municipal de Deportes de Galdakao, esto es, de la empresa principal. Lo que evidencia que entre las adjudicatarias no se da esa cesión o transmisión de elementos productivos”³.

¹ Así en la STSJ de Canarias de 25 de octubre de 2002 (AS 1253), relativa a una sucesión de contrata en las instalaciones deportivas públicas de la Ciudad Deportiva Gran Canaria, el órgano judicial señala que “no es determinante ... si la transmisión conlleva un conjunto de elementos materiales” sino si se ha producido un cambio en la titularidad de una explotación económica identificable” y prosigue indicando que “en determinados sectores económicos ... la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto de trabajadores... puede constituir una actividad económica”. Y aplicando esta doctrina sobre el asunto planteado estima que en el caso que nos ocupa, “mantenimiento de instalaciones deportivas... podemos predicar que los elementos del activo material están reducidos a la mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra”, determinándose por todo ello que existe sucesión de empresa siempre que se produzca una sustitución en la posición de empleador.

² STSJ de Castilla y León de 2 de julio de 2001 (JUR 267861).

³ STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2001 (JUR 2002/81446).

6.4. El criterio minoritario.

No obstante, hay algún pronunciamiento, minoritario y anterior a la actual jurisprudencia del TSJ, que entiende que en la simple puesta a disposición de las instalaciones por un Instituto Municipal de Deportes a una contrata “como centro de trabajo, susceptible de explotación y actividad, continuadora de la anterior” concurre el supuesto de la entrega al concesionario de los elementos patrimoniales básicos¹. Dentro de esta línea doctrinal minoritaria en nuestro entorno incluso se ha entendido que puede haber transmisión de empresa sin transmisión de activos, razonando que es posible que una entidad económica funcione (por ejemplo contrata consistente en impartir clases de aeróbic) sin elementos significativos de activo material y puede transmitirse la empresa sin cesión de elementos patrimoniales (como puede cederse una marca) de manera que en estos casos en que la actividad descansa sobre la mano de obra no tiene sentido la exigencia legal para la aplicación de la subrogación².

6.5. Conclusión.

Con todo y pese a las contadas excepciones, según la doctrina judicial más extendida y aplicada por el TSJ del País Vasco, cuando una empresa cesa en su actividad de gestión de un servicio público por extinción de la concesión administrativa y, posteriormente, otra o el propio Ayuntamiento se hacen cargo del servicio, en principio no se impone la subrogación del nuevo empleador en la posición del anterior respecto de los contratos de trabajo³.

Ahora bien, aún en ausencia o no habiendo transmisión de la titularidad en los términos que se ha expuesto, esto es, con entrega de la infraestructura empresarial básica para dar continuidad al servicio, cabe la posibilidad de que sea obligatoria la subrogación en estos casos: a) si así se dispone en el pliego de condiciones que rige determinada concesión administrativa⁴, b) si se ha pactado en un Convenio Colectivo, produciéndose entonces la

¹ Se trata de la STSJ de Galicia de 31 de mayo de 1996 (AS 1486), que resuelve sobre una demanda sobre despido contra el Instituto Municipal de Deportes de Vigo y un gimnasio privado que gestionó mediante contrata la instalación pública, siendo ambos demandados por la trabajadora que reclama la sucesión de empresa y su continuidad en el puesto de trabajo.

² Supuesto planteado con un monitor de badminton de Escuelas Deportivas Municipales que reclama la continuidad en su empleo después de que la nueva adjudicataria del servicio no le convocara con el inicio del nuevo curso. Empresa y Ayuntamiento son condenados solidariamente a pasar por las consecuencias de la aplicación de la sucesión de empresa del art. 44 ET.STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de julio de 1998 (AS 2987).

³ Por todas pueden citarse las SSTSJ del País Vasco, de 15 de abril de 2003 (AS 2311) en la que Club Natación Easo, Club Deportivo Fortuna y Patronato Municipal de Deportes de San Sebastián son eximidos de toda responsabilidad subrogatoria en relación con una reclamación de monitoras de natación y de 12 de diciembre de 2000 (JUR 2001/255121) en la que Patronato Municipal de Deportes de San Sebastián y Fomento de San Sebastián, S. A. son asimismo liberados de consecuencias sucesorias frente a una reclamación de un trabajador del Hipódromo que pretendía la subrogación.

⁴ A modo de ejemplo del tenor literal de este tipo de cláusulas de subrogación en los derechos y obligaciones del anterior empleador puede transcribirse la reflejada en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Bilbao de 17 de abril de 2001 (JUR 240997), en el asunto de varios trabajadores del Polideportivo de Igorre contra el Ayuntamiento y una de las adjudicatarias:

“d) El adjudicatario de la concesión vendrá obligado a absorber al personal de la empresa que gestiona los servicios del polideportivo de Olabarra siendo obligación de dicho adjudicatario reconocer todos los derechos y obligaciones laborales que los trabajadores viniesen disfrutando a través de los Convenios Colectivos vigentes en el momento de la licitación”.

sucesión en los términos y condiciones allí pactados¹, c) si se impone la sucesión mediante una norma, como fue el caso de la Comarca de Valdejalón, que viene obligada por la Ley 23/2001 de 26 de diciembre de Aragón, a suceder como titular de las competencias, funciones y obligaciones que desempeñaba la Mancomunidad de Ayuntamientos de la zona, siendo por tanto condenada a la readmisión del coordinador deportivo cuya relación se resolvió al iniciarse las actividades de la administración sucesora², d) si se acuerda en las condiciones de traspaso de titularidad entre Administraciones como sucede por ejemplo en la transferencia habida entre la Junta de Castilla y León y el Ayuntamiento de León de las instalaciones deportivas del Estadio Hispánico, en la que se produce "una verdadera sucesión empresarial (...) ya que las instalaciones deportivas fueron transferidas al ayuntamiento de León, a quien se traspasa (...) los medios materiales, personales y financieros (...) y dentro de los medios personales se traspasa al personal laboral adscrito a las instalaciones traspasadas" lo que produce que los trabajadores traspasados se integren automáticamente en el Ayuntamiento³.

e) La conclusión es la misma cuando se produce la creación de una nueva persona jurídica a partir de la empleadora preexistente, ya que pese a la integración de una empresa privada anterior en una Sociedad Mixta Municipal con una participación pública mayoritaria se da una sucesión de empresa en la gestión, siendo la primera parte de la segunda⁴.

Sin embargo, no se aplica la sucesión del art. 44, se entiende que no hay un cambio en la posición de empleador y que es exigible el respeto de los derechos de los trabajadores en los mismos términos como si se tratase de una misma empresa cuando se trata de la extinción de organismos como las Fundaciones Deportivas Municipales o los Institutos de Deportes y se produce la asunción directa de la actividad por parte del Ayuntamiento. Aun cuando se reconozcan personalidad jurídica propia y autonomía financiera a los entes especializados deportivos su dependencia respecto del Ayuntamiento "en cuanto a contratación de personal técnico, administrativo y de mantenimiento precisos para atender sus necesidades" y otros signos como la subordinación en otras cuestiones fundamentales como la aprobación de cuentas y balances denotan que "los trabajadores prestaban sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de una persona jurídica pública, cual es el Ayuntamiento". Así, en el caso del Ayuntamiento de Denia, cuando este decide extinguir la Fundación Deportiva Municipal que venía gestionando las instalaciones deportivas locales y encargarse de manera directa de las mismas, los Tribunales obligan a respetar los

¹ Esta subrogación en la posición del empleador anterior se le impone mediante STSJ de 30 de junio de 2004 (AS 2144) a la empresa Gesport Gestión Deportiva que mediante concurso público convocado por el Ayuntamiento de Pamplona obtuvo la gestión del Polideportivo de Mendillorri. La Resolución se basa en el art. 35 del Convenio Colectivo de Empresas Gestoras de Servicios y Equipamientos Deportivos de la Comunidad Foral de Navarra 2002, según el cual "el cambio de titularidad de la contrata de gestión de un servicio o instalación deportivos no extinguirá por sí misma en todos los supuestos la relación laboral, de tal forma que el contratista entrante quedará subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior, exclusivamente con relación a los trabajadores de la empresa cesante integrados en los grupos 4, 5 y 6 del sistema de clasificación profesional establecido en el art. 11, y que tengan una antigüedad mínima de 8 meses".

² STSJ de Aragón de 22 de septiembre de 2003 (JUR 2004/167635).

³ STSJ Castilla y León de 16 de diciembre de 1997 (AS 4801).

⁴ Supuesto planteado a raíz de una demanda de un trabajador, instructor de cursos de natación, contra la Sociedad Mixta Municipal de Santiago. Cuando se le comunicó la finalización del contrato, pactado hasta fin de obra, el trabajador reclama por despido y se acoge la pretensión por parte del Tribunal ya que la Sociedad Mixta se crea a partir de la contratista anterior (Sidecu) siendo esta parte de aquella, con la misma gerencia y asume la gestión de la piscina pública estando en vigor la concesión. SSTSJ de Galicia de 3 de noviembre de 2003 (JUR 56950) y 12 de febrero de 2003 (AS 3192).

derechos laborales de los trabajadores pertenecientes al órgano especializado tal como si se diera continuidad a la actividad con un mismo empleador¹.

7. Subcontratación, su utilización adecuada y la delimitación respecto de la cesión ilegal de trabajadores.

7.1. Planteamiento

En ocasiones el responsable deportivo local se plantea la conveniencia de externalizar la gestión de parte de un servicio deportivo local, por ejemplo, los turnos de fines de semana, festivos y sustituciones de una piscina municipal, manteniendo así, al mismo tiempo, para sus servicios municipales la responsabilidad de otra parte. O de la misma forma puede interesar la externalización completa de la gestión de esa misma instalación, pero sin abandonar el control absoluto sobre algunos aspectos de la misma, manteniendo en manos de la Administración local algunas facultades como la fijación de horarios de apertura y de turnos de trabajo, dar instrucciones a los empleados de la empresa externa sobre el modo de realizar las tareas, la inscripción de usuarios, organización de grupos, publicidad, organización de períodos vacacionales de los trabajadores, compra de material, adquisición de ropa de trabajo y uniformación del vestuario del personal, supuestos todos ellos proporcionados en las encuestas realizadas a los Ayuntamientos de Bizkaia. En definitiva, se trata de ejemplos en los que los organismos locales aunque hayan subcontratado o atribuido la gestión del servicio a una empresa externa, se reserva facultades concretas de dirección sobre los trabajadores ajenos. ¿Puede ello plantear alguna problemática?

7.2. Delimitación de la subcontratación y la delgada línea que la separa de la cesión ilegal.

Las normas laborales se ocupan de garantizar la posición de los trabajadores ante los fenómenos de coordinación productiva, que es precisamente lo que se plantea en este caso (se ha contratado una empresa externa para realizar la gestión con sus trabajadores, pero algunas facultades de dirección empresarial se mantienen en manos de la Administración local). Esa protección dispensada por el ordenamiento trata de delimitar claramente si quien aparece como empleador lo es realmente o si se trata de una simple apariencia con el objeto de evitar que se considere empresario a quien lo es realmente y pueda así eludir sus responsabilidades. En definitiva, en este tipo de situaciones de coordinación productiva habrá que atender con cuidado al límite entre la subcontratación y la cesión ilegal de trabajadores, cuestión que por otro lado se ha planteado en algunas controversias en las que se encontraban involucradas Administraciones deportivas locales.

El Derecho del Trabajo admite como fenómeno lícito, la subcontratación, esto es, que las empresas, en este caso, la Administración deportiva, contraten con otros la realización de servicios correspondientes a su propia actividad, como pueda ser la gestión de una instalación deportiva o parte de ella. Sin embargo, este mismo ordenamiento laboral trata de evitar que la Administración pueda nutrirse de trabajadores de otros que, sin desarrollar actividad alguna, se limitan a ponerlos a su disposición, en definitiva, impedir que cedan trabajadores en forma no admitida por la normativa laboral contenida en el art. 43 del ET, el cual permite efectuar la cesión únicamente a través de Empresas de Trabajo Temporal (ETTs) debidamente autorizadas. Esto es, lo que se prohíbe es una contratación con una empresa cuyo objeto sea una pura y simple cesión de mano de obra y no una obra o servicio.

La delimitación entre una y otra figura se produce caso por caso, pero de las resoluciones de los Tribunales pueden extraerse algunas pautas para determinar si hay cesión ilegal, así, esta se produce:

¹ STSJ de Comunidad Valenciana de 26 de diciembre de 1997 (AS 4880).

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

✓ Cuando la cedente, aún teniendo organización propia, esta no la pone en acción, y se limita a facilitar al Patronato Deportivo la mano de obra que esta necesita, es decir, se limita a suministrar la mano de obra, sin poner en juego su estructura empresarial.

✓ No es suficiente la existencia de un contrato o de un pliego de condiciones administrativas entre ente municipal y empresa, debiéndose estar al conjunto de las circunstancias concurrentes para determinar la ilegalidad o no.

✓ Si los trabajadores reciben las instrucciones sobre el desempeño de la actividad, ropa de trabajo del ente deportivo local y no de la cedente, si las decisiones sobre horarios de trabajo, turnos, vacaciones, descansos, etc., provienen del ente municipal y no de la empresa contratada.

En definitiva la delimitación se basa en la participación activa de la empresa externa en el desarrollo autónomo de la parcela de gestión contratada. Así, cuantas más facultades de dirección, control y desarrollo de la actividad se mantengan en el entorno de la Administración, los indicios que apunten hacia la cesión ilegal cobrarán más fuerza. Los municipios encuestados que afirman conservar "casi todas" las potestades de dirección sobre la prestación laboral de los trabajadores de empresas externas corren un mayor riesgo de que tal funcionamiento sea calificado como cesión ilegal.

7.3. Consecuencias del prestamismo laboral ilícito:

Las consecuencias son diversas, en primer lugar los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tienen derecho a adquirir la condición de indefinidos, a su elección en la empresa cedente o en la Administración local. Habitualmente, la empresa cedente, de escasa entidad o incluso ficticia, no ofrece atractivo o tan siquiera es una opción real, por lo que el trabajador optará por su inserción en el organismo público, si bien, en este caso, con los límites y condiciones ya señalados para quienes ingresen en la Administración sin superar las pruebas de selección correspondientes, esto es, ingresarán con carácter indefinido pero no fijo, a la espera, por tanto, de que se celebre la correspondiente cobertura regular.

Las condiciones del trabajador serán las que correspondan a otro que preste servicios en la Administración en el mismo o equivalente puesto de trabajo, contando la antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal.

Igualmente, según los arts. 8.2 y 40 del RD Leg 5/2000 de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, se considera infracción laboral muy grave la cesión de trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente y puede corresponder una multa desde 3.005,07 euros hasta 90.151, 82 euros.

Y finalmente, en casos excepcionales en los que los trabajadores se determinen a abandonar el puesto de trabajo que ocupaban por una oferta engañosa o falsa de empleo, como es aquella en la que la empresa cedente es ficticia, la conducta podría ser constitutiva de delito, penado con prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses.

7.4. Las condenas por cesión ilegal en el ámbito de los servicios deportivos locales.

Diversos entes deportivos locales han sido condenados por prestamismo laboral ilícito que se ha tratado de encubrir bajo la apariencia de subcontratación con empresa externa.

-Así, en Sentencia de 2001¹, se declara la cesión ilícita de mano de obra entre el Club Natación Mairena y el Ayuntamiento de Mairena de Aljarafe. En este caso, el ente local contaba con un departamento propio de actividades acuáticas que se ocupaba de la gestión de las piscinas municipales, pero no teniendo interés en contratar nuevo personal directo para la cobertura de vacaciones anuales, navidades, bajas por enfermedad o los incrementos de

¹ STSJ de Andalucía de 31 de enero (AS 2001/265).

demanda entre junio y septiembre, recurre al siguiente artificio bajo la apariencia de una contrata. El Ayuntamiento crea el Club Natación Mairena del Aljarafe, con el que suscribe un convenio de colaboración para la promoción de la natación, sirviendo esta entidad para nutrir del personal necesario para atender las citadas eventualidades en las que el ente municipal no estaba interesado. Así, con la simulación de una contratación con un Club deportivo externo se pretende solventar la necesidad de personal. Este esquema con total apariencia de legalidad se enfrenta sin embargo con la censura jurídica de la Justicia cuando al pretenderse prescindir de los trabajadores afectados por el tráfico ilegal estos actúan judicialmente. Así el Tribunal profundiza sobre el asunto y desvela que el Club de Natación carece de estructura directiva, organizativa y administrativa, estando integrada sólo por los trabajadores que prestan servicios en el Ayuntamiento, no existiendo otro personal o centro de trabajo, y la contrata únicamente trabaja para la Municipalidad de Aljarafe.

La Sentencia concluye que “de las anteriores circunstancias se infiere que nos encontramos ante un supuesto de cesión de trabajadores al Ayuntamiento...no pudiendo considerarse la existencia de contrata de servicios pues a la vista del objeto del Club y las circunstancias de la falta de estructura directiva y las restantes circunstancias descartan la existencia de una verdadera contrata, siendo lo ocurrido que se convirtió en una operación de cesión de trabajadores no permitida por el ordenamiento vigente, siendo en consecuencia que el Club es un empresario aparente...siendo la diferencia con una verdadera subcontratación que la empresa auxiliar cuenta con patrimonio, organización y medios propios, sin que se trate de una mera ficción o apariencia de empresa”. Por tanto, para que exista un contratista real, le debe corresponder a este la organización, control y dirección de la actividad, por lo que sólo existirá verdadera contrata cuando la contratista ejerza actividad empresarial propia, aportando en la ejecución de la contrata su propia dirección y gestión, manteniendo a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección.

En nuestro entorno más cercano se ha planteado algunos supuestos en los que se debatía esta misma frontera entre la subcontratación y la cesión ilegal.

-Así en Sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao de uno de septiembre de 2002, el Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo y Symvisa fueron condenados por cesión ilegal de un peón de mantenimiento y limpieza. En apariencia la relación triangular presentaba las características propias de una contrata, celebrada entre IMD y empresa externa para el desarrollo de las tareas de mantenimiento y limpieza. Sin embargo, cuando profundiza sobre el verdadero contenido de la prestación, el Juzgador advierte que es el propio IMD quien conserva las facultades básicas de dirección sobre el trabajador. En concreto, se declara probado que el superior jerárquico que controlaba el cumplimiento del horario, la calidad del trabajo, organizaba y dirigía el mismo era el jefe de grupo de mantenimiento de la plantilla del IMD. Y el encargado de la empresa externa acudía ocasionalmente a las instalaciones del IMD para mantener reuniones con el encargado del organismo público. Por tanto no había supervisión, control, dirección del trabajo diario por parte de la empresa externa, esto es, no ponía en juego su estructura empresarial en el caso de que la tuviera. Abundando sobre la cuestión, en todo lo relativo a los cambios de turnos, horarios o cuestiones salariales el peón de mantenimiento fue remitido al encargado del IMD. Sus horarios de trabajo coincidían con los del equipo de mantenimiento del IMD, de manera que se integraba prácticamente como un trabajador más de la plantilla e incluso todo el material de trabajo y equipo de trabajo, incluidos herramientas y ropa de trabajo eran aportados por el IMD. En definitiva, el IMD actuaba como empresario real y la empresa externa era simplemente aparente, y la relación articulada era la propia de una cesión de trabajadores, sólo permitida a través de ETTs.

-Similar condena se produjo en el caso del Ayuntamiento de Durango (Instituto Municipal de Desarrollo y Acción Comunitaria-Mikeldi) y de la empresa Duranki S.L. (Durangaldeko Kirol Zerbitzuak) en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de noviembre de 2000¹.

También en este caso la empresa Duranki cumplió una función de interposición para que el Ayuntamiento obtuviera mano de obra sin integrarla en su plantilla, operación realizada a través de la empresa ficticia que no tenía otro objeto que el de realizar esa concreta aportación. Los trabajadores de Duranki, que prestaban servicios básicamente en fines de semana,

¹ STSJ del País Vasco de 14 de noviembre de 2000 (AS 2001/2964).

festivos y sustituciones de los trabajadores de plantilla del Ayuntamiento, usaban la misma vestimenta que estos, recibían instrucciones comunes, el calendario laboral se elaboraba por el organismo municipal que organizaba su trabajo, disponiendo en definitiva de las facultades o competencias de organización y dirección empresarial respecto de ese personal, tratándolos como si fuesen parte de su plantilla. Así, el Ayuntamiento ejerce como empresario real y Duranki es una entidad instrumental para lograr los fines descritos.

Y a esta conclusión no cabe oponer como señala la resolución “que la contrata se adjudicase mediante concurso público ya que dicha circunstancia...no impide que haya cesión ilegal y falseamiento de la condición de empresario”, ni tampoco el que la empresa aparente corriese con los riesgos del trabajo, salariales básicamente “ya que precisamente esa es la clave de la cesión de mano de obra y la razón de su prohibición, al hacer soportar al empresario aparente las consecuencias últimas de la relación laboral”, eludiendo la principal la incorporación a su plantilla.

8. Responsabilidad laboral de las Administraciones como promotoras y financiadoras de proyectos deportivos de terceros: centros escolares, escuelas deportivas, clubes y federaciones.

En general puede afirmarse que las Administraciones Deportivas Locales, no adquirirán responsabilidades laborales respecto de aquellas actividades de prestación de servicios deportivos que se limite a subvencionar o financiar sin asumir más responsabilidad que propiamente esta de promoción de las actividades desarrolladas por entidades distintas de ella misma, que serán las encargadas de planificar, organizar, gestionar y beneficiarse de las mismas. Esto es, siempre que el ente deportivo municipal se sitúe al margen de la ordenación y dirección de tales actividades ajenas, actuando por ejemplo como mero subvencionador de un club de ajedrez que concurre a una convocatoria de ayudas públicas para desarrollar su proyecto.

Sin embargo, desde el momento en que la Administración adopta una posición de promoción activa, bien sea activando su propia estructura y empleados, bien sea encargando a organizaciones externas (clubes, centros escolares, contratas, o incluso ETTs) el desarrollo concertado de dichas actuaciones, la institución pública adquiere determinadas responsabilidades laborales, en el primer caso como empleadora directa en exclusiva como es obvio y en el segundo por lo habitual de manera compartida, solidaria, con el agente directamente responsable (con la contrata, ETT, club, etc) de llevar a cabo la actividad propia del ente local y que será normalmente el empleador de los trabajadores que desarrollen la prestación laboral necesaria para cubrir el servicio. En concreto, la contrata (o concesión administrativa) de una empresa de servicios deportivos para la gestión de un polideportivo municipal, la promoción de Escuelas Deportivas financiadas por el Ayuntamiento y gestionadas por un club local, o la contratación de personal de mantenimiento de unas piscinas mediante una ETT no eluden por completo la responsabilidad laboral de la Administración, que como beneficiaria final de la prestación de servicios, a cargo de trabajadores de otros empleadores que conciertan este objeto con ella, queda sujeta a diversas responsabilidades. Entre otras las siguientes:

Responsabilidad salarial: La Administración deportiva local responderá, solidariamente, -exigibilidad indistinta de la deuda a cualquiera de los responsables-, de las obligaciones salariales contraídas por las contratas o subcontratas con los trabajadores que hubieran desarrollado la prestación de servicios deportivos y que se refieran al tiempo de vigencia de la misma, siendo exigible dicha responsabilidad durante el año siguiente a la finalización del encargo. Así por ejemplo, se hace responsable solidario del pago de determinadas diferencias salariales de Convenio al Ayuntamiento de Galdakao y al Instituto

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Municipal de Deportes del mismo, por unas cantidades adeudadas por la contrata Galdakao Garbiketak a uno de sus trabajadores¹.

Esta responsabilidad por tanto no perdura indefinidamente en el tiempo, sólo es exigible en tanto no haya transcurrido un año desde la terminación de la contrata² y tampoco es ilimitada en su cuantía, ya que alcanza hasta el equivalente que hubieran percibido con el empresario principal, o sea, la entidad deportiva municipal, como trabajador fijo, con la misma categoría y en el mismo puesto.

Asimismo en lo que se refiere a la extensión del concepto de contrata a efectos de responsabilidad, algunos órganos jurisdiccionales, por ejemplo el TSJ de Valencia³, han ampliado su entendimiento no sólo a aquellas que se hubieran reconocido por las partes como tal en el correspondiente concurso público y pliego de condiciones, sino que con alcance también a aquellos convenios de colaboración que pudieran firmarse, por ejemplo, con clubes locales, para dar cobertura a las Escuelas deportivas municipales promovidas por el Ayuntamiento. Así, en el supuesto citado, el Patronato Municipal de Deportes de Alicante es declarado responsable solidario respecto de las obligaciones contraídas por un Club de Badminton local con monitores de la especialidad, porque la firma del convenio entre Patronato y Club para que este último cubra la oferta de la Escuela deportiva es equivalente a la contrata, desplegándose las responsabilidades propias de esta figura.

En el caso de que se produjera una cesión de trabajadores a través de una ETT, infrecuente en el caso de las Administraciones deportivas, la responsabilidad no sería solidaria sino que subsidiaria -tan sólo en caso de que la ETT no respondiera sería exigible la responsabilidad a la institución pública-.

Responsabilidad en materia de Seguridad Social: el empresario principal, en este caso, ente local, responderá solidariamente del pago de las deudas con la Seguridad Social contraídas por los contratistas (empresa deportiva externa) durante el período de vigencia de la contrata, también con el límite de lo que le correspondería si se hubiera tratado de su personal fijo en la misma categoría y puesto de trabajo. Además, previo al inicio de la actividad, la Administración debe comprobar que dichos contratistas están al corriente del pago de las cuotas de Seguridad Social.

Cuando se trata de trabajadores cedidos a través de ETT está responsabilidad es subsidiaria.

Responsabilidad en materia de salud laboral: esta materia se trata de manera separada a continuación, pero en cualquier caso y respecto de contratas o concesionarias que desarrollen servicios en centros de trabajo del organismo deportivo municipal, esto es, que la empresa externa realice sus tareas en instalaciones deportivas públicas, existe un principio de responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales.

9. La prevención de riesgos laborales en el entorno de los servicios deportivos municipales.

La siniestralidad laboral, tal como sucede en el resto de sectores productivos, no es ajena a las prestaciones en el ámbito del deporte municipal. En los relatos de hechos probados

¹ STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2001 (JUR 2002/81446).

² Precisamente el hecho de que hubiera transcurrido el plazo de un año desde la finalización de la contrata determinó que el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao en sentencia de 17 de abril de 2001 (JUR 2001/240979), declinara la responsabilidad solidaria del Ayuntamiento de Igorre en el abono de atrasos salariales impagados por la contrata Kiser encargada de la gestión del polideportivo municipal de Olabarrí.

³ TSJ de Valencia de 6 de julio de 1998 (AS 2987).

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

de las resoluciones judiciales pueden encontrarse graves supuestos de accidentes laborales o enfermedades profesionales. Así, entre otros ejemplos, accidente de trabajo con resultado de muerte cuando se desarrollaban trabajos de pintado de los techos de una piscina municipal, aplastamiento por puerta corredera de Palacio de Deportes que se desprende, caída desde altura durante la reparación de una red de protección de balones en Palacio de Deportes Municipal, o desarrollo de melanoma cancerígeno por parte de un socorrista de piscina municipal contratado por un Instituto de Deportes¹. A pesar de los intentos legislativos de

¹ Sirvan como ejemplo los siguientes casos: Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 27 de junio de 2000 (ARP 2000/1139): "En el interior de la piscina estaban para limpiar el techo los cuatro trabajadores. Para poder llegar hasta el techo los trabajadores montaron y colocaron en el piso de la piscina un andamio metálico de ruedas, y plataforma con barandilla para trabajar a una altura de seis metros ochenta y cinco centímetros. El andamio tenía en las ruedas frenos que estaban accionados cuando ocurrió lo que ahora se dirá, en cuyo momento estaba algo inclinado dada la concavidad del piso de la piscina; y por otra parte no fue nivelado ni quedó sujeto a punto alguno fijo de anclaje en ningún momento. Jaime L. G. y Alonso O. V. subieron a la plataforma del andamio así instalado, y desde allí comenzaron a limpiar el techo sin tener colocados ni cascos ni cinturones de seguridad, manejando Alonso un cepillo impregnado con detergente y Jaime una pistola de agua. Mientras tanto los otros dos trabajadores Antonio G. y Antonio V. permanecían en el piso de la piscina, para mover el andamio a fin de que se pudieran limpiar todas las zonas del techo y para proporcionar a Jaime L. y a Alonso O. el material de limpieza que necesitaran. Siendo aproximadamente las siete de la tarde llevaban ya Jaime y Alonso varias horas trabajando después de almorzar en la plataforma del andamio; y como consecuencia de la limpieza que realizaban, había ido cayendo agua y detergente desde el techo hasta el piso de la piscina. De improviso el andamio se inclinó y se desplomó lateralmente, arrastrando en su caída a Jaime y a Alonso, si bien este último consiguió saltar. Los dos sufrieron graves lesiones al chocar contra el suelo, y horas después falleció Jaime L. como consecuencia de una de esas heridas, un traumatismo craneoencefálico con intensa hemorragia cerebral.

STSJ de Andalucía de 24 de septiembre de 2001(AS 2001/4062), "el accidentado, ha prestado servicios para la empresa Patronato Municipal de Deportes de Granada, en el Palacio de los Deportes de Granada, con la categoría de operario de mantenimiento...hallándose en la prestación de dichos servicios, sufrió un accidente laboral cuando, ayudado por otro compañero de trabajo, se dedicaba a la apertura de una puerta corredera metálica de grandes dimensiones, de acceso a la zona intermedia entre el Palacio de Deportes y el Estadio de Fútbol, al iniciar el desplazamiento, se desprendió del muro el único elemento de sujeción y guía cayendo la misma al suelo y atrapando al trabajador, el que como consecuencia de ello sufrió lesiones...presentó un cuadro clínico residual de fractura vertebral D-10- D11, fracturas costales 5-6-7-8, hemitorax derecho y neumatorax, que le produce limitaciones orgánicas y funcionales consistentes en limitación de movilidad de columna vertebral, de sobrecargas y esfuerzos físicos intensos así como limitación en la flexión y extensión de ambas rodillas, y perjuicio estético".

STSJ de Murcia de 21 de febrero de 2004 (JUR 2004/1091), "como consecuencia de haberse roto uno de los cables de izado de la red de protección de balones en el palacio de los deportes de esta ciudad, el encargado de mantenimiento del mismo, solicitó al peón de mantenimiento que tenía conocimientos de alpinismo, que subiese al mismo con la finalidad de reparar el mencionado cable; el cual cayó al suelo, desde una altura superior a 4 metros, resultando lesionado. En cuanto a la forma de efectuarse dicha reparación, la inspección de trabajo informó sobre el incumplimiento de la prevención de riesgos laborales al no haber adoptado medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo de la que se derive un riesgo grave para la seguridad y salud de los trabajadores".

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de diciembre de 2003 (JUR 2004/261466), "se le detecta un melanoma maligno en región cervical posterior izquierdo, y, según los informes médicos aportados, ha desarrollado un cáncer de piel debido sobre todo a la exposición al sol durante varios años. La Inspección de Trabajo, en base a la

poner freno, definitivamente, a las elevadas tasas de accidentes laborales y enfermedades profesionales, mediante la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995 y sus disposiciones de desarrollo, la valoración es de escepticismo. Y en buena medida esta situación deriva de la ineficacia de las Instituciones Públicas sectoriales (autoridad laboral y judicial, Inspección de Trabajo, etc.) encargadas de velar por el cumplimiento de la normativa vigente. Resulta significativo que de las encuestas cumplimentadas por los diferentes municipios de Bizkaia, casi diez años después de la promulgación de la normativa básica en la materia, se deduzca que tan sólo 18 de la cincuentena de los entes locales hayan dado cumplimiento a los básicos deberes de crear las estructuras preventivas exigidas por la Ley o elaborar un plan de prevención de riesgos laborales para sus instalaciones o servicios deportivos, cuando la propia norma advierte de su carácter universal y de su aplicación también en el ámbito de la Administración¹.

En cuanto a lo primero, creación de estructuras preventivas, los entes locales vienen obligados a optar por la designación de trabajador o trabajadores encargados de la actividad preventiva, o por la constitución de un servicio de prevención propio o por la contratación de un servicio de prevención ajeno, que en cualquier caso deben tener capacidad suficiente para diseñar, aplicar y coordinar los planes preventivos, evaluar los riesgos, informar a cada trabajador de los riesgos de su puesto y formarle en prevenirlos, prestar primeros auxilios y vigilar la salud de los trabajadores. Lógicamente la mera designación de trabajadores no será suficiente para dar cobertura a todas estas funciones, de manera que pueden combinarse distintos sistemas para alcanzar el resultado señalado. Una alternativa que podría explorarse en el ámbito de los pequeños municipios es el de la constitución de Servicios de Prevención Mancomunados, que permite la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y el RD 39/1997 que regula los Servicios de Prevención (art. 21), con el objeto de asumir de manera compartida la actividad preventiva². En cualquiera de las formas señaladas, las entidades locales que carecen de tales estructuras, deberían ponerlas en funcionamiento y proceder a la planificación de la prevención de riesgos.

En cuanto a esta segunda obligación de elaborar Planes, omitida también en la mayoría de casos según las encuestadas cumplimentadas, su regulación detallada se contempla en el citado RD 39/1997, que contiene el procedimiento para su elaboración por parte de las estructuras preventivas elegidas por la Administración local (trabajadores designados al efecto, Servicio Propio, Servicio Ajeno, etc.). Este procedimiento se resume en la obligación de evaluar los riesgos atendiendo a cada puesto de trabajo (por ejemplo riesgos del empleo de sustancias como el cloro en las piscinas, exposición al sol de socorristas, desplazamiento de equipamientos deportivos como porterías o aparatos de gimnasios, acumulación de esfuerzos en profesores de aeróbic, etc.), y realizando las mediciones o análisis necesarios; identificación de los más graves e inminentes; planificación para evitar los riesgos o disminuirlos, eligiendo los equipos de trabajo o adoptando medidas de adaptación de

visita realizada en el Parque Deportivo Puerta de Hierro, requirió al centro de trabajo para que los socorristas sean provistos de sombrillas que aislen del sol, crema de protección solar, ropa adecuada que proteja del sol, revisiones dermatológicas periódicas e información sobre riesgos en la profesión y medidas precautorias, todo ello antes de la campaña de verano... medidas de seguridad e higiene recomendadas por el Inspector de trabajo no se han cumplido.

¹ En el caso de la Administración General del Estado y de sus Organismos dependientes existe además un reglamento de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales, contenida en el RD 1488/1998 de 10 de julio de 1998 (BOE 17 de julio de 1998).

² Los Servicios de Prevención, Propios o Ajenos, son estructuras organizativas específicas encargadas de las funciones preventivas antes señaladas, y para ostentar tal condición deben estar integradas por los especialistas en prevención de riesgos laborales que el Reglamento indica para cada caso (detalle contenido en los Anexos), pero como mínimo con expertos de dos de las especialidades o disciplinas preventivas especificadas por la norma. Si con esta estructura no se diera cobertura a la totalidad de funciones a cubrir podrá recurrirse a otros servicios externos adicionales hasta abarcar todas las actividades preventivas obligatorias.

las condiciones de trabajo; y finalmente se evaluará la eficacia de las medidas dispuestas, para en su caso revisarlas.

Además de al cumplimiento de estas dos elementales obligaciones señaladas por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, los entes locales quedan sujetos al resto de normativa específica en materia de salud laboral como la relativa a las condiciones de los lugares de trabajo¹, la señalización de seguridad y salud en el trabajo², sobre equipos de trabajo³ y equipos de protección individual⁴, manipulación manual de carga⁵, agentes químicos en el lugar de trabajo⁶, etc, si bien en la actualidad no existe normativa relativa propiamente a las instalaciones deportivas y habrá que aplicar, adaptando, esta normativa genérica.

Asimismo, al margen de la responsabilidad de los entes locales por el incumplimiento de estas obligaciones en relación con la actividad directamente ejecutada, no hay que olvidar la que le corresponde por la gestión que puedan realizar en sus instalaciones empresas externas concesionarias o contratadas. En relación a estas, el art. 24 de la Ley 31/1995, impone un deber de coordinación entre empresa principal titular del centro de trabajo, esto es, la Institución Local propietaria de una instalación deportiva, y contratistas o concesionarios que desarrollen servicios correspondientes a la actividad propia de la administración deportiva municipal, exigiendo a la primera la vigilancia del cumplimiento de la normativa por parte de los segundos. Es decir, que la Administración local será responsable de verificar la existencia de planes de prevención y de su ejecución por parte de las contratadas y además según el art. 42.2 de la misma norma responderá solidariamente durante el período de la contrata de las obligaciones impuestas por esta Ley, respecto de los trabajadores que presten servicios en las instalaciones públicas.

El incumplimiento de las obligaciones directas o indirectas en materia de salud laboral, dará lugar a responsabilidades administrativas, consistentes en sanciones que pueden ascender desde los 1.500 euros hasta los 600.000 euros en caso de infracciones graves y muy graves, así como en su caso, a responsabilidades penales y civiles por daños y perjuicios.

10. Adecuación en las convocatorias públicas de plazas de servicios deportivos entre las funciones, titulaciones y clasificación profesional.

Es una circunstancia bastante habitual la de los Ayuntamientos de municipios de pequeñas dimensiones, bajo presupuesto y sin importante infraestructura que se plantean la contratación de personal técnico deportivo a través de la correspondiente convocatoria de empleo público.

La diversidad de tareas, a desarrollar por una misma persona, requieren la creación de plazas polivalentes que abarquen diversas funciones (hasta 23, por ejemplo, en las Bases

¹ RD 486/1997, BOE de 23 de abril de 1997.

² RD 485/1997, BOE de 23 de abril de 1997, regula las señalizaciones referidas a riesgos, prohibiciones y obligaciones a través de señales luminosas o acústicas, paneles, colores, etc para llamar la atención, advertir u orientar sobre maniobras peligrosas, localización de medios de auxilio, etc.

³ RD 1215/1997, BOE de 7 de agosto de 1997, regula las condiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización de los equipos de trabajo como máquinas, aparatos o instrumentos.

⁴ RD 773/1997, BOE de 12 de junio de 1997, regula los equipos destinados a ser llevados o sujetados por el trabajador para que le proteja de riesgos, o cualquier complemento o accesorio destinado a tal fin.

⁵ RD 487/1997, BOE de 23 de abril de 1997.

⁶ RD 374/2001, BOE de 1 de mayo de 2001.

de la Oferta Pública de Empleo del Ayuntamiento de Zizurkil de 25 de junio de 2001¹). La cuestión que plantea este tipo de plazas convocadas con carácter multifuncional, con el objetivo de atender tareas correspondientes a diversos niveles de responsabilidad y cualificación, es el problema de ajuste entre las funciones requeridas y la clasificación profesional (y retributiva) propuesta.

En este terreno hay que aludir al menos a dos recientes supuestos de anulación de las Bases de sendos concursos públicos para la cobertura de personal Técnico deportivo en dos ayuntamientos guipuzcoanos, que han dado lugar a que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sienta su doctrina judicial en la materia².

En ambos asuntos se trataba de la misma cuestión de fondo. Los Ayuntamientos de Zizurkil y de Astigarraga, con alrededor de 3.000 y 4.000 habitantes respectivamente, realizan una convocatoria de empleo público para dar cobertura a sendas plazas de “Técnico dinamizador de deportes y juventud” y “Técnico Medio de Deportes”, encuadradas según las Bases en el Grupo B de los Cuerpos de Funcionarios y Nivel retributivo 14 del Acuerdo de Condiciones de Trabajo conocido como ARCEPAFE, exigiéndose para el ingreso en dicho nivel B la titulación de Diplomado. Sin embargo, y aquí se abre el debate jurídico, a juicio de la parte impugnante, Colegio Oficial de Licenciados en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte del País Vasco, determinadas funciones de programación, gestión, ejecución o control que en las Bases de las convocatorias se establecen como cometido de las plazas ofertadas no se corresponden con las señaladas por la Ley de la Función Pública Vasca (LFPV) para el Grupo B de la Administración. Según el criterio del Colegio de Licenciados, en la medida que se integran en las Bases funciones propias del Grupo A, Cuerpo Superior de la Administración, la titulación exigible debiera haber sido la de Licenciado y no la de Diplomado, y la adscripción retributiva, la propia de dicho nivel.

El TSJ del País Vasco, determina en primer lugar la adscripción de las funciones discutidas, esto es, su correspondencia con el Grupo A o B de Funcionarios.

Al primero, Grupo A, Cuerpo Superior de la Administración, le corresponden según la Disposición Adicional Primera de la Ley de la Función Pública Vasca (LFPV), las tareas de estudio y propuesta de nivel superior, en áreas de programación, gestión, ejecución, inspección o control. Mientras que al Grupo B, Cuerpo de Gestión, le corresponden las funciones de colaboración con las del nivel superior, así como la aplicación de la normativa, propuestas de resolución, estudio e informes que no correspondan a tareas de nivel superior.

A la vista de este marco teórico, entiende el TSJ que algunas de las funciones contenidas en las Bases se corresponden con las propias del Cuerpo Superior, en cuanto suponen tareas propias y autónomas de estudio, planificación, programación y gestión y no meras tareas de colaboración con las de nivel superior, como por ejemplo “proponer el nacimiento y gestión de escuelas deportivas municipales”, “impartir cursos deportivos”, “planificar y programar las actividades recreativo deportivas”, “puesta en marcha, gestión y dinamización de las actividades recreativo-deportivas”, “gestionar las instalaciones deportivas

¹ Entre las funciones dispuestas en estas Bases se encuentran desde algunas que requieren una cierta capacidad de estudio, planificación o programación como “proponer el nacimiento y gestión de escuelas deportivas municipales”, o “impartir cursos deportivos cuando el Ayuntamiento lo estime necesario” hasta otras que no exigen una formación tan elevada como “atención al teléfono y público en general, información y orientación” o “tarea de registro, clasificación y archivo de la documentación”. E incluso este tipo de plazas, por motivos de la dimensión del municipio y de los recursos disponibles, se complementan en ocasiones con funciones que exceden el ámbito deportivo, ampliándose las tareas a desarrollar a otras esferas como las culturales o las propias del área de juventud. Así, por extensión, en estas bases, se alude también como funciones de la plaza convocada las de “informar a la juventud de todo tipo de programas, ayudas, becas, vacaciones, ofertas de empleo, etc.”.

² Se trata de las Sentencias del TSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 14 de marzo de 2003 (relativa a una plaza de “Técnico dinamizador de Deportes y Juventud” del Ayuntamiento de Zizurkil) y de 21 de mayo de 2004 (sobre una plaza de “Técnico medio de Deportes” del Ayuntamiento de Astigarraga).

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

municipales”, o “tomar parte directa en la organización y gestión de las actividades deportivas que organizan las Administraciones a nivel comarcal”.

Obviamente estas funciones se complementan con otras propias del Grupo B, e incluso con algunas del Grupo C correspondientes al Cuerpo Administrativo.

En conclusión, según el criterio del TSJ “no hay una correspondencia entre el Grupo de Clasificación B en el que se integra la plaza y las funciones atribuidas en las Bases, que no son las legalmente establecidas para el Cuerpo de Gestión”, al que se exige la titulación de Diplomado Universitario por el artículo 43 de la LFPV. Por tanto, en esta parte se acoge el razonamiento del Colegio de Licenciados que censuraba el desajuste entre las funciones atribuidas, la clasificación profesional y la titulación exigida. Y al contrario, otros elementos esgrimidos por la Administración Local, como el escaso número de habitantes de los municipios demandados o sus necesidades de crear puestos multifuncionales, “no le autoriza a pervertir las titulaciones exigibles y las funciones correspondientes a los distintos grupos de titulación, debiendo acomodar sus necesidades a las exigencias legales y no a la inversa”.

Asentado todo lo anterior y en orden a las conclusiones, el desajuste mencionado no conduce necesariamente a aceptar la pretensión del Colegio, en el sentido de anular la convocatoria obligando a convocar la plaza calificándola como propia del Grupo A. El TSJ, señala al respecto que “ si la Administración pretende crear una plaza...integrada en el Grupo B, en atención a necesidades del municipio...habrá de hacerlo con adecuación al ordenamiento jurídico...asignando a la plaza las funciones que se definen como básicas del Cuerpo de Gestión, que en el presente caso han sido ignoradas, lo que conlleva la disconformidad a derecho de las Bases objeto de impugnación, y la consiguiente anulación en el extremo enjuiciado”.

Ahora bien, el TSJ no accede a la pretensión del Colegio de encuadrar la plaza en el Grupo A fijando como condición necesaria la de estar en posesión del título de Licenciatura, sino que se limita a obligar al Ayuntamiento, a su opción, a reformular su convocatoria, o bien ajustando las funciones al Grupo B o bien manteniéndolas pero convocando la plaza con la categoría del Grupo A.

D. Koldo Irurzun Ugalde es Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad del País Vasco, Doctor en Derecho y Master en Derecho Deportivo

III- Propuestas de reflexión y pautas para la regularización del empleo deportivo.

1. Introducción: un contexto propicio para la regularización del empleo deportivo.

Desde los Poderes Públicos se transmite que existe un convencimiento de que el deporte debe ser en los próximos años una fuente importante de empleo y se expresa un especial interés en la materia. Al menos eso cabe deducir, por ejemplo, de los diversos documentos y pronunciamientos de la UE al respecto.

En la Reunión Informal de Ministros de Deportes de la Unión Europea, celebrada en Paderborn, los días 31 de mayo al 2 de junio de 1999, la UE se entiende que en el contexto del desarrollo del tiempo libre, el deporte encierra un importante potencial de empleo en las facetas de animación deportiva, integración social, gestión y entrenamiento e información y en la Conclusión Segunda, relativa al "Empleo y deporte", los Estados Miembro en el marco de la lucha contra el desempleo se comprometen a adoptar medidas e iniciativas en el campo del deporte. En este sentido se abunda en la necesidad de remover todos los obstáculos en los estados miembros para la creación de nuevos empleos.

No es este el único pronunciamiento de la UE sobre el Empleo y el Deporte. También en la "Primera Conferencia de la UE sobre Deporte" en la que se trató sobre el modelo de deporte en Europa se hace alguna referencia a la materia. En este foro se subrayó la creciente profesionalización del empleo alrededor del deporte, sustituyendo progresivamente al voluntariado que históricamente ha atendido a este sector. Y se advierte a los poderes públicos sobre las nuevas posibilidades de empleo que ofrece el sector, especialmente en el terreno de las organizaciones locales.

Igualmente en el mencionado documento de la Comisión sobre Deporte y empleo en Europa, se alude al deporte como yacimiento potencial de empleo.

También en nuestro entorno el empleo deportivo ha sido objeto de reflexión, en concreto en el proceso de debate que dio lugar a la elaboración del vigente Plan Vasco del Deporte 2004-2007¹. Y con acierto no sólo se ha tratado en su vertiente cuantitativa sino que también desde su problemática cualitativa porque "la situación en cuanto a formación y empleo en el sector de deportes de Euskadi es bastante complicada debido a varias razones...De las tendencias precedentes queda claro que el sistema actual...conlleva problemas de empleo² en este sector. Este tema está convirtiéndose en una de las más importantes preocupaciones de las Administraciones Públicas vascas..."

¹ Siguiendo al Plan, el deporte es "un importante motor de generación de riqueza para la sociedad vasca. Según los resultados extraídos del estudio realizado por el Gobierno Vasco con el objetivo de estimar el impacto económico de las actividades relacionadas con la práctica del deporte en el País Vasco, el gasto total realizado asciende a 854.855.651€ (142.236 millones de pts). En términos de generación de PIB para la Comunidad Autónoma Vasca es de 767.460.935 € en PIB (127.695 millones de pts), es decir, un 1,9% del PIB vasco (en base al PIB del 2000). Esta magnitud sitúa al "sector" deportivo vasco por delante de otros sectores punteros para la economía vasca, como el de Investigación y Desarrollo tecnológico (1,51%), o más tradicionales, como el de Agricultura y Pesca (1,2%) o el de transporte (1,7%). Los ingresos derivados para las Haciendas Forales vía impuestos de sociedades, IVA e IRPF serían de 108.058.500 € (17.979 millones de pts), es decir, de cada euro aportado por las instituciones vascas, las haciendas recaudan 2,07 euros. En cuanto al empleo, el efecto medido en términos de mantenimiento de empleo se eleva a 18.837 empleos, es decir, el deporte contribuye directa e indirectamente en un 2,2% de los 849.400 empleos que disponía la C.A.P.V en el año 2001.

² Algunas características del empleo en este sector podrían ser: situaciones de sobrecualificación y subcualificación, temporalidad (87% en IVEF y 94% en FP), jornadas parciales y falta de contratos laborales.

Asimismo, el Plan Vasco del Deporte prevé la creación dentro del Consejo Vasco del Deporte de una *Comisión de Formación y Empleo*, que deberá monitorizar las políticas que en materia de formación deportiva se estén llevando a cabo, con el objeto de analizar su bondad y el grado de acercamiento a las necesidades del mercado laboral de este sector. Para ello, se encargará de establecer relaciones entre el mercado laboral, los empleadores y los centros formativos y en paralelo se anuncia la elaboración de un Programa Empleo y Deporte con el objeto promover el fomento de nuevos empleos en el Sistema Vasco del Deporte y programas de sostenibilidad y viabilidad económica de las actuales ocupaciones, al tiempo que se fomenta el desarrollo de un marco de relaciones laborales compensado¹.

2. Disfunciones principales a regularizar y algunas pautas para ello

El contexto de declaraciones políticas favorables al impulso de este campo de actividad, debe ser aprovechado por las autoridades locales para promover propuestas conducentes a regularizar las diversas situaciones problemáticas constatadas en el marco del empleo deportivo municipal a lo largo de este análisis. A lo largo del trabajo se han detectado algunas áreas disfuncionales dentro del sistema de relaciones laborales deportivas locales, básicamente:

- No sujeción de relaciones de carácter laboral a las reglas propias del Derecho del Trabajo, tratando de eludirlo mediante el recurso a otros vínculos (contratación administrativa, apariencia de arrendamiento de servicios o voluntariado), dando lugar a lo que se ha denominado aquí "huída de la laboralidad".
- Empleo incorrecto de modalidades contractuales temporales, para actividades permanentes, con el objeto último de evitar responsabilidades propias de la contratación indefinida.
- Interposición de otras personas jurídicas en la contratación de trabajadores, mientras se mantiene la dirección efectiva sobre los mismos, para rehuir las responsabilidades propias del empleador real.
- Ignorar la aplicación de la normativa en materia de salud laboral.
- Inexistencia de Convenios Colectivos (o Acuerdos) o de secciones específicas en los mismos que adapten las peculiaridades de las relaciones laborales deportivas.

Sin embargo, no cabe pensar en la posibilidad de ofrecer servicios deportivos de calidad, atendidos con personal cualificado, sin regularizar estas situaciones. Los constantes esfuerzos por elevar la cualificación del personal que atiende estas tareas, mediante la exigencia de titulaciones específicas del ámbito deportivo en sus diversos niveles académicos reglados (Licenciados en Ciencias de la Actividad Física, Diplomados en Educación Física o Tafad) o en el terreno de las titulaciones deportivas (dirigidas en sus contenidos comunes por la Escuela Vasca del Deporte), pueden tener escaso reflejo si no se acompañan con el

¹En esta línea no está de más el proyectar la mirada hacia nuestro entorno europeo más cercano y seguir de cerca diversas medidas de empleo, adoptadas por ejemplo en Francia, dirigidas al peculiar mercado de trabajo deportivo. Entre otras, medidas de:

-Apoyo a la contratación por parte de los clubes y asociaciones deportivas, con financiación al 80% de contratos de 5 años para jóvenes de menos de 25 años a partir de la presentación de un programa de desarrollo por parte de la asociación o club.

-Apoyo a la formación en alternancia de los estudiantes de titulaciones relacionadas con el sector deportivo y apoyo a la formación continua de los trabajadores del sector que deben adecuarse a unas necesidades de mercado cada vez más cambiantes.

-Facilitar la conversión de empleos parciales en completos, facilitando agrupar las diversas ofertas que puedan recibirse de distintos empleadores.

-Facilitar la conversión de trabajo voluntario en empleos a través de la exoneración o reducción de las cargas sociales para los empleadores siempre que las sumas no superen un determinado nivel.

-Impulso de la negociación colectiva sectorial.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

reconocimiento profesional de quienes prestan dichos servicios, en términos de unas condiciones de trabajo regularizadas, de empleo digno y de calidad.

Esa regularización supone, en lo sustancial, la sujeción a la normativa laboral en tres áreas básicas de responsabilidad empresarial que a menudo provocan reticencias y los fenómenos de "huída de la laboralidad" antes mencionados: seguridad social, materia contractual y de condiciones de trabajo y salud laboral. De ahí que se pase a plantear algunos aspectos y propuestas de la regularización en cada una de estas áreas

2.1. Regularización en materia de Seguridad Social.

Los costes sociales, esto es, la cuantía de las cotizaciones a la Seguridad Social, se convierten en ocasiones en uno de los principales argumentos que inclinan a los responsables deportivos a elegir modos de gestión (externalización) o de contratación (bajo la apariencia de contratos administrativos o civiles) que eviten los mismos, aventurándose en ocasiones por vías complicadas, además no exentas de responsabilidad en la materia (cabe aquí recordar las responsabilidades solidarias exigibles al ente público en caso de incumplimientos de contratos). De ahí que, ante una eventual regularización y afloramiento de relaciones laborales que en la actualidad pudieran mantenerse latentes, parezca conveniente recordar al gestor deportivo la estructura de la cotización a la Seguridad Social y sus cuantías.

2.1.1. La cotización a la Seguridad Social.

El importe a cotizar es el resultante de aplicar el *tipo* (ver apartado siguiente, 2.1.1.1.) o porcentaje que cada año se establece para cada *contingencia protegida*¹ a la *base de cotización* (ver apartado 2.1.1.2) correspondiente a cada trabajador, determinándose de esta forma las *cuotas* a ingresar.

2.1.1.1. Tipos de cotización

Los tipos de cotización al Régimen General de la Seguridad Social, para 2004, fueron:

a) Por contingencias comunes: el 28,3 por 100, del que el 23,6 por 100 es a cargo de la empresa y el 4,7 por 100 a cargo del trabajador.

b) Por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (AT y EP): se aplican, reducidos en un 10 por 100, los porcentajes de la Tarifa de Primas aprobada por Real Decreto 2930/79, siendo a cargo exclusivo de la empresa (por ejemplo para un monitor o para un socorrista, 3 por 100 aprox.).

c) Desempleo: Contratación indefinida, incluidos los contratos indefinidos a tiempo parcial y fijos discontinuos, así como la contratación de duración determinada en las modalidades de contrato formativo de trabajo en prácticas, de relevo, de inserción, de interinidad: 7,55 por 100, del que el 6 por 100 será a cargo de la empresa y el 1,55 por 100 a cargo del trabajador.

Contratación de duración determinada a tiempo completo: 8,3 por 100, del que el 6,7 por 100 será a cargo del empresario y el 1,6 por 100 a cargo del trabajador.

¹Los conceptos por los que se cotiza, aunque se efectúe un pago único conjunto, son los siguientes: Contingencias comunes, Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Desempleo, Fondo de garantía salarial y Formación profesional.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Contratación de duración determinada a tiempo parcial: 9,3 por 100, del que el 7,7 por 100 será a cargo del empresario y el 1,6 por 100 a cargo del trabajador.

d) Fondo de Garantía Salarial: 0,4 por 100 a cargo exclusivo de la empresa.

e) Formación Profesional: el 0,7 por 100, del que el 0,6 por 100 corresponde a la empresa y el 0,1 por 100 al trabajador.

2.1.1.2. Base de cotización al Régimen General

La base mensual de cotización, sobre la que se aplican los tipos anteriores, vendrá determinada: por la remuneración total (bruta), que con carácter mensual, tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba, de ser ésta superior, incluida la prorrata de pagas extraordinarias.

No se computaran, a efectos de determinación de la base de cotización, las cuantías correspondientes a los siguientes conceptos:

Indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones, despidos y ceses.

- Los productos en especie concedidos voluntariamente por la empresa
- Las prestaciones de la Seguridad Social.
- Las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

A pie de página se presenta una proyección tipo de costes de Seguridad Social¹.

2.1.1.3. Límites de bases y topes de cotización

Anualmente se establecen los límites a la cotización mediante la fijación de «bases máximas y mínimas» de cotización para las distintas contingencias.

Contingencias comunes: las bases máximas y mínimas se determinan en función de la categoría profesional de los trabajadores, conforme a los llamados «grupos de cotización», pero en cualquier caso, la base máxima asciende para todas ellas a 2731,50 euros y la mínima oscila entre 537 y 800 euros, dependiendo de las categorías.

Bases máximas y mínimas de cotización para 2004 por contingencias comunes			
Grupo de cotización	Categorías profesionales	Bases mínimas/mes Euros	Bases máximas/mes Euros

¹ Tomando como base de cotización, -integrada por retribuciones brutas, incluida prorrata de pagas-, de un empleado como socorrista, fijo discontinuo, a tiempo completo, 1.000 euros mensuales, se aplicarían a dicha cantidad los tipos correspondientes a cada una de las contingencias, que en lo que respecta a la parte empresarial supondrían las siguientes cantidades:

Contingencias	Tipo	Cuantía
Comunes	23,6%	236 euros
AT y E.P.	4%	40 euros
Desempleo	6%	60 euros
Fondo de Garantía Salarial	0,4%	4 euros
Formación Profesional	0,6	6 euros
		Total cuota empresa: 346 euros

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

1	Ingenieros y licenciados. Personal de Alta Dirección no incluido en el art. 1.3.c) del ET	799,80	2731,50
2	Ingenieros Técnicos, peritos y ayudantes titulados	663,60	2731,50
3	Jefes Administrativos y de Taller	576,90	2731,50
4	Ayudantes no titulados	572,70	2731,50
5	Oficiales administrativos	572,70	2731,50
6	Subalternos	572,70	2731,50
7	Auxiliares administrativos	572,70	2731,50
		Euros/día	Euros/día
8	Oficiales de primera y segunda	19,09	91,05
9	Oficiales de tercera y especialistas	19,09	91,05
10	Peones	19,09	91,05
11	Trabajadores menores de 18 años, cualquiera que sea su categoría	19,09	91,05

Contingencias profesionales: existe un tope máximo y otro mínimo para todos los trabajadores con independencia de sus grupos de cotización. El tope máximo para 2004 fue de 2.731,50 euros/mes y el tope mínimo de 537,30 euros/mes (572,70 euros/mes, a partir del 1 de julio de 2004).

2.1.1.4. Bonificación o reducción de cuotas

Su objetivo es el fomento de la contratación de determinados colectivos de trabajadores, mediante la aplicación de determinados porcentajes reductores sobre las cuotas de la Seguridad Social a pagar por parte de los sujetos obligados a ello.

Se aplicará una bonificación del 50 por 100, incrementada en un 10 por 100 en cada ejercicio, de la cuota empresarial por contingencias comunes –el capítulo principal de la cotización como puede verse en el ejemplo de proyección de cuotas y como se deduce de los tipos de cotización-, para los trabajadores por cuenta ajena con contratos indefinidos que tengan 60 o más años de edad y 5 ó más años de antigüedad en la empresa.

Asimismo, los contratos de trabajo, de carácter indefinido o de duración determinada, de las mujeres trabajadoras que sean suspendidos por maternidad y por excedencia por cuidado de hijo, así como la transformación de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, darán derecho a una bonificación en la cuota empresarial por contingencias comunes del 100 por 100 durante los doce meses siguientes a la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo tras el periodo de suspensión del contrato por maternidad y por excedencia por cuidado de hijo.

2.1.1.5. Características en la cotización de los contratos a tiempo parcial

Sin duda que las prestaciones a tiempo parcial en el marco del empleo deportivo local son una constante y que esta singularidad exige aludir también a sus reglas especiales de cotización. Así, en lo que se refiere a la determinación de la base de cotización mensual correspondiente a contingencias comunes señalar que se computarán las retribuciones (brutas) devengadas por las horas ordinarias y complementarias, esto es, por las percepciones totales recibidas en el mes a que se refiere la cotización, con independencia de que hayan sido satisfechas diaria, semanal o mensualmente, adicionando a dichas retribuciones la parte proporcional que corresponda en concepto de descanso semanal, festivos y pagas extraordinarias. Si la base de cotización mensual, calculada según lo indicado anteriormente, fuese inferior a las bases mínimas mensuales de cotización (que son el resultado de multiplicar el número de horas realmente trabajadas por la base horaria que se establece en el cuadro siguiente) o superior a las máximas establecidas con carácter general para los distintos grupos

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

de categorías profesionales, se tomarán éstas o aquéllas, respectivamente, como bases de cotización.

Grupo de cotización	Categorías Profesionales	Base mínima/hora Euros
1	Ingenieros y Licenciados	4,01
2	Ingenieros técnicos, peritos y ayudantes titulados	3,32
3	Jefes administrativos y de Taller	2,89
4	Ayudantes no titulados	2,85
5	Oficiales administrativos	2,85
6	Subalternos	2,85
7	Auxiliares administrativos	2,85
8	Oficiales de 1ª y 2ª	2,85
9	Oficiales de 3ª y especialistas	2,85
10	Trabajadores de 18 ó más años, no cualificados	2,85
11	Trabajadores menores de 18 años, cualquiera que sea su categoría profesional	2,85

En lo que se refiere a la determinación de las bases de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, se aplicarán las mismas normas que para las contingencias comunes. En ningún caso la base así obtenida puede ser superior al tope máximo de 2.731,50 euros/mes, ni inferior a la cuantía de 2,67 euros por cada hora trabajada (2,85 euros, a partir del 1 de julio de 2004).

A pie de página se presenta una proyección de costes¹.

Cuando el trabajador preste sus servicios en dos o más empresas en régimen de contratación a tiempo parcial, cada una de ellas cotizará en razón de las retribuciones percibidas por aquél. Si la suma de las retribuciones percibidas sobrepasase el tope máximo de cotización a la Seguridad Social, éste se distribuirá en proporción a las retribuciones abonadas al trabajador en cada una de las empresas.

2.2. Regularización en materia contractual y de condiciones de trabajo.

La “huida de la laboralidad” mediante la celebración de contratos de naturaleza diversa (civil, administrativa, etc) es lícita siempre que el carácter de la prestación se corresponda con la cobertura formal. Sin embargo ya se vio que ese tipo de apariencia extralaboral es exclusivamente formal en muchos casos y que la verdadera naturaleza de las prestaciones que subyacen bajo dicho envoltorio jurídico es laboral. Obviamente esta esencia laboral conduce a la necesidad de celebrar vínculos amparados en modalidades contractuales reguladas por el Derecho del Trabajo, sujetándose a las condiciones y supuestos delimitados por esta rama del ordenamiento. Precisamente aquí se produce la otra quiebra con el sistema, en la elusión del modelo de contratación indefinido y su sustitución injustificada por la contratación temporal, incumpliendo las causas legalmente señaladas para su utilización, habitualmente por la reticencia de las administraciones empleadoras a concertar vínculos de

¹ Suponiendo que se trate de una profesora de aeróbic, a tiempo parcial y duración determinada, que haya impartido clases durante 60 horas mensuales, y sus retribuciones brutas, incluidas prorrata de pagas, parte proporcional de festivos y descanso semanal, hayan ascendido a 600 euros, la cuota empresarial sería la siguiente:

Contingencias	Tipo	Cuantía
Comunes	23,6%	141,6 euros
AT y E.P.	4%	24 euros
Desempleo	7,7%	46,2 euros
Fondo de Garantía Salarial	0,4%	2,4 euros
Formación Profesional	0,6	3,6 euros
Total		217,8 euros

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

carácter permanente. En este apartado, inicialmente no corresponde sino advertir sobre la necesidad de emplear debidamente cada una de las modalidades contractuales para los supuestos a los que se han dirigido (obra o servicio, circunstancias sobrevenidas de la producción o interinidad).

Sin embargo, además de la advertencia anterior, sí cabe llamar la atención o explorar una vía de cierto interés en el campo del empleo deportivo, que ofrece un margen a la contratación temporal sin causa, cuando se trata sobre todo de concertar vínculos laborales con personal de edad joven, que se encargará de áreas técnico-deportivas como monitores, profesores deportivos, o socorristas o incluso en el caso de técnicos de mayor cualificación como coordinadores deportivos. Se trata de las modalidades contractuales formativas, contrato de prácticas y contrato para la formación, que en alguna medida pudieran paliar las necesidades de contratación temporal que no se pueden reconducir a través de las modalidades temporales causales. A estos contratos formativos se dedican los siguientes apartados.

2.2.1 Contrato de trabajo en prácticas (ET art. 11.2 y RD 488/1998):

Esta modalidad está destinada a la contratación de trabajadores con titulación universitaria (Licenciado en Ciencias de la Actividad Física o Diplomado en Educación Física) o formación profesional de grado medio (Tafad) o superior, o títulos equivalentes.

Lógicamente las tareas desarrolladas deben permitir estar en contacto con materias vinculadas a los estudios cursados, pero esa adecuación será casi automática al producirse la contratación en el marco de los servicios deportivos municipales (cosa distinta sería si la contratación se produjese para unos servicios ajenos por completo a los estudios cursados, por ejemplo, a la asistencia social domiciliaria).

El contrato debe celebrarse dentro de un periodo de cuatro años siguientes a la finalización de los estudios.

En la medida que los convenios colectivos pueden fijar los puestos, grupos, niveles o categorías objeto de este contrato, sería adecuado desarrollar esta oportunidad para consolidar por vía pactada la legitimidad del empleo de este instrumento contractual.

La duración de este contrato no podrá ser inferior a 6 meses ni superior a 2 años, de manera que se trata de un contrato temporal por naturaleza, pero no sujeto a causa como lo son los contratos de duración determinada ordinarios. Obviamente a la finalización del plazo máximo se extinguirá y la entidad podrá optar entre contratar a un nuevo empleado o dar estabilidad a la relación mantenida con el contratado en prácticas. En este caso, la duración de las prácticas se computa a efectos de antigüedad en la empresa si se incorporase sin solución de continuidad.

Las retribuciones constituyen otro atractivo empresarial para el empleo de esta modalidad, a la vez que un elemento crítico desde el punto de vista sindical. En principio se fijarán en Convenio Colectivo, y en su defecto no puede ser inferior respectivamente durante el primer año y el segundo al 60% o al 75% del salario fijado en Convenio para un trabajador que desempeñe el mismo puesto o equivalente, siempre que estas cuantías no sean inferiores al SMI.

La cotización a la Seguridad Social también presenta importante interés ya que consistirá, independientemente del tipo de dedicación -completa o parcial-, titulación o categoría profesional, en una cuota única mensual, distribuida de la siguiente forma, en lo que hace al empresario, durante el año 2004:

Por contingencias comunes	25,83 euros
Por contingencias profesionales	3,56 euros
Fondo de Garantía Salarial	1,98 euros
Formación Profesional	1,09 euros
Total	32,46 euros

2.2.2. Contrato para la formación (ET art. 11.2 y RD 488/1998):

Su objeto es la adquisición de formación teórica y práctica necesaria para el desempeño de un oficio, por ejemplo, monitor, socorrista, profesor deportivo, etc.

El contrato se puede celebrar con trabajadores mayores de 16 años y menores de 21 que no tengan titulación para formalizar contrato en prácticas (no afectan los límites de edad a algunos colectivos como parados de larga duración o inmigrantes sin formación, según la Ley 12/2001).

Esta modalidad, como la anterior, tiene una naturaleza temporal no causal. No puede ser inferior a seis meses ni superior a dos años, salvo que por Convenio Colectivo sectorial se fijen duraciones distintas, sin que en ningún caso pudiera exceder de 3 años. Expirada la duración máxima el trabajador no puede ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa, para formarse en un mismo oficio o profesión.

Su regulación comporta algunas obligaciones formativas para el empleador, que si bien en ocasiones se interpretan como un obstáculo para su utilización, en el sector del empleo deportivo bien pudiera verse como una oportunidad. En concreto debe dedicarse a la formación del joven un tiempo que en ningún caso puede ser inferior al 15% de la jornada máxima fijada en convenio o legalmente. Y en la medida que debe estar vinculada con el puesto a cubrir, en el terreno del deporte, se abre la posibilidad de ser cubierta con la realización de aquellos cursos de entrenador, técnico, preparador, monitor, socorrista, etc., que al mismo tiempo incrementarán la calidad del servicio.

La retribución será la fijada en Convenio para estos trabajadores específicos, sin que pueda ser inferior al SMI en proporción al tiempo invertido.

En cuanto a la cotización a la Seguridad Social, consiste, al igual que en el caso anterior, en una cuota única, distribuida, en lo que se refiere a la empleadora, de la siguiente forma para 2004:

Contingencias comunes	21,08 euros
Contingencias profesionales	3,56 euros
Fondo de Garantía Salarial	1,98 euros
Formación Profesional	1,09 euros
Total	27,71 euros

2.2.3. Otras cuestiones relacionadas con las condiciones de trabajo: los Convenios Colectivos.

A lo largo de este estudio se ha hecho reiterada alusión al potencial que encierran los Convenios Colectivos en la adaptación de las condiciones normativas generales al sector específico en concreto. En efecto, se trata del instrumento necesario para proyectar las reglas laborales generales a las singularidades propias y a las necesidades de trabajadores y entes locales. Así, no cabe duda de que existen particularidades propias del empleo deportivo: la duración de la jornada en tareas básicamente físicas como las del monitorado de aeróbic, la apertura de instalaciones deportivas y la concentración de trabajo en horario nocturno y fines de semana, la necesidad de los entes locales en contar con profesorado deportivo adaptable de unas modalidades deportivas a otras, esto es, la polivalencia funcional, la urgencia en delimitar los supuestos en que puedan emplearse los contratos temporales, las peculiaridades de la ropa de trabajo en el caso de los trabajadores deportivos, la proliferación del empleo a tiempo parcial y fijo-discontinuo, la sucesión de contratos y formas de gestión, la formación continua del personal, etc. En definitiva, estas y otras especialidades del trabajo en los servicios deportivos, han sido detectadas y están siendo reguladas en otros ámbitos geográficos y sectoriales del empleo deportivo a través de Convenios Colectivos¹, que vienen

¹ En este sentido cabe reiterar la aprobación del I Convenio Colectivo de Instalaciones Deportivas en el Estado Español, que rige las condiciones de trabajo de todas las empresas que tengan por objeto la prestación de servicios

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

a dotar de regulación espacios ambiguos, con lagunas, que se prestan en caso contrario a ser objeto de conflictividad social y finalmente jurídica. Es por eso que la cuestión debiera ser objeto de reflexión también en el entorno de nuestros gestores deportivos locales, ya que la mayoría de los convenios aplicados por las entidades locales vizcaínas son generales, afectantes al conjunto de la Administración Local, en particular el denominado Arcepace, y no contemplan las singularidades propias del sector.

2.3. Regularización en materia de prevención de riesgos laborales.

Ya se advirtió sobre la precaria situación en que parecen hallarse los servicios deportivos municipales en esta materia, a tenor de lo expresado por sus responsables en las encuestas cumplimentadas por los municipios vizcaínos. Al respecto, y como único apunte, insistir en la posibilidad legal de compartir servicios de prevención mancomunados entre diversos ayuntamientos, tal vez por comarcas o mancomunidades, que den lugar a la evaluación de riesgos y elaboración de planes de prevención exigidos por la normativa vigente, bajo pena de incurrir en severas responsabilidades. Esta fórmula mancomunada al margen de reducir costes propicia la socialización en el conjunto de entidades locales de las experiencias adquiridas y actividades preventivas desarrolladas en la materia.

Más allá de la gestión directa en la materia y de la observancia de la aplicación de esta normativa sobre el personal propio, hay que advertir también sobre la importancia de velar por el cumplimiento de contratos o concesionarios en las instalaciones públicas, en la medida que la institución local será responsable solidario de los incumplimientos.

D. Koldo Irurzun Ugalde es Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad del País Vasco, Doctor en Derecho y Master en Derecho Deportivo

deportivos tanto en instalaciones privadas como públicas, o la vigencia del Convenio Colectivo para el Sector de empresas y entidades privadas gestoras de servicios y equipamientos deportivos de otras entidades públicas o privadas (BON 27 de diciembre de 2002).

Análisis de la reciente reforma en el régimen de convocatoria de la Junta General Ordinaria en las Sociedades Anónimas Deportivas en España: Examen de la legalidad de diversas convocatorias efectuadas en el año 2005.

Por Mario Alberto Rodríguez Domínguez

I.- La Modificación Operada por la Ley 19/2005:

En primer lugar es necesario indicar en cuanto al régimen jurídico de las Sociedades Anónimas Deportivas que en virtud del artículo 19 de la Ley 10/90, de 15 de octubre, quedarán sujetas al régimen general de las sociedades anónimas, con las particularidades que se contienen en esta Ley y en sus normas de desarrollo, principalmente el Real Decreto 1251/1999.

Por tanto es la propia Ley del Deporte la que efectúa la remisión a la legislación mercantil, y, en concreto, al Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre).

Y es concretamente en dicho Texto Refundido donde se ha operado una reciente reforma habida cuenta que la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, que entró en vigor el día 16 de dicho mes, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, ha modificado, entre otros, y por lo que a nosotros nos interesa, el artículo 97 de La Ley de Sociedades Anónimas (en adelante TRLSA).

La sociedad anónima europea es una nueva forma social que se añade al catálogo de las reconocidas en los respectivos ordenamientos jurídicos, ampliando así la libertad de establecimiento en el territorio de la Unión Europea.

La Ley 19/05 tiene su origen en el Reglamento (CE) n° 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (en adelante, SE), y que impone, en su artículo 68, a los Estados miembros de la Unión Europea la obligación de adoptar todas aquellas disposiciones que sean precisas para garantizar la efectividad de las normas de aplicación directa que en él se contienen. Y más en concreto, en su artículo 56, se recoge que uno o más accionistas que posean, en conjunto, como mínimo el 10 % del capital suscrito de una SE podrán solicitar la inclusión de uno o más nuevos puntos en el orden del día una junta general. Los procedimientos y plazos aplicables a dicha solicitud se fijarán con arreglo a la legislación nacional del Estado miembro del domicilio social de la SE o, en su defecto, con arreglo a los estatutos de la SE. La legislación del Estado miembro del domicilio social o los estatutos de la SE podrán determinar un porcentaje inferior al anteriormente indicado, en las mismas condiciones que se aplican a las sociedades anónimas.

Pues bien, atendiendo a dicha previsión del artículo 56 del citado Reglamento europeo, la disposición final primera de ley 19/05, ha reformado, entre otros, el artículo 97 del TRLSA, destacando como principales modificaciones las siguientes:

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

El cambio fundamental se produce con la nueva redacción del artículo 97.1 que dispone ahora que la junta general ordinaria deberá ser convocada mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, por lo menos un mes antes de la fecha fijada para su celebración. La novedad consiste en duplicar el plazo de convocatoria de la Junta ya que hasta esta reforma se exigían quince días únicamente; motivada, en mi opinión para poder dar cumplimiento a lo que a continuación se dirá.

Y como segunda novedad se recoge en los nuevos apartados tercero y cuarto de dicho Art. 97 TRLSA que los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, podrán solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de una junta general de accionistas incluyendo uno o más puntos en el orden del día. El ejercicio de este derecho deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria. El complemento de la convocatoria deberá publicarse con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la junta. La falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la junta.

Esta última novedad permite a los socios minoritarios el disponer de una facultad importantísima en el órgano principal de la Sociedad como es la Junta General, so pena de nulidad de la respectiva junta cuando no se acceda al complemento de la convocatoria solicitado. Y además el legislador español ha rebajado a la mitad el porcentaje del 10% previsto en el artículo 56 del Reglamento europeo anteriormente citado.

II. Examen de las convocatorias efectuadas en el 2005:

Descendiendo ya al análisis de lo efectivamente realizado por las SAD españolas, es necesario poner de manifiesto tras un análisis de las convocatorias publicadas en los anuncios de la sección II del BORME tras la entrada en vigor de la Ley 19/05, que sólo algunas entidades han respetado el plazo de antelación de un mes de la convocatoria, bien por un conocimiento actualizado de la norma, o quizás por mera casualidad a la hora de establecer un margen temporal entre la convocatoria y la efectiva celebración. Hay que precisar, además, que el mes de antelación debe mediar entre la convocatoria y la celebración de la Junta, por lo que ambas fechas se excluyen del cómputo del mismo.

Así podemos indicar que desde el 16 de noviembre hasta la fecha, las SAD que han cumplido en sus respectivas convocatorias en el BORME de Junta General Ordinaria con la nueva redacción del Art. 97.1 TRLSA son: Valencia Club de Fútbol, Club Deportivo Orense, Real Club Racing de Santander, Racing Club del Ferrol, Gijón Baloncesto, Club Baloncesto Murcia, Club Atlético de Madrid, Básquet Manresa, Club Deportivo de Baloncesto Sevilla, Club Baloncesto Granada, Valencia Básquet Club.

Y con respecto a esta última entidad hay que indicar que para cumplir con la nueva exigencia formal de convocatoria con un mes de anticipación ha desplazado la celebración de su Junta General al mes de enero de 2006, incumpliendo por tanto la previsión del artículo 95.1 del TRLSA que dispone que la junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

resultado. Sin embargo, hay que reseñar que también la ley 19/05 ha modificado este precepto, añadiendo un segundo apartado al mismo, que viene a salvar esta situación habida cuenta de que recoge que la junta general ordinaria será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo.

Por el contrario, las SAD que han efectuado una convocatoria contraria al citado artículo 97.1, habida cuenta que la publicación de la misma la han efectuado una vez producida la entrada en vigor de la reforma, son las siguientes: Real Club Celta de Vigo, Real Club Deportivo Mallorca, Real Club Recreativo de Huelva, Elche Club de Fútbol, Ponte Ourense Club de Fútbol, Club Polideportivo Ejido, Club Baloncesto Breogán, Sevilla Club de Fútbol, Real Zaragoza, Unión Deportiva Salamanca, Levante Unión Deportiva, Unión Deportiva Almería, Saski-Baskonia, Cantabria Baloncesto, Club Basquet Girona, Écija Balompié, Real Valladolid, Córdoba Club de Fútbol, Club Deportivo Tenerife, Club Unión Deportiva Las Palmas, Club Deportivo Castellón.

Con respecto a las dos entidades canarias, cuya situación conozco de un modo más cercano, haré unas puntualizaciones. El Club Deportivo Tenerife se percató del incomprensible error el día de su publicación en el Borme y en la prensa provincial, y al día siguiente publicó un anuncio en la citada prensa provincial dejando sin efecto la convocatoria. La verdad es que cuanto menos sorprende el error de esta SAD que cuenta al frente de sus servicios jurídicos con un Catedrático de Derecho Mercantil. Y en relación al Club Unión Deportiva Las Palmas no deja de sorprender tampoco, que estando inmersa en la administración concursal prevista en la Ley 22/2003, de 9 de julio, pueda sufrir el mencionado "desliz".

Por lo que se refiere a los efectos del incumplimiento del plazo de convocatoria, se impone reseñar que la convocatoria de la Junta General Ordinaria sin los requisitos formales mínimos, como es el de la antelación exigida, supone que se engendre un vicio de nulidad absoluta o radical, como ha reconocido en numerosas sentencias nuestro Tribunal Supremo. El propio TRLSA califica en su artículo 115.2 como nulos los acuerdos contrarios a la Ley. Y es que además, tras la reforma, la vulneración de dicho plazo hace devenir inoperativa una posible solicitud de complemento de la convocatoria que introduce la ley 19/05 habida cuenta que se deja a los accionistas sin lapso temporal material para cumplir con las previsiones del Art.97.3 TRLSA.

Santa Cruz de Tenerife, a 14 de diciembre de 2005.

Mario Alberto Rodríguez Domínguez es Licenciado en Derecho, Master en Derecho Deportivo, Doctorando en Derecho y Funcionario de Escala Superior de Administración Local en la rama jurídica

Justificación de las lesiones y violencias en los deportes: Un análisis penal de los deportes violentos como el Fútbol.

Por Ricardo Cristian Loayza Gamboa

RESUMEN

Uno de los múltiples problemas jurídicos que se presenta en la dogmática penal, es sin duda la posibilidad de sancionar conductas deportivas; y en el mismo lado la evaluación de aquellas causas que excluirían tal posibilidad. El tema tiene como causa un hecho deportivo violento donde el afectado, miembro de nuestro equipo de fútbol, es un entrañable compañero de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Este suceso que hemos presenciado y que ha motivado nuestra inquietud, nos condujo a dos interrogantes: ¿es punible toda conducta antideportiva?, ¿cuál es la causa que justifica las lesiones y violencias deportivas?. Cuestiones que hoy plasmamos en el presente estudio jurídico, con la finalidad de explicar con claridad el tema de las violencias deportivas y su relación con el Derecho Penal, para asegurar la vida pacífica de los hombres en sociedad, sin asumir riesgos innecesarios ni cometer injusticias o excesos al momento de sancionar.

1. LO PERMITIDO EN EL DEPORTE.

La conducta deportiva que provoca lesiones y violencias conforme al reglamento, no contraviene el derecho, es decir, no lesiona el interés legítimamente protegido por el Estado, (bienes jurídicos), de allí que el acto no sea punible. Esta juricidad de las violencias o lesiones intradeportivas, tienen un fundamento, que las hace de naturaleza impune y por lo tanto no reprimibles ni perseguidas por el Derecho Penal. Es muy fácil decir que son actos justos; lo difícil es sostener una explicación racional del porqué de su justificación, en otros términos: ¿Por qué se justifican ciertos golpes o lesiones en el deporte mismo? Resulta interesante a nuestro criterio construir una fundamentación integral y muy legítima a nuestra realidad. La misma pregunta motivó nuestra inquietud para desarrollar la presente obra. Esto último nos lleva a considerar que resulta muy ilógico pensar que si el reglamento permite determinada conducta violenta, de otro lado, el derecho pretenda sancionar tal comportamiento, lo que en esencia se trataría de una anomia jurídico penal, algo inaceptable en el derecho contemporáneo.

La otra posibilidad es que los actos deportivos que infringen el reglamento y provocan lesiones deportivas graves o hasta la muerte, en esta posibilidad, la pregunta cambia: ¿será esta conducta justificada?, ¿cuál es el límite de la conducta antideportiva?, entre otras interrogantes.

Ahora bien, en el contexto dogmático, que es ámbito donde desarrollamos nuestro estudio, se han formado varias tendencias destinadas a explicar el posible fundamento de las lesiones y violencias deportivas, insitas en el juego, tratando de justificarlas (teorías negativas); pero, así como es variada la perspectiva doctrinaria de los autores, también varían en cuanto su naturaleza jurídica en cada perspectiva, así por ejemplo algunos la inscriben como causa de justificación, otros como causa de atipicidad, y hasta ausencia de acto, (que en fondo es también causa de atipicidad). El problema surge cuando queremos comprender cuando el doctrinario dogmático destina su tesis a justificar las lesiones reglamentarias, es decir permitidas, como hemos explicado, ya que en algunos postulados, da la

impresión que han querido justificar los actos con resultados lesivos, o hasta la muerte, derivados de actos antirreglamentarios. Este tema lo deslindaremos en el avance de cada teoría, donde también analizamos la congruencia y aplicación jurídica así como la consistencia y completitud, requerida por el conocimiento científico en las ciencias fácticas como el derecho.

Lo cierto es que la doctrina, se ha dividido en dos grandes grupos en cuanto al tema de la juricidad de las lesiones y violencias deportivas; pues por un lado tenemos a los que sostienen la justificación y por consiguiente la licitud de tal comportamiento deportivo. A esta postura se le conoce con el nombre de teorías negativas, ya que se oponen a la configuración (positiva) de una conducta típica y antijurídica, posible de sancionarse penalmente.

El otro grupo importante de la dogmática se ha inclinado por considerar las conductas deportivas violentas con resultados graves como delictivas, inscribiéndolas como hechos punibles encuadrables en el tipo penal y con el elemento antijurídico. Este grupo de dogmáticos estudiosos, que sí admiten la ilicitud del acto deportivo, donde, según su posición, el ordenamiento jurídico penal entraría a valorar las conductas que lesionan bienes jurídicos importantes para el ser humano, forman las llamadas Teorías afirmativas, donde "el acto deportivo que produce las lesiones o la muerte no puede salir de la órbita del Derecho Penal, no concibiendo que los agentes puedan escapar a las sanciones legales, sancionándose el resultado gravoso a título de dolo, culpa o preterintención"(1).

2. TEORIAS QUE INTENTAN RESOLVER EL PROBLEMA DE LAS VIOLENCIAS DEPORTIVAS.

Como hemos mencionado, tanto las teorías negativas, como las afirmativas, suelen entrar en confusión cuando se trata de delimitar al alcance de su planteamiento, ya sea para justificarla o solicitar la intervención del Derecho Penal. En otras palabras, se confunden, si se tratan sobre la justificación de las lesiones permitidas o las que infringen el reglamento.

Igual confusión existe en el campo de las teorías afirmativas, las que reclaman punibilidad en los casos de las lesiones y violencias, ya que muchas veces los autores no refieren si se están refiriendo a las lesiones permitidas en el juego, o a las que surgen como resultado de la infracción de las mismas.

Es indudable que esta confusión trae muchos problema a nivel doctrinario, ya que considerando el estudio de las teorías negativas, el tratamiento dogmático de una conducta violenta en el juego, que está permitida por el reglamento, difiere grandemente de una lesión o resultado dañoso, producto de la violación de las reglas de juego, incluso este hecho determinaría el tránsito del derecho administrativo, al contexto jurídico penal, donde se evaluará el daño y la concurrencia de los elementos del hecho punible, o en todo caso el límite culpable. En suma, resulta de mucha importancia delimitar el alcance de cada teoría, muy a pesar de no haber identificado claramente el punto de vista del autor en sus planteamiento, consideramos que tales confusiones han alterado en esencia el mismo postulado, pues resulta evidentemente muy distinto proponer justificar un acto deportivo permitido por el juego, que otro donde se ha violado el reglamento de juego. No es lo mismo en contenido ni alcance.

Si hablamos de las teorías positivas, ocurre lo mismo, los autores pretenden injustificar el acto deportivo violento, pero resulta complejo el fundamento cuando se trata de penalizar una conducta deportiva ajustada al reglamento, de otro que ha violado el reglamento. La importancia entonces de delimitar el alcance de las teorías, tanto afirmativas como negativas, resulta necesaria.

Otro aspecto necesario, es diferenciar las justificaciones de los actos deportivos lesivos o violentos, cuando han sido producto de una suma de circunstancias que escapan a la voluntad de los competidores, donde la previsión no ha sido posible y resultado de ello tenemos un resultado muy grave como la muerte o lesiones graves. Estamos hablando de los eventos desgraciados que comúnmente suelen presentarse en la vida cotidiana, y por ello inmerso también en el contexto deportivo. No hace mucho fuimos testigos en televisión de un suceso de esta naturaleza, un jugador muy joven, cayó al campo de juego, luego de un paro cardíaco fulminante que lo hizo desvanecerse hasta perder la vida. Sucesos donde no ha intervenido el dolo, los elementos del hecho punible, y mucho menos una infracción al reglamento de juego, sino que debido a sucesos desgraciados e imprevisibles en muchos casos conducen a resultados desgraciados, llamado límite culpable. El hecho fortuito se resuelve con las propias normas que le son aplicables, no correspondiendo en este caso responsabilidad en ninguna persona (2).

3. TEORIAS A FAVOR DE LA SANCION PENAL.

Según este sector doctrinario el acto deportivo que produce las lesiones o la muerte no puede salir de la órbita del Derecho Penal, por lo tanto serían actos que constituyen delito. Según esta perspectiva no se concibe que los actos de estos agentes puedan estar justificados en el ordenamiento penal, y por lo mismo no podrían escapar a las sanciones legales. Esta sanción del resultado sería a título de dolo, culpa o preterintención, según el caso.

3.1 Teoría positiva que niegan la justificación de la conducta deportiva.

Queda claro que para los defensores de esta teoría, resulta vedada la posibilidad de justificar penalmente las conductas antijurídicas, permaneciendo el injusto. Entre éstos autores tenemos: el italiano Antolisei, Giuliano Vasalli; en Alemania Shonke.

Existe como común denominador, en este sector doctrinario, el rechazo de la justificación, lo que no puede tener otra consecuencia que la penalidad del resultado deportivo. Entendemos que los autores se refieren a las consecuencias graves para la integridad o la vida, incluso la salud del deportista, consecuencia de la infracción de las reglas de juego. Deducción que resulta luego de evaluar que ningún reglamento deportivo contempla la muerte o lesión grave como parte de juego, por lo que nos inclinamos a concluir que se trata de conductas que infringen el reglamento.

3.2 Teoría de la determinación de penas graves.

Hay también quienes postulan la determinación de severas penas para los casos de resultados graves en ocasiones deportivas. Entre los doctrinarios partidarios de esta teoría positiva, tenemos a Geffer Wondrich o (weriduch en algunos libros).

La base de esta teoría estaría en el aprovechamiento que hace el delincuente de la ocasión deportiva para cometer delitos contra la vida o la integridad de los demás miembros de la sociedad. Como el deporte es un bien que le corresponde a la sociedad, sería un delito agravado en razón de afectar dos bienes protegidos por el Estado. Las penas serían elevadas en razón de la ofensa simultánea al hombre y a su costumbre. Jiménez de Asúa, al comentar sobre esta teoría, sostiene "debemos hacer constar que algunos autores, sin ver claro el asunto y tomando en conjunto las violencias accidentales y las normales, exigen penas severas para las lesiones producidas en los juegos. Este es el criterio de Geffer-Wondrich y de Giuseppe del Vecchio" (3).

3.3 Teoría radical del ingreso ineludible al Derecho Penal.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Teoría que sostiene que toda conducta que cause lesión ingresa inevitablemente al contexto deportivo, donde debe ser castigado según la gravedad. El autor de la teoría radical es Giuseppe del Vecchio, quien además de mostrarse indiferente a una justificación de las actividades deportivas, desde una perspectiva criminológica, y ubicándola en la antropología criminal (4), clasifica a los deportistas en dos importantes grupos: los deportistas delincuentes natos; y los deportistas de ocasión o conscientes. El siguiente cuadro 01, nos muestra la clasificación realizada por del Vecchio.

Cuadro 01

Clasificación de los deportistas según Giuseppe del Vecchio

DEPORTISTAS DELINCUENTES NATOS	DEPORTISTAS DE OCASIÓN O DEPORTISTAS CONSCIENTES
<ol style="list-style-type: none">1. los invulnerables2. los analgésicos3. Los que desprecian la vida4. Los vanidosos5. Los crueles6. Los ansiosos de dinero	<ol style="list-style-type: none">1. Criminaloides por imitación2. Criminaloides por predisposición

Como podemos notar, se hace una clasificación en base a la criminología común, en este caso aplicada al deporte, de donde destacamos la inclusión del delincuente deportista nato, criterio muy difundido por la teoría general del estudioso italiano César Lombroso dentro de la concepción tríplica de la etiología del delito, es decir el delincuente nato (atavismo), el delincuente loco moral, y el delincuente con base epiléptica. Resulta entonces posible la equiparación de ciertas tipologías antropológicas del deportista a la del delincuente común.

Esta teoría concibe al delincuente nato, con ciertas diferencias a las que le agrega otros elementos de la antropología criminal, como la carencia de valores en el delincuente que desprecia la vida, en el vanidoso, los crueles y los que lo hacen más por dinero. Esta última concepción equivaldría al loco moral propuesto por el mismo Lombroso, con la diferencia de incorporarlos al contexto deportivo, ya que la teoría del loco moral es "otra de las causas del crimen, aparte del atavismo y la epilepsia, ha dicho Lombroso, es la locura moral. Con ésta cierra el sabio su tríptico de la etiología delictiva. Esta teoría, como es sabido, la tomó de la Moral Insanity, de Pritchard, quien a su vez la había tomado de la Manía Moral, del médico inglés del Rey Jacobo II, Tomás Abercomby. Es concebida la locura moral como entidad en que estaría alterado el sentido moral e intacta o casi intacta la inteligencia" (4). Los invulnerables o analgésicos pertenecerían al tipo atávico.

El planteamiento de la teoría, se basa en equiparar la concepción del delincuente nato y el loco moral, al ámbito deportivo, donde las consecuencias no tendrían ninguna diferencia a nivel de un análisis jurídico penal. El delito sería cometido por el deportista con tal similitud que en un contexto social no deportivo.

3.4 Teoría del delito deportivo de G. Penso.

El penalista italiano G. Penso creó la noción del delito deportivo para referirse a los sucesos con resultado grave en ocasión de un deporte. Se concibe entonces desde esta perspectiva la aparición en la doctrina de una conducta típica y

antijurídica en las prácticas deportivas como modalidad muy particular y autónoma de delito.

Esta doctrina ha tenido seguidores, y hasta se ha traducido en legislaciones, como en el Código de defensa social cubano de 1936, y el propio código ecuatoriano. La teoría independiza los delitos en ocasiones deportivas y los trata de manera muy separada al delito común.

El propio Penso, cuando se discutió el Código Penal italiano, propuso que se incluyese en él, el delito deportivo, como figura autónoma. La teoría impulsa la penalidad de las consecuencias lesivas, pero con un trato privilegiado, pues considera que existe diferencia en considerar un delito de lesiones en la calle, a uno ocurrido en ocasión deportiva.

Entre los seguidores de esta teoría tenemos a Agustín Martínez, L. Severino, Lorenzo Carnelli, G. Fragola, y Jiménez de Asúa, que coinciden con el planteamiento y la denominación. El estudioso argentino Ricardo Levene, al comentar el alcance legislativo de la teoría en Cuba dice "así, pues este Código Trata de abarcar todas las posibilidades relacionadas con un hecho ilícito penal cometido en un campo de juego, por cualquiera de los individuos que en él intervienen"(5). Denota que el legislador cubano ha tratado de abarcar todas las posibilidades en un artículo dedicado al delito deportivo, lo que significa una materialización de la teoría del delito deportivo.

4. TEORIAS A FAVOR DE LA JUSTIFICACION.

Dogmáticamente existen postulados muy variados incluso dentro de la misma teoría negativa, aunque coincidan en la esencia: justificar las lesiones y violencias deportivas. Algunos varían en contenido y otros en el sentido legal o extralegal de su propuesta, pues la mayor parte de ellos tiene un punto de vista particular, lógicamente que la concepción del tema está vinculado a la corriente doctrinaria a la que pertenecen los autores. Agregamos además que en algunos casos resultan ser muy discutible, controvertidos y hasta criticables.

En este punto nos limitaremos a describir e interpretar el sentido de cada proposición científica, cuyo análisis crítico y consistencia será tratado en el balance de la investigación y en la contrastación de hipótesis.

4.1. Teoría de la ilicitud jurídica excepcional.

Esta teoría parte del supuesto de excepcionalidad de los golpes y lesiones deportivas; ya que predominaría la regla principal de ilicitud en las lesiones y violencias para el Derecho Penal, y que los golpes o heridas en el deporte serían por excepción una norma negativa para el ordenamiento penal. Arturo Rocco, quien sostiene la teoría, hace prevalecer el carácter de excepción a la regla general de punibilidad en las lesiones y violencias, dándonos a entender que las lesiones y violencias deportivas serían una modalidad muy particular, cuya excepción se sustenta en una especial situación: que las violencias y lesiones se desarrollan en una actividad deportiva.

Según Ricardo Levene, al comentar sobre el postulado de Rocco, analiza que:

"Rocco entiende que el Derecho Penal es la excepción, y que la regla es el derecho común, y este derecho común puede extenderse por analogía. Hay casos de justificación en el Derecho Penal que quitan a determinados hechos o formas de conducta su carácter de ilicitud. Estas causas de justificación vendrían a integrar el derecho común lícito, y como Rocco sostiene que este derecho común que contempla las actividades ilícitas puede extenderse por analogía concluye diciendo que las causas de justificación también pueden extenderse por analogía, y es así

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

como justifica el autor de referencia las lesiones quirúrgicas con consentimiento del operado y las lesiones deportivas con consentimiento del jugador" (6).

Por lo expuesto Levene concibe en el pensamiento de Rocco, una extensión analógica de las causas de justificación entendidas como derecho común, el mismo que tendría protección del derecho, bajo el presupuesto de haber mediado consentimiento.

Lo expuesto en la teoría, no convence a B. Petrocelli quien, como analizaremos más adelante, no acepta esta teoría, ya que considera que las normas penales ya son en sí excepciones.

En resumen, la excepcionalidad de las acciones deportivas, se justificarían por ser una excepción a la regla general: castigar toda conducta antijurídica, lo que convertiría a las lesiones y violencias deportivas en ilicitudes jurídicas excepcionales, que precisamente le otorga el nombre a la teoría.

4.2. Teoría de la costumbre.

Mucho más acertada parece ser la explicación de que el deporte, sus golpes, lesiones y violencias están amparadas y legitimadas por la costumbre. Tesis propuesta por el maestro alemán Karding; seguido en Italia por Maggiore, Janitti y Delogu, en Brasil por Oscar Stevenson, y defendida por José Antón.

La costumbre históricamente ha sido la fuente más importante del derecho en general y por lo tanto legitimadora de las conductas sociales (7). Según este punto de vista, el deporte estaría dentro de las conductas legitimadas por la costumbre. En nuestra opinión, la teoría en análisis, se refiere a la costumbre conforme a la Ley o *secundum legem*, y a la costumbre integradora o complementaria del derecho, conocida como *praeter legem*; ya que, la costumbre opuesta al derecho, y la costumbre de desuso para el derecho, conocidas como *contra legem* y *desuetudo*, respectivamente, no tienen ninguna relación con el tema citado. Por otro lado, el papel de la costumbre es implícito en nuestra legislación, pues muchas reglas jurídicas son fruto de la cultura y la raíz de todo ello la podemos encontrar en la costumbre. De allí que todas las legislaciones en el mundo son distintas, (aunque la tendencia universal es a uniformizar las legislaciones) pues la costumbre de los países también es variada. Por todo lo dicho, lo que hoy es contrario en el derecho, generalmente también lo es a la costumbre.

Consideramos también que la costumbre es importante, como fuente supletoria, al igual que los principios generales del derecho, como fuentes integradoras o interpretativas, ya que en determinados casos hay que acudir necesariamente a las costumbres sociales para precisar una conducta o elemento normativo del tipo, (en el caso de los delitos contra el honor, hay que evaluar socialmente "la ofensa" o el contenido de "ultrajar" a una persona, así como la "atribución falsa" "perjuicio del honor") debido a que aún posee cierta trascendencia en nuestras Leyes y en el Derecho Penal (8). Con ello se comprueba el papel interpretativo de las normas penales como los sostiene Cuello Calón (9), con lo que quiere decir que existen usos y formas de comportamiento que requieren ser interpretadas y cuyo sentido descansaría en las costumbres.

Esta teoría ha tenido críticos muy certeros como Quintano Ripollés, para quien la mayor parte de los deportes son modernos, pero estamos convencidos que la crítica más consistente estaría en evaluar la eficacia y valor de la costumbre, contrastándola con la reserva de la Ley, o principio de legalidad, como analizaremos en el balance de la investigación. Lo que sí queremos resaltar es el papel de la costumbre como fuente histórica primaria e implícita en las conductas prohibidas, que finalmente ha sido reemplazada en forma de preceptos escritos.

4.3. Teoría de la adecuación social de Welzel.

Hans Welzel, maestro de Derecho Penal alemán, creó la teoría de la adecuación social, y hasta ahora se ha discutido la ubicación de tal teoría, pues un grupo sostiene que la adecuación social es una causa de exclusión de la tipicidad, otros filtro de imputación objetiva y otro sector como causa de exclusión de antijuricidad. Lo cierto es que la adecuación social se basa en “un medio de corrección de la adecuación al tipo, una especie de falsilla o guía que permite determinar que no todas las conductas que formalmente o aparentemente encuadran en el tipo penal resultan típicas, por ser un estado normal de libertad social de acción” (10). Según nuestro análisis, el propio Welzel definió el ámbito de aplicación de su teoría cuando dice que no todas las conductas resultan típicas, por ser un estado normal de libertad social, es decir resultan atípicas.

El profesor de la Universidad de Lima, César Nakazaki, al tratar el tema de la adecuación social, explica: “El delito es violación de una regla social y no la aplicación o seguimiento de una regla social, a pesar de que esta última pueda ser disfuncional o necesite ser cambiada. Consecuentemente la realización de una acción que corresponda a una regla social o a un comportamiento socialmente admitido no es delito, por más que sea indispensable cambiar o corregir la regla social” (11).

Según Welzel entonces, toda conducta ajustada a un comportamiento socialmente adecuado invalida una posible calificación delictiva. Las conductas deportivas estarían, según este razonamiento, dentro de las reglas sociales; por lo que estamos frente a conductas aparentemente delictivas, pero, no pueden ser subsumidas en el contexto penal. En España, Jacobo López Barja de Quiroga, magistrado y catedrático de Derecho Penal, sigue este postulado cuando afirma que “el problema de las lesiones en el deporte se resuelve considerándolas como supuestos de acciones socialmente adecuadas siempre que se mantengan dentro de los límites del riesgo permitido y puedan entenderse abarcadas por el consentimiento del sujeto pasivo” (12).

Sin embargo, debemos aclarar que esta teoría de la adecuación social ha estado siempre envuelta de confusiones en cuanto al plano social y jurídico en el que se enfoca el planteamiento, lo que ha determinado que se le considere en muchos casos como un criterio de interpretación restrictiva, que Muñoz Conde explica con mucha claridad y que analizaremos debidamente también en el balance de esta teoría. Del mismo modo y adelantando nuestro planteamiento, la adecuación social contiene elementos que permiten relacionarlo con la costumbre y las normas de cultura, en cuanto constituyen prácticas sociales. Nos remitimos al balance para evaluar con mayor detalle la validez de la teoría.

4.4. Teoría del fin reconocido por el Estado.

Franz Von Liszt, propone la teoría teleológica, que pretende explicar la justificación desde una perspectiva Estatal. Sostiene que los golpes, lesiones y violencias deportivas están reconocidos por el Estado; por lo mismo no pueden estar contra el fin estatal. El fin perseguido por el Estado, sería la búsqueda de un desarrollo social, con salud para todos los miembros del pueblo. Ese fin no sería posible sin la autorización de las actividades deportivas por parte del Estado. Para Von Liszt, el delito es la lesión de un bien jurídico protegido por el Estado, pero al mismo tiempo que introduce algunas particularidades, al conceptuar al bien jurídico como el interés jurídicamente protegido. Es justamente el bien jurídicamente protegido, lo que no estaría lesionado, ya que lo jurídicamente protegido en el deporte sería un fin perseguido. Respecto al concepto de bien jurídico adoptado por Von Liszt, el profesor español Jacobo López Barja, señala: “La asunción de esta concepción aparece ya reflejada en la famosa definición de Derecho Penal de Von

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Liszt, conforme al cual el Derecho Penal tiene como misión la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección, por medio de la amenaza y ejecución de la pena, considerada como un mal contra el delincuente" (13).

Entre los seguidores de la teoría del fin reconocido por el Estado, pero aludiendo a la autorización que hace el Estado al deporte, tenemos a Cechi, Donnedieu de Vabres, Valsecchi. Mientras los que se adhieren al fin defendido o sustentado por el estado, tenemos a Peco, Garraud, y el mismo Luis Jiménez de Asúa. Con un planteamiento muy similar a la teoría, Sebastián Soler -citado por Ricardo Levene- sostiene que "si el Estado, por ejemplo permite las carreras de caballos, las administra, y las fomenta, concede premios, y obtiene además importantes impuestos a las entradas, ¿cómo es posible que por otro lado considere hechos ilícitos las consecuencias naturales de estas carreras de caballos? Hay en esto una contradicción que señala el mencionado penalista" (14). Sin embargo no muy alejada de la propuesta teórica, Ricardo Levene comenta "este argumento es interesante, porque realmente, si el estado admite un deporte, lo reglamenta, y si el deportista va al campo de juego y allí comete el hecho que aparentemente es ilícito, con el consentimiento del otro adversario, que también fue voluntariamente, y cumpliendo las reglas de juego, es duro considerarlo como un vulgar delincuente" (15).

Finalizamos el planteamiento, resaltando la gran lógica que contiene la teoría, pues se basa en el Estado como legitimador de los fines perseguidos por la sociedad. Como no podía ser de otra manera, sólo el Estado y a través de la Ley, puede legitimar y establecer los fines que persigue, priorizando entre los múltiples fines, a los que por necesidad no puedan ser relegados por su trascendencia e importancia en la sociedad, (tales como la justicia, la educación, la salud pública, la seguridad nacional, entre otros).

4.5. Teoría de las normas de cultura.

Esta teoría fue propuesta por Max Ernst Mayer, tesis seguida también por el estudioso Arturo Majada Planelles y J. González Bustamante, y defendida también por Ferri y Florián.

Según esta teoría, las luchas y los juegos violentos forman parte del acervo cultural de los pueblos civilizados modernos, y que se encuentran dentro las normas de cultura que legitimarían tales conductas, pro estar enmarcadas en las prácticas culturales de la sociedad.

En Alemania Mailing, reconoce y aceptan las lesiones y violencias, mientras no atenten las buenas costumbres, que son las mismas normas de cultura. Se trata de una causa de justificación que no está prevista en la legislación penal, pero donde no hay antijuricidad debido a que no se ofende o viola norma de cultura alguna. Se trataría de una causa de justificación tácita, legitimada por la sociedad y las normas de convivencia pacífica.

Debemos precisar en primer lugar que entendemos por normas de cultura. Bien, según el diccionario enciclopédico ilustrado Encas (16), cultura es el resultado de cultivar los conocimientos humanos materiales e inmateriales de que cada sociedad dispone para relacionarse con el medio y establecer formas de comunicación entre sus propios individuos o grupos de individuos.

El mismo Max Ernst Mayer, citado por Amado Ezaine señala "la sociedad es una comunidad de intereses: cultura es la tutela de esos intereses comunes, que el estado dirige y enfoca valorándolos positiva y negativamente. Lo que la cultura exige es lo que el interés común requiere (...) son órdenes y prohibiciones que

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

regulan esos intereses comunes y que descartan los nocivos, fundamentando la posibilidad de una pena para quienes tratan de realizarlos" (17).

En esta perspectiva, entendemos como norma de cultura a toda clase de regla social referida al cultivo de nuestros conocimientos, normas aceptadas (internalizadas como mandamientos o normas de sociedad) y practicadas, que han sido interiorizadas y captadas por la sociedad como parte de su actuar normal. Esta comunidad de intereses, son el fundamento principal de la teoría que propone la justificación en base a la aceptación que la sociedad ha hecho del deporte como norma de cultura, que los ciudadanos admiten como parte normal de sus vidas.

Lo complejo, resulta al evaluar si una norma de cultura o cualquier otra norma social, (de trato social, de decoro, de etiqueta, de obligación natural), tendría la eficacia de equipararse a la Ley Penal para desvirtuar una conducta antijurídica. Esta categoría es analizada en el balance, al cual nos remitimos para evaluar su consistencia.

4.6 Teoría de la inexistencia de figura delictiva.

Esta teoría ha sido extraída de una sentencia del tribunal alemán del siglo pasado, donde se equipara la opinión de las prácticas médicas a las violencias deportivas considerándolas carentes del elemento subjetivo de lo injusto, en otras palabras la figura delictiva no existe, (atipicidad).

Esta teoría es una variante de la teoría de la atipicidad, donde existe una insuficiencia de elementos que encuadran en la descripción penal, lo que motivaría la atipicidad. La tesis consistiría en la ausencia de dolo, por lo que no correspondería un encuadramiento penal.

Con aproximaciones a esta postura jurídica tenemos a Marciano y E. Altavilla. El mismo Luis Jiménez de Asúa cuando sostiene que "en la mayor parte de los deportes el tipo está ausente, porque quien da un golpe permitido en el juego a quien con él compite en el fútbol o el rugby, no puede decirse que comete delito de lesión, porque no golpea, sino que carga" (18).

4.7. Teoría del consentimiento.

La teoría del consentimiento ha estado ligada a la filosofía liberal, donde se destaca el papel de los derechos individuales de la persona humana y por ende la libre disposición sobre sus bienes y derechos. Un código Penal liberal, como la mayoría de los latinoamericanos, admite la eficacia del consentimiento como causa excluyente de responsabilidad penal o al menos atenuante para ciertas situaciones (19).

El consentimiento se ha vinculado también, al respeto de los reglamentos deportivos. En otras palabras, los partidarios de esta concepción liberal, (Saltelli, Di Falco, Grispigni) han postulado que las lesiones y violencias deportivas se justifican por el consentimiento del lesionado a participar en el deporte. El consentimiento además a estado ligado a los tipos penales como exigencia o elemento del injusto, en la violación sexual, por ejemplo el elemento capital para la tipicidad es la falta de consentimiento, esta eficacia en cuanto al injusto, le ha caracterizado más como causa de atipicidad, que como causa de justificación. Esta teoría es sostenida en Francia por Demogue; en España por Jacobo López Barja de Quiroga, Cobo del Rosal; en el Perú por Carlos Shikara, Raúl Peña Cabrera; en Chile por Ramírez Silva. Lo que no resulta claro es acerca de la naturaleza de exclusión, pues algunos la consideran causa de justificación y otro sector como causa de atipicidad.

Sin embargo debemos dejar en claro, que muy aparte de la teoría misma, en la dogmática penal se discute el tema del consentimiento, por varios aspectos,

entre ellos tenemos: la naturaleza jurídica del consentimiento (ya que ha sido calificada como causa de justificación y otro la considera como causa de atipicidad donde se aplican las teorías monistas y dualistas); por otro lado el alcance del consentimiento a los bienes jurídicos disponibles, donde también se ha desatado una serie controversias, y finalmente respecto a la poca claridad o vacío de la legislación penal en cuanto a delimitar el papel del consentimiento desde un plano jurídico positivo, vacío que es fuente de varias interpretaciones en torno al contenido, alcance y sentido de la categoría consentimiento.

4.8. Teoría del derecho profesional.

Teoría propuesta por Battaglini, en Italia y España por Quintano Ripollés, quien sostiene que deben localizarse las justificaciones en los incisos del Código Penal, en lo referente a las causas de justificación, en la "Legitimidad de los actos en ejercicio de oficio o cargo". Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, también españoles inscriben las lesiones y violencias deportivas en el ejercicio profesional "también el ejercicio y la práctica de deporte puede en algunos casos justificar lesiones corporales, siempre que éstas se produzcan con observancia de las reglas que disciplinan el deporte concreto" (20). Lo que significa que si los golpes o lesiones deportivas no serían parte del derecho profesional, no estarían en ningún caso amparadas.

En suma se pretende abarcar a los deportes profesionales como conductas que implican el cumplimiento de determinados roles en la sociedad, y que por la necesidad de su ejercicio profesional, no pueden ser objeto de sanción punitiva.

4.9. Teoría de la ausencia de antijuricidad.

Tesis propuesta por Pedro Garruad y Orfeo Cecchi, quienes sostienen que las lesiones y violencias deportivas constituyen una ausencia de antijuricidad, sosteniendo que los juegos están admitidos por el Estado como lícitos, y que por lo tanto no resultarían punibles. Consideran como condición, el respeto de las reglas de juego y que exista un consentimiento válido de quienes intervienen. Sostienen también que tanto las imprudencias como negligencias estarían exentas de responsabilidad.

En suma, la ilicitud se excluye por la autorización que hace el Estado a las prácticas deportivas, lo que se entiende como una legitimidad de las acciones deportivas en el marco de una actividad que no contraviene el derecho.

4.10. Teoría del riesgo permitido.

Teoría que plantea la existencia de una categoría jurídica, donde por el mismo manejo de determinadas herramientas, instrumentos o actividades, llevan siempre aparejadas el riesgo de que se produzcan lesiones sobre bienes jurídicos, y con ello la configuración del injusto penal, el mismo que puede ser también imprudente. Se llaman permitidas, porque la necesidad social y la consecución de determinados fines necesarios y lícitos, mediante estas actividades que justifican su desarrollo. El viaje en avión, el conducir una bicicleta, y los mismos golpes y lesiones reglamentarios en el deporte son ejemplos claros de la existencia de un cierto riesgo permitido por la sociedad y el derecho. Llevan implícito un peligro de causar lesiones a intereses jurídicos, por lo que requieren estar determinadas a seguir ciertos patrones de cuidado y precaución.

Tal como lo explica el maestro español Muñoz Conde "de ahí se desprende que, realmente, el riesgo permitido, más que causa de justificación, es causa de exclusión del tipo de injusto del delito imprudente, ya que lo que excluye la responsabilidad en estos casos no es que la actividad peligrosa esté permitida, sino que está permitida en la medida en que se realiza con la diligencia debida, es decir

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

sin culpa ni imprudencia" (21). Por lo tanto sería una causa de exclusión del tipo, y por ende de atipicidad.

Hay que tener en cuenta que el concepto de riesgo permitido, permite a la doctrina determinar objetivamente la imputación de las conductas delictivas, para comprobar si es jurídicamente reprochable; y por otro lado como criterio que diferencia los casos fortuitos, de las conductas penalmente relevantes. Esta teoría es defendida en España a Paredes Castañón y tiene como exponente nacional a Carlos Shikara quien dice: "Así, en mi opinión, la exención de responsabilidad penal por la eventual lesión de bienes jurídicos en el marco de las prácticas deportivas se fundamenta, con mejor criterio, en que dichas actividades se enmarcan dentro del riesgo permitido"(23). La eficacia entonces del riesgo permitido no se vincula con la causa de justificación, donde lo jurídico es preponderante, sino a la exclusión del tipo mismo, ya que estamos en un comportamiento socialmente aceptado, habitual, permitido y adecuado.

El profesor español Jacobo López Barja, también adhiriéndose a la existencia del riesgo permitido, sostiene que las lesiones en el deporte son acciones socialmente adecuadas, "siempre que se mantengan dentro de los límites del riesgo permitido, y puedan entenderse abarcadas por el consentimiento del sujeto pasivo" (24).

4.11. Teoría del móvil no contrario al derecho.

Es una posición que toma en cuenta el móvil del delito, lo que no estaría en contra del derecho. El móvil es entendido en la doctrina como el fin o motivo de acción como explica Cuello Calón (25), cuando dice que el dolo no es sólo previsión del hecho, sino también voluntad de ejecutarlo, voluntad que está dirigida a un determinado fin. Pero es importante deslindar el concepto de dolo que no está identificado con el móvil del delito o de la acción. Mientras el dolo es la voluntad de ejecutar el delito, es decir la intención, el móvil es la finalidad perseguida por el autor; así por ejemplo, cuando un ladrón para apoderarse del bolso de la víctima, ejerce cierto grado de violencia para apoderarse del bien ajeno, el dolo consiste en la intención de lesionar y violentamente apoderarse de algo que no le corresponde, el móvil consiste en la finalidad que el autor persigue con tal acto doloso: que puede ser la necesidad de alimentarse, adquirir alcohol, etc. El móvil en el deporte es conseguir belleza corporal y competir sanamente, lo mismo que no estaría entrando en conflicto con la norma penal, pues el deportista no busca lesionar, ni violentar, sino competir y buscar un triunfo, en un ambiente de salud y demostración de destreza y habilidad como es el deporte, ya sea una disciplina de Karate, Judo, Kung-fu, o el Box.

En suma el perseguir una finalidad deportiva, (belleza corporal y salud), no contraviene el derecho, esto significa los golpes, violencias y lesiones se convierten en una actividad lícita, donde la antijuricidad se combate con el móvil no contrario al derecho mismo. La teoría se convierte entonces en una causa de exclusión de la antijuricidad de los golpes y lesiones deportivas.

4.12. Tesis conciliadora o conjuntiva.

La doctrina de Sisco, seguida por el nacional Amado Ezaine, señala los siguientes postulados:

- I. "Ninguna de las teorías negativas pueden por si mismos representar una causa cabal de justificación.
- II. Recogemos la tesis conjunta representada por las teorías afirmativas.
- III. Cuando el evento dañoso se produce con motivo del ejercicio de un deporte autorizado por el estado, y no ha mediado dolo, culpa o preterintencionalidad, si se ha prestado el consentimiento para su

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

ejercicio, el sujeto activo no puede ser sancionado, porque se encuentra amparado por el principio de no exigibilidad de otra conducta”.

Debemos precisar que en un cuarto postulado de la teoría de Sisco, contiene posibilidades de actos deportivos, y en un quinto postulado, sostiene el mismo autor que “considerando todo esto a la luz de las legislaciones represivas, se entiende que no son indispensables los textos legales que expresamente se refieran al llamado delito deportivo, pero estas disposiciones serían convenientes. Con esto Sisco denota también su adhesión a la teoría del delito deportivo.

En suma, como tendencia conciliadora, aglutina tanto a las teorías afirmativas y las negativas para de este modo otorgarle una integralidad que a criterio de Sisco, no pueden alcanzar las teorías aisladas o examinadas por separado.

5. ELABORACION DE NUESTRA PROPIA TESIS PARA LA JUSTIFICACION DE LAS VIOLENCIAS DEPORTIVAS

5.1 Nuestra tesis: acción consciente a riesgo propio.

Antes de explicar la tesis que postulamos y que denominaremos: acción consciente a riesgo propio, debemos introducirnos a la categoría jurídica que sustenta nuestra propuesta: el paternalismo estatal y su límite en la protección del particular contra sí mismo.

Partimos de la premisa de que el Derecho Penal debe sancionar lo que realmente sea necesario, es decir aquellas conductas que contravengan la coexistencia pacífica y libre de los ciudadanos, pero como lo señala el mismo Roxin “pero, dado que la Ley penal limita al particular en su libertad de acción, no está permitido prohibir más de lo necesario para conseguir la coexistencia pacífica y libre” (26). Esto se asegura con el carácter de *última ratio*, por lo que no habría necesidad de acudir al Derecho Penal, sino en los casos donde ya no sea posible con otras alternativas sociales, controlar resultados dañosos. Esto también lo formula magistralmente Roxin cuando afirma que “sin embargo, la tarea penal de asegurar la pacífica coexistencia en la sociedad está vinculada a un presupuesto limitador: solamente puede conminarse con pena cuando es imposible conseguir este resultado a través de otras medidas menos incisivas” (27). Por lo que el autor alemán denomina “subsidiariedad de Derecho Penal”, refiriéndose a la intervención sólo necesaria, del poder punitivo del Estado. Lo que da lugar a una protección subsidiaria de bienes jurídicos, entendiendo por subsidiariedad “la preeminencia de medidas de política social menos graves” (28). De esto mismo se deduce que mediante la protección de bienes jurídicos, se evita, en lo posible dañar a un ciudadano o a la sociedad en su conjunto (hay que tener en cuenta que la intervención del Derecho Penal cuando no sea necesaria, produciría un daño al individuo y también a la sociedad). Sentadas las bases de nuestra propuesta, pasamos ahora a explicar en qué consiste nuestro postulado.

5.1.1. Explicación de nuestra tesis.

En este orden de conceptos, nuestra perspectiva para fundamentar la impunidad de las lesiones y violencias deportivas propias de la práctica, se basa en el comportamiento del propio deportista; donde la configuración de la lesión o violencia, le compete principalmente a la víctima; es decir la auto puesta consciente en riesgo de su integridad. Lo que en el contexto deportivo entenderíamos como la voluntaria puesta en riesgo “a sí mismo” del jugador o deportista en la práctica de un deporte violento. De esta manera y habiendo establecido el concepto de postulación de nuestra propuesta, y resumiendo la idea en un nombre para nuestra tesis, que fundamentaremos seguidamente, la denominaremos: “acción consciente a riesgo propio”.

Nótese que decidimos usar la expresión "acción", por ser correspondiente a la legislación actual (29), no obstante somos partidarios de la expresión: conducta, por ser más acorde a la lengua española; además la expresión conducta constata su utilización para designar el comportamiento, la manera como los hombres gobiernan sus vidas, y se observa la manera de dos formas de comportarse: una, llevando acabo un hacer, y la otra absteniéndose de hacer, todo se exterioriza en esas dos formas: o se hace, o no se hace, se escribe o no se escribe, o se lesiona a alguien, o se respeta la integridad y la vida ajena. Ahora bien, desde un punto de vista fenomenológico las acciones producen transformaciones en el mundo exterior, así cuando alguien realiza una zancadilla a otro jugador, y lo lesiona, o cuando se lanzan imputaciones deshonorosas contra alguien se realiza cambio en el exterior, de igual manera el abandono de un anciano desvalido, en una calle congestionada con vehículos, puede ocasionar diversos resultados.

Del mismo modo respecto a la expresión "consciente", no es un pleonasma, pues podría pensarse que la acción de por sí es consciente. Esto, a nuestro juicio no es así al menos en nuestra legislación; pues acorde al Código Penal, los que por anomalía psíquica o sufran alteraciones de la percepción, realizan un acto, estarían exentos de responsabilidad penal (art. 20 Inc. 1). De allí que para el legislador el acto o acción puede carecer de conciencia. Nosotros nos inclinamos por el concepto de acción que utiliza Claus Roxin: "una manifestación de la personalidad"(30), lo que significa la presencia de voluntad y conciencia, por lo que al concurrir la acción aún no es suficiente para ser valorada negativamente. En suma usamos la expresión consciente por ser más acorde a nuestra legislación penal.

Por otro lado, cabe introductoriamente aclarar que nuestro planteamiento no se vincula a la autolesión; pues nos referimos a un riesgo y no a una lesión; ya que las acciones de autolesionarse, no se vinculan en nada con el deporte que estudiamos, donde hay una competencia y un encuentro con otro competidor(es), que finalmente son los agresores y no el propio deportista contra sí mismo.

Del mismo modo, también hay que diferenciarlo del consentimiento, donde como hemos analizado en el marco legislativo, tiene un contenido muy limitado a los bienes jurídicos disponibles, donde no se inscriben la integridad ni la vida. El propio riesgo en cambio abarcaría desde los meros golpes hasta un suceso desgraciado (31), por lo que es una categoría muy distinta al acuerdo y al mismo consentimiento de la víctima.

Precisamos también la diferencia con la teoría del riesgo permitido, en cuanto éste propugna justificar desde una perspectiva extrínseca de los agentes del hecho; es decir prescinde de la autorización o conciencia de la víctima, pues en el riesgo permitido, la misma sociedad como fuente de riesgos termina legitimando los resultados permitidos de tales riesgos sociales.

Nuestra tesis de la acción consciente a propio riesgo, tiene como conceptos centrales: el "propio riesgo" que asume de manera personal la víctima; y por otro lado la "acción consciente", entendida como una actividad consciente donde el deportista asume una práctica deportiva violenta (por ello con cierto riesgo), aceptando como resultado consecuencias que son previsibles de un deporte objetivo.

A modo de comparación explicamos que el autor de una lesión dolosa, actúa teniendo presente en todo momento las consecuencias de su conducta; en nuestra concepto, la víctima actúa con conocimiento de las consecuencias de su conducta a propio riesgo. Por ello, un boxeador, actúa conociendo las consecuencias de su conducta deportiva en el ring, se somete voluntariamente él, sin autorizar a nadie,

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

a un riesgo propio de resultar lesionado conforma al reglamento. Por eso decimos que el sometimiento es algo que nace del propio sujeto, quien de manera consciente actúa a su propio riesgo en una actividad deportiva violenta, que ya es una actividad arriesgada, y acepta las consecuencias muy previsibles y autorizadas por el reglamento deportivo.

Es muy notorio en la sociedad que las personas se ponen siempre a sí mismas en un riesgo mediante acciones como alimentarse en lugares de poca higiene, ingerir bebidas desconocidas, automedicarse, pretender arreglar instalaciones eléctricas, caminar por muros, subir postes, etc. En suma actividades que entrañan siempre un riesgo de lesionarse o hasta provocar su propia muerte. Dentro de estas actividades podemos incluir sin ningún problema la práctica de deportes violentos, como el box, esgrima, fútbol, básquetball, karate, Judo, lucha libre, rugby, jockey, etc.; todos ellos con un fuerte contenido de acciones violentas y arriesgadas.

Podríamos también, válidamente sostener que la acción consciente a riesgo propio, equivale a una infracción que hace el deportista de sus deberes de autoprotección; pero algo que únicamente le incumbe a él, pues asume el riesgo propio en un encuentro deportivo donde acepta como posibilidades previsibles salir lesionado o violentado, pero en un marco del reglamento deportivo.

Resulta interesante evaluar el alcance del propio riesgo. Pues no hay duda que el propio riesgo alcanzaría lo establecido en el reglamento, pues las infracciones violentas o lesiones ocasionadas al deportista que sobrepasen el amparo del reglamento deportivo, ingresará inevitablemente al contexto penal.

No obstante creemos que la legitimidad de la gravedad de las lesiones en el propio riesgo, esta de acuerdo al tipo de deporte practicado, es decir el contexto deportivo de la víctima, y al reglamento deportivo.

Por otro lado, queremos destacar el papel de la víctima cuando se ha realizado una lesión o daño que ha sobrepasado el reglamento de juego; ya que en última instancia dependerá de él la inclusión del caso en el contexto penal, al interponer la denuncia o reservarse tal derecho, circunstancia que dependerá de la gravedad del hecho y la importancia de los deberes infringidos por el deportista autor de la lesión.

También queremos sentar que estamos del lado de un trato benigno de las lesiones y muertes deportivas, donde el móvil y las circunstancias del escenario deportivo deberán ser evaluadas por el Juez (32).

5.1.2. Naturaleza jurídica de la tesis.

El comportamiento del deportista que a sí mismo y de manera consciente se somete a una actividad violenta y por ella arriesgada, es decir a riesgo propio, es considerado en riesgo normal, tanto por el reglamento como por la sociedad. Por ejemplo, cuando vamos a espectar un encuentro de fútbol o un boxeo, admitimos como válidos los golpes y violencias mientras no cause una lesión grave o evidentemente sea una infracción a las reglas de juego. Esta tolerancia del individuo como un autorriesgo y de la sociedad, está de acuerdo al contexto donde se desarrolla, es decir en un encuentro deportivo, lo cual es de trascendencia histórica, pues desde Grecia se han legitimado las actividades deportivas mientras no contravengan el reglamento y causen consecuencias graves al deportista lesionado. Por lo tanto no son comportamientos que se justifican; sino que en el fondo no encuadrarían en el tipo penal al no realizar ninguna descripción típica. Dicho de otra manera: no hay tipo penal que se aproxime a una lesión a otro que actuó a riesgo propio, considerado socialmente normal; ya que en el delito de

lesiones y el propio homicidio se asume la actuación en contra de la voluntad de la víctima. Otro aspecto para la atipicidad es por el lado de la actividad misma, deportiva, aceptada y reglamentada. Por el lado del deportista autor (aunque en el fondo ambos son autores como en el box, karate, judo, cong-fu, entre otros), podría afirmarse que las consecuencias son asunto de ellos mismos, pues se han comportado conforma al papel de deportistas, por lo que inevitablemente resulta ser una causa de exclusión de la tipicidad.

Por todo lo vertido, se concluye que sería un riesgo propio jurídicamente aprobado, por ello una conducta atípica. El riesgo propio no permitido equivale a recibir una lesión o una actividad del otro deportista, que infringe el reglamento y simultáneamente produce un resultado serio a la víctima, en tal caso estaremos ante un delito culposo, pues la inobservancia de los reglamentos del deporte crea un riesgo no permitido por el propio deportista ni por la sociedad. La modalidad dolosa sería menos frecuente por el contexto y el móvil deportivo que se establece en un encuentro deportivo. A esto último hay que sumarle la dificultad de poder demostrar el dolo en ocasión de un deporte; pues el deportista actúa cumpliendo su rol de deportista y es algo que pertenece a un tema de la fijación final de los objetivos del autor, cuyo contenido es evidentemente muy subjetivo y pertenece al fuero interno del deportista, lo que nos devuelve a los criterios objetivos de imputación objetiva, donde lo normativo y lo empírico se complementan (33).

Culminamos esta propuesta, dejando constancia que nuestra tesis se encuentra cargada de reglas político criminales, las mismas que deben ser legitimadas a partir de la Ley. La acción consciente a propio riesgo, es atípica y por lo tanto se renuncia a la tipificación y a la pena, ya que no hay necesidad ni preventiva especial, ni general. Con lo que se demuestra una vez más que los comportamientos deportivos violentos, con riesgos propios del deportista no tienen porqué estar en un contexto particular o especial, sino que son tolerados por el mismo deportista y por el entorno social.

CONCLUSIONES FINALES.

1. Las teorías positivas pretenden penalizar las conductas deportivas, pero tales propuestas, no tienen consistencia, así en la teoría que niega la justificación, se admite que en caso de haber respetado las reglas, la conducta estaría justificada, lo que equivale a considerar que no siempre es punible la conducta deportiva. Así mismo es absurdo penalizar todas las consecuencias dañosas del deporte sin valorar el contexto y el respeto de las reglas de juego. Esto significa un retorno a la imputación del resultado causal naturalístico, propio de las etapas incipientes del Derecho Penal, hoy superadas. Lo mismo sucede con la teoría de la determinación de penas graves, pues incurre en el error grave, al tomar en conjunto el tema deportivo y la casuística, sin determinar normativamente los casos de las violencias propias del juego, de aquellas que infringen el reglamento, así como los accidentes o sucesos desgraciados. Esto afecta el derecho y más propiamente los principios constitucionales y penales, ya que una imputación deportiva como agravada, contraviene la Ley del deporte, cuyo objeto es impulsar la práctica de disciplinas deportivas. La teoría no diferencia los casos fortuitos, se vulnera el principio de culpabilidad o responsabilidad, lesividad, y legalidad. Afecta también el derecho a la libertad, desarrollo y bienestar del ciudadano. Es un postulado extremista o radical. La teoría radical de Guiseppe del Vecchio, ha demostrado falta de consistencia, en la incapacidad para valorar la conducta del deportista, bajo la perspectiva de la culpabilidad. Presenta las mismas deficiencias de la teoría de la determinación de penas graves. Pretende penar las conductas deportivas desde una perspectiva criminológica considerando la existencia en el deporte de delincuentes natos, equiparando la etapa bárbara de la edad media a la actual realidad deportiva, lo cual es inaceptable. La doctrina del delito deportivo de

G. Penso, no es certera, empezando por su denominación: delito deportivo. El bien jurídico que se protege en el delito deportivo es el deporte, lo cual se confunde con el delito en ocasión deportiva. Existe por lo tanto, una distorsión del delito en ocasión deportiva, cuando se usa la expresión delito deportivo. Por otro lado, todo resultado grave surge de una infracción al reglamento, por lo que ya no es un acto deportivo, es una conducta antideportiva, de modo tal que no sería propio calificar como delito deportivo a algo no deportivo. No posee consistencia cuando pretende particularizar el caso deportivo, como figuras autónomas, dedicándoles un capítulo o una sección especial. Este hecho, convertiría al Código Penal en un voluminoso texto lleno de tipos penales innumerables, lo cual se soluciona estableciendo, en el Código, principios y reglas generales justificación, evitando legislar todos los aspectos de la vida.

2. Ninguna de las teorías negativas o de justificación es convincente, en cuanto pretenden explicar el fundamento de la justificación, así tenemos a la tesis de la ilicitud jurídica excepcional, donde prevalece el carácter de excepción a las lesiones y violencias desarrolladas en una actividad deportiva. No posee consistencia, por cuanto no puede ser excepcional lo que está aceptado por el ordenamiento deportivo y jurídico, y por ello precisamente es impune, lo que no equivale a ser excepcional. En cuanto a la teoría de la costumbre, es un enfoque extrínseco respecto de la voluntad del sujeto, pero resulta inconsistente, al examinar la eficacia de la costumbre. Al no estar escrita no ocupa un lugar preferencial en la jerarquía de fuentes del Derecho Penal. La Ley en el Derecho Penal es la única fuente productora de delitos y penas, y exclusiones. Esto se confirma en nuestra norma Constitucional, por lo que carece de fuerza obligatoria capaz de justificar las conductas antijurídicas. La Ley no puede considerarse derogada por la costumbre, ya que se trataría de una costumbre *contra legem*. Del mismo modo, la teoría de la adecuación social, es un criterio de la teoría de la imputación objetiva para determinar la atipicidad de una conducta. Esta propuesta no puede legitimar conductas típicamente antijurídicas, ya que por jerarquía de fuentes, en el Derecho Penal, sólo podemos apelar a justificar el acto mediante la Ley. Para este fin la Ley debe contener la causa de exclusión o causa de atipicidad. La teoría de la adecuación social, reviste a la costumbre, no son categorías distintas, sino lo mismo. La teoría del fin reconocido por el Estado no explica claramente el fundamento de la justificación de las lesiones y violencias deportivas, más aún cuando se contrapone el fin esencial de proteger bienes jurídicos, donde encontraríamos un conflicto de fines estatales. Consideramos que la teoría de las normas de cultura, es también un tema vinculado a la costumbre como norma supralegal. La teoría no tendría consistencia, pues la norma de cultura carece de fuerza obligatoria para justificar las conductas típicas antijurídicas, ya que no es fuente primaria productora del Derecho Penal, al igual que la costumbre. Respecto a la teoría de la inexistencia de figura delictiva, ésta evidencia una falta de consistencia, al no explicar a cabalidad la modalidad culposa, que es la de mayor importancia en el contexto deportivo. De igual modo, no es correcto equiparar las prácticas médicas a las lesiones y violencias deportivas, donde se aplican causas de distinta naturaleza justificatoria. La Teoría del consentimiento, no es aplicable al deporte, ya sea como causa justificante o causa de atipicidad, ya que resulta muy discutida la facultad de disponer libremente de bienes jurídicos de primer orden como la vida y la integridad corporal. Para nosotros, son disponibles a aquellos intereses de índole patrimonial, el honor, pero únicamente la integridad corporal en las lesiones leves. En la vida cotidiana el consentimiento opera de manera muy libre, expresión del libre desarrollo de la personalidad; pero, nadie consiente la muerte, o la lesión grave, antes de un juego, pues el fin es una sana competencia, por lo que se descarta la propuesta teórica. En la teoría del derecho profesional, encontramos una limitación importante, pues divide el amparo y no alcanzaría a los golpes o lesiones deportivas no profesionales o llamado deporte "*amateur*", por lo que resulta impropio no tratar el tema universalmente. Caso distinto nos ofrece la

teoría de la ausencia de antijuricidad, la cual aglutina dos propuestas de justificación: el fin reconocido por el Estado, y el consentimiento, cuyas eficacias han resultado descartadas independientemente, de modo que una conjunción de ambas no le otorga diferente concepto. La teoría del riesgo permitido, constituye un filtro para la imputación objetiva, nos indica que se trata de una causa de exclusión del tipo, por lo que la exclusión opera específicamente del tipo de injusto en el delito imprudente. El riesgo se acepta desde una perspectiva social, donde el deporte como fin salutífero se impondría ante la posibilidad de lesiones y violencias, lo que en esencia se trataría de una causa de justificación supralegal, aunque no explique el fundamento. En el contexto deportivo, lo permitido esta siempre establecido en el reglamento, y no es una situación potencial de incertidumbre, de donde fluye que el riesgo permitido no tendría eficacia de excluir el tipo. La teoría abarca sólo las conductas imprudentes, que escapan a las lesiones y violencias del mismo juego, determinando el límite de lo permitido. Muy particular no parece la teoría del móvil no contrario al derecho, donde consideramos que el móvil no puede constituirse en una causa de justificación. El móvil no es trascendente en el Derecho Penal, para eliminar la antijuricidad; sino, es más bien un criterio para la determinación del Juez en cuanto a la pena dentro de los límites fijados por la Ley, donde considerará especialmente los móviles o fines. Contrariamente, en algunos casos el móvil es valorado negativamente, en contra el autor. Esto sucede cuando la conducta se realiza para (móvil) facilitar u ocultar otro delito; evidencias que denotan una función distinta a la justificatoria. La tesis conciliadora, extiende demasiado el radio de aceptación a las teorías negativas. La conjunción de teorías, demuestra que hay algunas que derivan de otras, como la adecuación social, las normas de cultura, y el riesgo permitido, cuya fuente es la costumbre. La conjunción acoge teorías muy limitadas por falta de consistencia en algunos casos, y en otras que resultan inaplicables en nuestra legislación. La tesis del móvil y el consentimiento son ejemplos respectivos. Las limitaciones de las teorías conjuntas se trasladarían a esta propuesta, que en el fondo adolecen de una explicación al problema.

3. El hecho punible, tiene como principio fundamental el establecimiento de los delitos y las penas manera expresa e inequívoca en la Ley. De esto se deriva que también las causas de justificación y aquellas que modifiquen la responsabilidad del autor, deben estar en la Ley Penal. Esta legislación debe estar realizada de manera integral, haciendo posible el encuadramiento sólo de conductas que por la necesidad de mantener la vida pacífica de la sociedad, resulten punibles. La legislación del hecho punible en el Código Penal es impecable, tanto al definir al delito y la culpabilidad. Esto se traduce en los tipos penales orientados a tipificar las conductas sociales de manera general, lo cual concuerda con el sentido jurídico de la parte especial.

4. El delito en ocasión de un deporte resulta una posibilidad como cualquier otra conducta delictiva, es decir, basta que se configure una infracción a los bienes jurídicos que el Estado protege a través de la Constitución y el Código Penal. La conducta del deportista, que cause una lesión o violencia grave contra otro deportista, como resultado de la infracción del reglamento, será considerado delito y perfectamente encuadrable en el tipo penal correspondiente, siendo irrelevante las sanciones administrativas y deportivas que haya cumplido o se hayan impuesto al deportista infractor. El hecho punible y la posibilidad de tipificar las conductas que lesionen bienes jurídicos en el contexto deportivo no tienen ninguna limitación.

5. La verdadera justificación de las lesiones y violencias deportivas la encontramos en las acciones conscientes a riesgo propio. Se ubica desde la perspectiva del deportista, como medición del riesgo y como voluntad individual, pero muy distinta al riesgo permitido y al consentimiento. Tiene como premisa inicial la subsidiariedad de Derecho Penal, lo mismo que se traduce en una

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

protección subsidiaria de bienes jurídicos. El fundamento de la impunidad fluye del comportamiento del propio deportista; donde la configuración de la lesión o violencia, le compete principalmente a la víctima; es decir la auto puesta consciente en riesgo de su integridad. Esta puesta en riesgo a sí mismo del deportista en la práctica de un deporte violento la denominamos: acción consciente a riesgo propio. Constituye una causa de atipicidad, al presentarse el elemento negativo del tipo, donde el deportista no realiza ninguna conducta típica, sino que su conducta desde ya se encuentra legitimada por él mismo y por la sociedad. Los conceptos centrales de nuestra propuesta son al no dudar: el propio riesgo, y la acción consciente, como categorías jurídicas involucradas. La acción consciente a riesgo propio, equivale a una infracción que hace el deportista de sus propios deberes de autoprotección, donde acepta como posibilidades previsibles la lesión y la violencia, pero siempre en un marco reglamentario. El propio riesgo alcanza únicamente lo establecido en el reglamento, pero también la legitimidad de la gravedad de las lesiones está de acuerdo al tipo de deporte practicado. Nuestra tesis es consistente en cuanto prescinde de consideraciones abstractas, tales como el acto permitido por la Ley, o ejercicio legítimo de un derecho; y de planteamientos ambiguos, como la adecuación social, normas de cultura, riesgo permitido etc. Parte de una consideración muy empírica: el deportista mismo asume el riesgo de participar en un encuentro; pues lo que el deportista admite en el juego, generalmente también lo admite la sociedad. No existe otra razón de mayor consideración que fundamente la legitimidad de tales conductas desde la óptica del deportista; ya que el deportista agresor explicaría su actuación conforme a un rol deportivo que desempeñó. Nuestra tesis abarca a todas las actividades deportivas, inclusive a las no violentas como el tenis o natación, donde podemos encontrar situaciones desgraciadas pero que indiscutiblemente estarán ligadas a la acción que asume el deportista a riesgo propio, resultando ser desgraciados sucesos.

Ricardo Cristian LOAYZA GAMBOA es Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga, Perú, con estudios de maestría en Docencia Universitaria y Derecho Penal, en las universidades Nacional Mayor de San Marcos y Federico Villarreal, respectivamente. Gerente de la asociación "Soluciones Jurídicas" y asesor jurídico en temas de Derecho Penal Deportivo y Militar. Investigador Jurídico, miembro del Consejo español de Redacción de Derecho deportivo en línea.

BIBLIOGRAFIA

- 1.-ARMAZA GALDÓS, Julio. Elementos negativos del delito. Edit. Jurista editores. Lima. 2002, p. 149.
- 2.-AZABACHE C., César. Introducción al procedimiento penal. Lima, 1ra Edic. Edit. Palestra, 2003, p. 216.
- 3.-BACIGALUPO, Enrique. Técnica de resolución de casos penales. 2da Dic. Madrid. Edit. Hammurabi. 2002, p. 250.
- 4.-BRAMONT ARIAS TORRES, Luis. Manual de Derecho Penal, Parte General. 2da edic. Lima. edit. Eddili.2002, p. 520.
- 5.-BUSTOS RAMIREZ, Juan. Introducción al Derecho Penal.2da edic. Santa Fé de Bogotá-Colombia. Edit. Temis S.A. 1994, p. 207.
- 6.-C. MOLITERNI. La aventura olímpica. Comité olímpico internacional. Barcelona: Grijalbo, 1990 p.68.
- 7.-CABANILLAS SANCHEZ, Antonio. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez-Picazo. Tomo I. Madrid-España, Edit. Thomson, 2003. p. 1121.
- 8.-CHANAME ORBE, Raúl. Conocimientos básicos de la Constitución. Lima, edit. Juarista editores, 2004, p. 247.
- 9.-CLAUS ROXIN. Derecho Penal Alemán. Parte General. Tomo I. Traduc. Luzón

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Peña; 1997. p. 624.

10.-CLAUS ROXIN. Problemas actuales de dogmática penal. Trad. Manuel Abanto V. 1ra edic. edit. ARA, 2004. p. 243.

11.-CUADERNOS JURISPRUDENCIALES, Delitos contra el Honor. Año 2 número16 octubre 2002. Edit. Gaceta Jurídica. Lima, p. 64.

12.-Diccionario Enciclopédico Encas. Programa educativo visual.Colombia: Edit. Printer colombiana. Santa fe de Bogotá.

13.-DIEZ RIPOLLES, José Luis. La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Tomo I. "Libro Homenaje al profesor Doctor Don José CEREZO MIR", Edit. Tecnos. España, 2003. p. 779.

14.-DIVISION DE ESTUDIOS LEGALES GJ. Guía procesal del abogado. Tomo II. Edit. Gaceta Jurídica. Lima, 2002, p. 775.

15.-EZAINE CHAVEZ, Amado. Diccionario de Derecho Penal. Parte penal II. 3ra edic.

Lima: Edit. AFA 1999, p. 1282.

16.-EZAINE CHAVEZ, Amado. Diccionario de Derecho Penal. Parte penal Tomo I. 3ra

edic. Lima: Edit. AFA 1999, p. 688

17.-FERRERO COSTA, Raúl. Derecho Constitucional General. Primera edición. Fondo editorial. Lima, 2004. p. 781.

18.-GASCON ABELLAN/GARCIA FIGUEROA. La argumentación en el Derecho. 1ra edic. Lima. Edit. Palestra, 2003, p. 406.

19.- GOMEZ COLONER, Juan Luis. El proceso Penal en el Estado de Derecho. , Lima.

Edit. Palestra, 199. p. 266.

20.-GUEVARA ESPINOZA, Antonio. Historia Universal Edad Contemporánea. 8va edic. Lima Perú. Edit. Enrique Lulli. p.222.

21.-GUNTER JAKOBS. La imputación objetiva en el derecho penal. Trad. por Manuel Cancio Meliá, Perú.1ra edic. Edit. Grijley. 1998, p. 119.

22.-GUTIERREZ FERREYRA, Carlos V. Psicología criminal. Marsol Perú Editores.1995, p. 301.

23.-GUTIERREZ FERREYRA, Carlos V. Psiquiatría Forense. Marsol Perú Editores.1996, p. 303.

24.-HABERMAS, Jurgen. La inclusión del Otro. Buenos Aires, Edit. Paidós. 1999, p. 258.

25.-HAMPE MARTINEZ, Teodoro. Compendio Perú histórico Milla Batres. Lima: Edit. Milla Batres, 2005, p.131.

26.-IGLESIAS, Juan. Derecho romano. Sexta edición. Barcelona-Caracas-México: 1979. p.711.

27.-INGERBORG, Puppe. La imputación del resultado en el Derecho Penal. Trad. Percy García Caverro. Lima, Edit. Ara. 2003, p. 275.

28.-JIMÉNEZ DE ASÚA Luis. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Tercera edic. Buenos Aires: Edit Losada, 1956. p. 950.

29.-LEVENE Ricardo. El delito de Homicidio. Buenos Aires. 1955, p. 102.

30.-LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho penal. Parte general Tomo I. 1ra edic. Lima: Edit. Gaceta Jurídica, p. 406.

31.-LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho penal. Parte general Tomo II. 1ra edic. Lima: Edit. Gaceta Jurídica, p. 438.

32.-LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho penal. Parte general Tomo III. 1ra edic. Lima: Edit. Gaceta Jurídica, p. 734.

33.-LOPEZ GUERRA, Luis. El Poder Judicial en el Estado Constitucional. 1ra edic. Lima, Edit. Palestra. 2001, p. 184.

34.-MARCONE M., Juan"Los caminos del crimen"(1994 Edit. Monterrico. Lima-Perú. Miguel de Cervantes. Don Quijote I. Lima: Edit. EDAF, 2000, parte I, p. 136.

35.-MINISTERIO DE JUSTICIA. Una visión Moderna de la Teoría del delito. Lima, publicación de la dirección nacional de asuntos jurídicos. 1998, p. 125.

36.-MIR PUIG, Santiago. Introducción a las bases del derecho Penal. 2da edic.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Montevideo, Uruguay. Edit. LB de F. 2002. p. 318.

37.-MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal parte general. 5ta edición Barcelona: Edit. Tirant to blanch, 2002, p. 628.

38.-MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Especial. 13° Edic. edit. Tirant to blanch. Valencia 2001, p. 1039.

39.-OLIVERA DIAZ, Guillermo. Criminología peruana. Tomo I, 2da edición. Lima. Edit. Ofset S.A. 1973, p. 298.

40.-PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. 3ra edic. Volumen I. Parte general. Lima-Perú: Edit. Sagitario, 1988. p. 486.

41.- QUISPE CORREA, Alfredo. Derecho Constitucional e instituciones políticas. Lima, Edit. Yovera, 2004, p. 242.

42.-ROY FREYRE, Luis E. Derecho penal. Tomo I. 2da edición. Lima-Perú.1985, p. 305.

43.-TIEDEMANN, Klaus. Constitución y Derecho Penal. Edit. Palestra, Lima 2003, p. 217.

44.-TORIBIO PACHECO. Cuestiones constitucionales. Lima, 3ra edic. Edit. Grijley. 1996, p. 133.

45.-TORRES MENDEZ, Miguel. Jurisprudencia literaria y filosófica.1ra edición. Lima. Edit. Grijley, 2003, p. 266.

46.-VALSERRA, Fabricio. Historia del deporte. Barcelona: Edit. Plus ultra, 1995 p.350.

47.-VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal parte general. 2da edic. Lima. Edit. San Marcos. 2001. p. 584.

48.-WELZEL, Hans. Derecho Penal alemán. 12ª edición. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1987, p. 202.

Citas textuales

1) EZAINE CHAVEZ, Amado. Diccionario de Derecho Penal. Op. cit.. p. 429.

2) El art. 123 de nuestro C.P. señala "cuando el agente produzca un resultado grave que no quiso causar, ni pudo prever, la pena será disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir". El agente respondería únicamente hasta donde la culpabilidad le alcanza, pues lo imprevisible y la intención están ligados al dolo, correspondiendo el efecto dañoso a la desgracia o "mala suerte" como se la denomina comúnmente.

3) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Op. cit. p.789.

4) La antropología criminal es una rama de la criminología, tal como la psicología, la sociología y la biología criminal. el estudio corporal y funcional. Se entiende como tal al estudio somático funcional del hombre como causa de su actividad criminal, (según Guillermo Olivera D.).

5) OLIVERA DIAZ, Guillermo. Criminología peruana. Tomo I, 2da edición. Lima. edit. Ofset S.A. 1973, p.165.

6) El autor argentino, en su libro "El delito de Homicidio", sostiene que en un primer lugar, los romanos consideraron que el homicidio y las lesiones resultantes de los juegos no llevaban implícito el *animus occidendi*, (equivalente al *animus necandi*), y que no había derecho violado cuando resultaban la muerte o lesiones en los juegos. Posteriormente-dice el autor-se va modificando este criterio y el hecho se fue asimilando a cualquier otro ocurrido fuera de ellos, pero después comienza una nueva tendencia que intenta independizar estos hechos, que se cristaliza en el Código cubano.

7) LEVENE Ricardo. El delito de Homicidio. Buenos Aires. 1955, p. 102.

8) Seguimos el concepto de costumbre, del profesor argentino Miguel Marienhoff, (Tratado de Derecho Administrativo, 1ra edición, Tomo I, Buenos Aires-Argentina), para quien la costumbre es la "práctica constante y uniforme de una conducta por parte de los miembros de una colectividad social, con la convicción de que tal comportamiento es jurídicamente obligatorio".

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

9) El código penal, en su art. 45, toma en cuenta la cultura y la costumbre al momento de fundamentar y determinar la pena. Por su parte la Constitución señala que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural, (art. 19).

10) EZAINE CHAVEZ, Amado. Diccionario de Derecho Penal. Parte penal II. 3ra edic. Lima: edit. AFA 1999, p. 952.

11) WELZEL, Hans. Derecho Penal alemán. 12ª edición. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1987, p. 85.

12) CUADERNOS JURISPRUDENCIALES, Delitos contra el Honor. Año 2 número16 octubre 2002. Edit. Gaceta Jurídica. Lima, p. 06.

13) LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho Penal. Parte general Tomo I. 1ra edic. Lima: edit. Gaceta Jurídica, 2004. p. 258

14) LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho Penal. Parte general. Op. cit. p.18.

15) LEVENE, Ricardo. El delito de Homicidio. Op. Cit. p. 101.

16) LEVENE, Ricardo. El delito de Homicidio. Op. Cit. p. 101.

17) Diccionario Enciclopédico Encas. Programa educativo visual.Colombia: edit. Printer colombiana. Santafé de Bogotá.

18) EZAINE CHAVEZ, Amado. Diccionario de Derecho Penal. Op. cit. p. 1273.

19) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Op. Cit. 789-790.

20) En nuestro país es introducido con el código Penal de 1991, ya que ni el de 1924, y el de 1862, tratan del consentimiento.

21) MUÑOZ CONDE, Franciso y GARCIA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal parte general. Op. cit. p.347.

22) MUÑOZ CONDE, Franciso y GARCIA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal parte general. Op. cit. p.298.

23) SHIKARA, Carlos, Abogado profesor de la universidad de Chiclayo, en un trabajo personal,(Web. Revista jurídica Cajamarca), en algunos apuntes de las lesiones graves en el Código Penal Peruano, dirección electrónica: www.bahaidream.com/lapluma/derecho/revista12/lesiones.htm

24) LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho Penal. Parte general. T. I. op. cit. p. 258.

25) EZAINE CHAVEZ, Amado. Diccionario de Derecho Penal. T. II. Op.cit.

26) CLAUS ROXIN. Problemas actuales de dogmática penal. Op. cit. p. 21

27) CLAUS ROXIN. Problemas actuales...op. cit. p. 21.

28) CLAUS ROXIN. Problemas actuales de dogmática...op. cit. p. 23.

29) Debemos precisar que nuestro Código Penal, utiliza indistintamente los términos: hecho, (art. 48) acción, (art. 49) omisión (art.13), acto (art. 20 incs. 1, 10),

30) LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho Penal. Parte General. Op. cit. p. 131.

31) Como suceso desgraciado nos referimos a la posibilidad de resultar un daño grave para el deportista donde no ha mediado infracción de las reglas de juego, sino que el resultado se presenta por causas ajenas y desconocidas e imprevisibles al actor, como puede ser un resbalón, o una mala maniobra de la propia víctima.

32) Esta parte de las circunstancias atenuantes aplicables a una conducta deportiva injusta, la hemos tratado en el balance legislativo, cuando hablamos del hecho punible, por lo que nos remitimos a su tratamiento.

33) Según parámetros netamente normativos Roxin sostiene que "solamente es un infractor doloso de la Ley aquél cuyo contenido de representación se dirige a la realización de una acción injusta medida según parámetros objetivos", (Problemas actuales de dogmática penal. Op. cit. p. 55.

A justiça desportiva e os princípios disciplinares

Sanções desportivas e aplicações de penalidades – Ofensas físicas e morais - A responsabilidade na infração de menores de 14 anos

Por Marcilio Krieger

Os bens jurídico-desportivos, como o *fair play*, o respeito aos atletas e aos desportistas em geral devem ser preservados. É para isto que existe a Justiça Desportiva, exercendo função delegada pela Constituição Federal para processar e julgar as infrações contra a disciplina e a organização desportivas.

I – A JUSTIÇA DESPORTIVA

PRÉ-REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO, CONSTITUIÇÃO, COMPETÊNCIA E JURISDIÇÃO. FUNÇÃO DELEGADA.

O poder disciplinar da Justiça Desportiva, instituído pela Constituição Federal de 1988, tem como fundamento o respeito ao *fair play*, a obediência às normas e regras do jogo, ao adversário e aos espectadores. Dita seu art. 217 que o desporto é um direito de cada um, cabendo ao Poder Público o estímulo às práticas do desporto formal e não-formal e ao lazer, alçado como forma de inclusão e promoção social. Em seus parágrafos primeiro e segundo, esse dispositivo estabelece que quando se tratar de ações referentes à disciplina e organização desportivas, o exercício de um dos Direitos e Garantias Fundamentais estabelecidos no art. 5º, o inciso XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” - exige a observância a dois pré-requisitos essenciais: a) o esgotamento das instâncias recursais da Justiça Desportiva, regulada em lei, e, b) que seja, por esta Justiça, obedecido “o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final”.

A lei a que se refere a CF é a Lei Geral Sobre Desportos, que em seu Capítulo VIII dispõe: “A organização, o funcionamento e as atribuições da Justiça Desportiva, limitadas ao processo e julgamento das infrações disciplinares e às competições desportivas, serão definidas em códigos desportivos...” (omitimos; art. 50, redação da Lei nº 10.672/03). O mesmo artigo relaciona as penas a que estão sujeitos os infratores (§1º), excluindo delas os menores de catorze anos (§2º) e os atletas não-profissionais (§3º), e determina que “...*competem às entidades de administração do desporto promover o custeio do funcionamento dos órgãos da Justiça Desportiva que funcionem junto a si*” (§4º). Em seu art. 52, a LGSD ressalta a autonomia e independência dos órgãos da Justiça Desportiva, absorvendo a norma do art. 99 da Carta Magna para o Poder Judiciário, exigindo, também, obediência ao princípio constitucional do contraditório e ampla defesa; em seus parágrafos, esse art. 52 determina que as decisões da Justiça Desportiva podem ser impugnadas nos termos gerais do direito (§1º), e que “O recurso ao Poder Judiciário não prejudicará os efeitos desportivos validamente produzidos em consequência da decisão proferida pelos Tribunais de Justiça Desportiva” (§2º).

Ao estabelecer a necessária observância às previsões constitucionais do art. 5º, XXXV, e do art. 217, a Lei preserva a organização desportiva, na medida em que impede as aventuras judiciais dos que, inconformados com a manifestação

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

conclusiva e juridicamente válida da Justiça Desportiva, tenham a intenção de tumultuá-la em defesa de interesses escusos.

A estrutura, a competência e a jurisdição dos órgãos da Justiça Desportiva estão estabelecidas no art. 52 da LGSD: Superior Tribunal de Justiça Desportiva, funcionando junto a cada uma as entidades nacionais de administração do desporto; Tribunal de Justiça Desportiva, junto às entidades regionais de administração do desporto; Comissões Disciplinares, como primeiro grau de jurisdição de ambos tribunais. As ligas referidas no art. 20 da LGSD podem constituir seus próprios órgãos judicantes, obedecidos os preceitos legais aplicáveis, ou estabelecer convênio com o órgão correlato da Justiça Desportiva.

O Código Brasileiro de Justiça Desportiva /CBJD define:

"Art. 1º A organização da Justiça Desportiva e o Processo Disciplinar, relativamente ao desporto de prática formal, regulam-se por este Código, a que ficam submetidas, em todo o território nacional, as entidades compreendidas pelo Sistema Nacional do Desporto e todas as pessoas físicas e jurídicas que lhes forem direta ou indiretamente filiadas ou vinculadas.

Parágrafo único - Na aplicação do presente Código, será considerado o tratamento diferenciado ao desporto de prática profissional e ao de prática não profissional, previsto no inciso III do art. 217 da Constituição Federal",

e

"Art. 24. Os órgãos da Justiça Desportiva, nos limites da jurisdição territorial de cada entidade de administração do desporto e da respectiva modalidade, têm competência para processar e julgar matérias referentes a infrações disciplinares e competições desportivas, praticadas por pessoas físicas ou jurídicas mencionadas no artigo 1º".

Instituída pelo art. 217 da Constituição Federal e regulada pela LGSD, a Justiça Desportiva não integra a nominata dos órgãos do Poder Judiciário, referida no art. 92 da Constituição. Mas, a mesma Carta Magna que determinou caber ao Poder Judiciário tutelar os bens jurídicos em geral, preservando a segurança jurídica dos cidadãos ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), dotou a Justiça Desportiva de autonomia e independência e determinou sua competência para assegurar a salvaguarda e segurança dos bens jurídicos referentes à disciplina e organização desportiva. Por via de consequência, concluiu-se que os auditores indicados na forma do art. 55 da LGSD exercem função delegada pela própria Constituição, o que lhes aumenta, ainda mais, a responsabilidade judicante desportiva.

II - PRINCÍPIOS DISCIPLINARES

O direito de punir e a Justiça Desportiva

A instituição da Justiça Desportiva decorre do ordenamento jurídico-desportivo Pátrio que estabelece os fundamentos da sua competência e do seu funcionamento, tendo por objetivo a preservação do direito de cada um à prática desportiva, observado o respeito à disciplina e à organização no desporto formal.

O direito de punir é próprio do Estado, que através dos órgãos competentes e obedecidas as prescrições legais específicas, reprime as atitudes antijurídicas. Neste sentido, diz-se que a sanção penal tem o papel de punir o autor da infração e, através de exemplificação punitiva, evitar novos delitos pelo mesmo ou por outros agentes. A punibilidade é, pois, o direito e o dever de impor a pena prevista a quem haja violado, transgredido, determinada disposição.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

No Direito Desportivo, a previsão constitucional concedeu aos órgãos da Justiça Desportiva o poder de aplicar as sanções correspondentes às violações à disciplina e à organização do desporto, razão pela qual o Código Brasileiro de Justiça Desportiva dispõe (art.153) que "*É punível toda infração disciplinar, tipificada neste Código*" e, em seu artigo 2º, determina a observância a 14 princípios, dos quais se fará menção adiante.

A proteção dos bens jurídico-desportivos refere-se exclusivamente ao desporto formal, pois que a disciplina e a organização desportivas só existem nesta forma de prática, que nos termos da LGSD é "*...regulada por normas nacionais e internacionais e pelas regras de prática desportiva de cada modalidade, aceitas pelas respectivas entidades nacionais de administração do desporto*"(art.1º,§1º), enquanto que a "*...prática desportiva não-formal é caracterizada pela liberdade lúdica dos seus praticantes*"(art. 1º,§2º).

No Direito Desportivo há que se distinguir duas espécies de infrações: *infrações às regras do jogo* e *infrações às normas desportivas em geral*.

Infrações às regras do jogo – são as violações às regras e normas específicas de cada modalidade, impedindo o desenvolvimento normal do desporto formal, seja individual ou coletivo. Essas regras e normas são determinadas pelas respectivas entidades dirigentes internacionais e nacionais, constando dos regulamentos das competições a que se referem. Cabe ao árbitro, ou a quem lhe faça às vezes, aplicar a sanção prevista para cada caso de violação, e sua decisão é final quanto ao aspecto técnico propriamente dito, ou seja, não pode ser alterada. Mesmo na ocorrência de *erro de direito* por parte do árbitro, sua decisão não será modificada – comprovado o erro de direito, poderá o órgão judicante competente tão somente anular a partida, prova ou equivalente.

À Justiça Desportiva, nos casos de ocorrência de *infrações às regras do jogo*, compete processar e julgar os efeitos disciplinares dessas infrações, tenha havido ou não decisão do árbitro a respeito. (O CBJD admite a utilização de provas que até mesmo contrariem a narrativa do árbitro ou comprovem fatos antidesportivos por ele não descritos e informados).

Infrações às normas desportivas em geral – também chamadas de transgressão à conduta desportiva, podem ser definidas como todas as demais violações, por ação ou omissão, à disciplina e à organização do desporto. Enquadram-se nesta categoria, por exemplo, as ações e omissões referidas nos Títulos VII e VIII, Livro II, do CBJD, cabendo à JD os respectivos processos e julgamentos e, nos termos do art. 48, §2º, da LGSD, proferir decisão final nestes e em outros casos tipificados de infração às normas do desporto, tais como os de suspensão, desfiliação ou desvinculação aplicados por entidades de administração ou de prática desportiva.

OS PRINCÍPIOS

Legalidade - Este é, sem dúvida alguma, o mais importante dos princípios elencados no art. 2º do CBJD, pois assegura o pleno cumprimento do disposto no art. 5º da CF, incisos XXXIX ("*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*"), XL ("*a lei penal não retroagirá salva para beneficiar o réu*"), XLVI ("*a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos*"), LIII ("*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*"), LIV ("*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*"), LV ("*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados*

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"), LVI (*"são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos"*), LVII (*"ninguém será considerado culpado até o trâmite em julgado de sentença penal condenatória"*), LX (*"a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem"*).

São dois os aspectos do Princípio da Legalidade: o da *legalidade formal* e o da *legalidade material*.

Legalidade formal

A *legalidade formal*, também chamada de *princípio da reserva legal*, está claramente estabelecida no art. 217, §§1º e 2º, da CF, que ao instituir a Justiça Desportiva remeteu sua regulação à lei ordinária – no caso, a Lei Geral Sobre Desportos. Esta, em seu artigo 50, *caput*, determina a competência do CBJD quanto à definição da organização, funcionamento e atribuições da Justiça Desportiva, limitadas, nos termos constitucionais, ao processo e julgamento das infrações disciplinares e às competições desportivas. O parágrafo primeiro do citado artigo relaciona onze tipos de sanções aplicáveis aos desportistas; o parágrafo segundo ressalva que menores de catorze anos não estão sujeitos àquelas penas, enquanto o parágrafo terceiro excepciona das penas pecuniárias os atletas não-profissionais. O CBJD, Livro II, por sua vez, dispõe sobre as medidas disciplinares, especificando aquelas disposições constitucionais e legais.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (*"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*, (art. 5º, II); *"O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei"* (art. 217,§1º), a LEI GERAL SOBRE DESPORTOS (art.1º,§1º, e art. 50) e o CÓDIGO BRASILEIRO DE JUSTIÇA DESPORTIVA constituem o *princípio da reserva legal* do Direito Desportivo Brasileiro.

Legalidade material

O segundo aspecto do Princípio da Legalidade é o da *legalidade material*, ou *princípio da tipicidade*. Dando forma, relativamente ao desporto, ao dispositivo constitucional do art. 5º, XXXIX, (*"não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"*), o CBJD dispõe que *"É punível toda infração disciplinar, tipificada no presente Código"* (art.153), definindo, no art. 156: *"Infração disciplinar é toda ação ou omissão anti-desportiva, típica e culpável"*. Nos dispositivos subsequentes estão explicitadas as condições em que tais ações ou omissões constituem violação a ser punida pela Justiça Desportiva.

Ampla defesa e contraditório - É o princípio constitucional que assegura a todos os litigantes a produção de alegações, provas e fatos capazes de elidir, desmentir as acusações que lhe foram feitas, bem como proteger os seus direitos.

Dispõe o CBJD (art.56) que *"Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos alegados no processo desportivo"*.

Uma das inovações do CBJD diz respeito à súmula e relatório de árbitros, auxiliares e representantes da entidade promotora do evento desportivo. A teor do art. 58, *a presunção de veracidade* de tais documentos *servirá de base para a formulação de denúncia pela procuradoria ou como meio de prova, não constituindo verdade absoluta*. Em outras palavras, é possível contraditar a narrativa do árbitro constante da súmula do evento desportivo, ou comprovar fatos antidesportivos por ele não informados, utilizando-se dos meios de que trata o citado art. 56.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Celeridade, oralidade, economia processual – A Justiça Desportiva tem o prazo constitucional de sessenta dias a partir da citação dos indiciados - que é quando se inicia o processo - para proferir decisão final, assegurada a ampla defesa e contraditório. O processo e julgamento das ações na Justiça Desportiva obedecem ao *rito sumário*, no qual são dispensadas certas formalidades essenciais ao *rito ordinário*, para que seja rigorosamente respeitado o prazo constitucional.

Impessoalidade, independência, proporcionalidade, motivação, moralidade, razoabilidade. - A justa aplicação da pena exige que o julgador disponha não apenas dos subsídios fático-probantes do caso em espécie, mas especialmente, de conhecimentos jurídico-desportivos capazes de permitir-lhe uma correta avaliação da caracterização da infração. Neste sentido, deverá haver-se impessoalmente e com independência, ou seja, sem pré-julgamento em relação ao indiciado ou à infração cometida; também deverá proferir sua decisão motivadamente (está alijado o "*voto com o Relator*", na Justiça Desportiva), aplicando a pena de forma proporcional à ação infratora, ao momento e à forma como ocorreu, atendo-se à razoabilidade da sanção e ao objetivo maior que é o da moralização (no sentido de preservação do *fair play*, da disciplina e da organização desportiva).

Oficialidade, publicidade – A Justiça Desportiva utiliza-se, para processar e julgar as infrações de sua competência, do procedimento tipificado como *processo sumário*, que não prescinde de princípios como o da ampla defesa e contraditório, da emanação formal dos atos pela autoridade competente (p.e., citações e intimações) com obediência às respectivas prescrições e, também, da devida divulgação dos atos processuais pela forma e meios pré-estabelecidos, de maneira a colocar as informações necessárias ao atendimento, pelos litigantes em cada processo, do chamado da Justiça Desportiva e de suas decisões, disponibilizando essas informações a todos os desportistas sujeitos ao CBJD.

III - INFRAÇÕES E SANÇÕES DESPORTIVAS

Dispõe o CBJD:

"Art. 156. Infração disciplinar, para os efeitos deste código é toda ação ou omissão anti-desportiva, típica e culpável.

*Parágrafo único. A omissão é juridicamente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe precipuamente a quem:
I - tenha por ofício a obrigação de velar pela disciplina ou coibir violências ou animosidades;*

II - com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado."

A infração é, pois, qualquer violação ou desobediência aos bens jurídico-desportivos. Constituem esses bens as regras do jogo de cada modalidade, as normas que complementam essas regras, os regulamentos das competições, as disposições referentes à autonomia e independência das entidades desportivas e da Justiça Desportiva, as decisões definitivas proferidas pelos órgãos judicantes desportivos, a disciplina, o *fair play*, o respeito ao adversário e ao público, a organização dos eventos desportivos. São também infrações à ordem desportiva o não-cumprimento de obrigação relacionada ao desporto, e o deixar de fazer ou não fazer alguma coisa a elas relacionada.

No âmbito do Direito Desportivo, as infrações podem ser *às regras do jogo* ou *às normas desportivas em geral*.

Infração às regras do jogo

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

São violações às disposições próprias de cada modalidade, cometidas durante a realização do evento desportivo. Compete ao árbitro aplicar a correspondente sanção técnica no momento em que a infração ocorrer, segundo as disposições estabelecidas nas respectivas regras do jogo e no regulamento da competição.

No transcorrer do evento desportivo, o árbitro – ou quem lhes fizer as vezes – não está representando a Justiça Desportiva, mas sim a entidade dirigente proprietária das regras da modalidade. Assim, as decisões da arbitragem referentes à interpretação dada quanto à existência ou não de determinada infração são finais, não tendo a Justiça Desportiva competência para modificá-las. Caso ocorra *erro de direito* (p.e., autorizar a realização de uma partida de vôlei com uma bola de futebol de salão; ou uma partida de basquete com um dos aros tendo diâmetro menor que o outro), a partida poderá vir a ser anulada pela Justiça Desportiva e o árbitro penalizado por inobservância das regras do jogo.

O árbitro aplica *sanções técnicas* como advertências, expulsão do campo de jogo ou mesmo suspensão da partida, prova ou equivalente. Com base nas informações por ele prestadas no documento próprio de cada modalidade para tal fim, e em outras provas admitidas pelo CBJD (Livro I, Título III, Capítulo VIII), a Justiça Desportiva processa e julga os fatos em espécie e aplica, ou não, as correspondentes *sanções disciplinares*. Compete ao árbitro, portanto, descrever claramente em seu relatório, súmula ou documento correspondente, os motivos que o levaram a aplicar as sanções técnicas em causa, fornecendo detalhes essenciais como tempo de jogo, a ocorrência anormal, a falta cometida, nome do faltoso e, no caso de agressão física ou moral, quem foi vítima da infração e de que forma ela ocorreu.

Não há duplicidade ou *bis in idem* na aplicação ao mesmo infrator de *sanção técnica* e *sanção disciplinar*: a primeira ele a recebeu por infringir determinada regra do jogo e a segunda foi-lhe imposta pela Justiça Desportiva porque aquela infração cometida violou determinado bem jurídico-desportivo.

Nem toda *sanção técnica* é passível de processo e julgamento pela Justiça Desportiva – p.ex., numa partida de futebol, participar de jogada estando impedido é uma infração técnica cuja sanção, o tiro livre direto contra a equipe do infrator, esgota a punição. Diferentemente ocorre com a agressão física cometida durante a partida: além da *sanção técnica* aplicada pelo árbitro - a expulsão do agressor do campo de jogo -, será ele processado e julgado pela Justiça Desportiva por transgredir bens jurídico-desportivos como a disciplina e o respeito ao adversário.

No Direito Pátrio temos situações semelhantes como, por exemplo: ao seguir adiante estando o sinal vermelho, o motorista choca-se contra outro veículo. Ele será processado por violação à disposição específica do Código Nacional de Trânsito, que determina o respeito àquele sinal, podendo ser acionado civilmente para reparar os danos causados ao outro carro, e, ainda, se o acidente houver provocado morte, poderá ser processado penalmente. Em outra situação, a entidade de prática desportiva que houver deixado de pagar corretamente por três meses ou mais os salários de atleta profissional, poderá ser condenada pela Justiça do Trabalho à quitação dos valores devidos corrigidos monetariamente, ao cumprimento do disposto no art. 479 da C.L.T. e no pagamento da cláusula penal prevista no art. 28 da LGSD.

Infração às normas desportivas em geral

São todas as violações aos bens jurídico-desportivos cometidos fora da disputa da partida, jogo, prova ou equivalente. Constituem *infrações às normas desportivas em geral* as relacionadas no Livro II, Títulos VII e VIII do CBJD.

IV - OS TIPOS DE INFRAÇÕES E AS RESPECTIVAS SANÇÕES

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

O CBJD considera que as transgressões à disciplina e à organização desportiva podem ser tipificadas, segundo a sua gravidade, como *infrações leves*, *infrações médias*, *infrações graves*, estabelecendo para cada uma delas as sanções correspondentes, aqui referidas em ordem alfabética: advertência, eliminação, exclusão do campeonato ou torneio, indenização, interdição da praça de desportos, multa, perda de pontos, perda de renda, perda do mando de campo, suspensão por partida, suspensão por prazo.

Infrações Leves – São ações ou omissões que, por sua natureza ou em razão de atenuantes, não representam uma ofensa maior à organização ou à disciplina desportivas, embora devam ser punidas. Exemplos: o jogador reclamar por gestos ou palavras contra decisão da arbitragem (art.251); o árbitro deixar de comparecer ao local destinado ao evento desportivo sem justo motivo (art. 262); a entidade dirigente ou de prática deixar de cumprir obrigação assumida em qualquer documento referente ao desporto (art.232); deixar de devolver os autos processuais à Secretaria do Tribunal (art.230).

Infrações Médias – ***Têm esta característica, por exemplo, a ofensa moral (art. 187) e as demais infrações relacionadas no Capítulo II, Título VII do Livro II; a utilização de propaganda proibida em uniforme de competição (art.194); a inclusão de atleta sem a necessária condição legal de jogo (art.214); a admissão ao exercício de cargo ou função, na mesma modalidade, de quem estiver cumprindo pena disciplinar (art. 227); a participação do atleta em rixa, conflito ou tumulto durante a partida, prova ou equivalente (art.257); a não - conferência pelo árbitro do documento de identificação das pessoas físicas constantes da súmula ou equivalente (art.264).***

Infrações Graves – ***Enquadram-se neste tipo aquelas ações ou omissões que pressupõem, por parte de seus autores, desprezo seja à ordem desportiva em geral, seja em relação às respectivas autoridades, ao espírito da competição, à organização desportiva e a seus resultados, ou, ainda, à própria finalidade do esporte, que é a de permitir um desenvolvimento sadio dos seus praticantes.***

As infrações graves situam-se em três campos distintos, todos compondo o mesmo quadro de violência genérica: a agressão física, o suborno e a dopagem. Em qualquer de suas manifestações, a infração grave, quando dolosa, evidencia um comportamento antiético, de profundo desrespeito às regras e normas de conduta em sociedade, e a utilização dessa ou daquela modalidade desportiva apenas como forma de extravasamento de interesses escusos. Neste sentido, o CBJD equipara a participação efetiva do agente à omissão – pois tanto é infrator grave o que comete a violação propriamente dita quanto aquele que, podendo e devendo evitá-la, manteve-se silente ou omisso, contribuindo assim, positivamente, para que o infrator alcançasse seu objetivo.

Por sugestão do Conselho Nacional do Esporte foi acrescido ao CBJD o artigo 284: “Após o trânsito em julgado das decisões condenatórias, serão elas remetidas, quando for o caso, aos respectivos órgãos de fiscalização do exercício profissional, para as providências que entenderem necessárias”. A expressão “quando for o caso” refere-se, claramente, às infrações graves, eis que nelas é que pode ocorrer desrespeito aos respectivos Códigos de Ética. Um profissional de Educação Física que agrida fisicamente outro desportista no decorrer de uma partida ou equivalente, um advogado que participe de algum esquema de corrupção

visando alterar o resultado de competição, um médico que ministre substância proibida a um atleta, com o objetivo de alterar ou mascarar sua performance, ou, nos exemplos dados, aqueles que se omitiram no dever de agir para evitar que tais fatos acontecessem cometeram, além de infrações à ordem e disciplina desportivas, atos lesivos ao patrimônio jurídico de suas profissões. Ao determinar que nessas situações os respectivos órgãos fiscalizadores do exercício profissional sejam informados da decisão condenatória havida, o CBJD dá uma contribuição efetiva para diminuir a ocorrência de infrações graves no desporto.

V - DA APLICAÇÃO DA PENALIDADE

- Circunstâncias atenuantes
- Circunstâncias agravantes
- Da reincidência
- Do concurso de pessoas

Dentre as condições essenciais da efetividade da sanção, quer no âmbito do Direito Penal, quer na esfera do Direito Desportivo, a celeridade processual é das mais importantes. Uma Justiça morosa induz ao cometimento infracional e à sua repetição e, até mesmo, ao desprezo para com o poder sancionador, para com o segmento social no qual o fato delituoso aconteceu e, por extensão, para com o conjunto da sociedade.

No que diz respeito à Justiça Desportiva, a demora na aplicação das correspondentes penas disciplinares pode, além do mais, tumultuar a própria organização da competição. Em determinadas modalidades, nas quais os eventos desportivos são realizados com intervalos de poucas horas, essa demora equivaleria a um boicote ao evento.

O constituinte obrou com propriedade ao estabelecer o prazo de sessenta dias, contado da instauração do processo, para que haja decisão final nesta Justiça. Neste sentido, o CBJD previu prazos próprios, inferiores aos geralmente praticados pelo Poder Judiciário - mas que garantem o exercício dos direitos fundamentais dos litigantes e indiciados - e, paralelamente, estabeleceu penas compatíveis com a preservação do *jogo limpo* e do *espírito desportivo*, fixando sanções pesadas para aquelas violações que devem ser, definitivamente, banidas do desporto e da própria sociedade: a violência física, a corrupção, a dopagem, não por acaso três dos grandes flagelos da humanidade neste início do Século XXI.

Faz-se igualmente importante, ao lado da presteza na punição, o saber punir. É aqui que ressalta o papel do auditor, a quem compete a administração concreta do poder sancionador desportivo. O CBJD, elaborado por um grupo de especialistas nesta área do Direito, prevê uma série de instrumentos processuais capazes de auxiliar esta atribuição do julgador. Com efeito, no Livro II, Título IV, Capítulo II, estão estabelecidas as condicionantes a serem seguidas quando da aplicação da pena em concreto.

O art. 178 faz referência aos limites mínimo e máximo da pena, a gravidade da infração e sua repercussão tanto na esfera desportiva propriamente dita, quanto no contexto social no qual está inserida a disputa onde se originou o fato em exame. Também devem ser considerados os meios de que se utilizou o agente para cometer a infração, os motivos que o levaram a delinquir, seus antecedentes desportivos e as circunstâncias agravantes ou atenuantes do ato. Há um sub-texto que ressalta do citado dispositivo: a maior ou menor projeção desportiva e social do infrator. Relativamente a este aspecto observe-se que, sendo o infrator dirigente

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

desportivo ou membro da Justiça Desportiva, atleta ou profissional laureado, sua ação deve ser considerada sob este prisma, nos termos do inciso V, a fim de que sua pena venha a ser agravada. Afinal, o exemplo dos que têm responsabilidade e/ou projeção decorrente de sua atividade desportiva deve ser, sempre!, o mais positivo sob todos os pontos de vista, dada a repercussão social do desporto e o seu efeito multiplicador entre os torcedores, especialmente os jovens em formação.

A sanção tem a múltipla função de fazer respeitar a disciplina e a organização desportiva, punir aquele que violou algum bem jurídico-desportivo, servir de exemplo para que o mesmo agente e outros desportistas não cometam essa ou outra violação à ordem desportiva. Nos termos do art. 157, ela pode ser *consumada, tentada, dolosa ou culposa*:

- diz-se infração "*consumada, quando nela se reúnem todos os elementos de sua definição*" (157, I). Exemplo: o desferimento, pelo jogador A, de um soco no jogador B, atingindo-o no rosto;

- é infração "*tentada quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente*" (II). Em revide à ação do jogador A, que feriu seu companheiro, o atleta C quis agredi-lo a pontapés, tendo sido seguro por outros jogadores. Ele tentou, mas não conseguiu agredir;

- "*dolosa, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*" (III). No exemplo dado, A quis agredir seu adversário – e o fez através de um soco;

- "*culposa, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia*" (IV). Um ciclista que participe da prova "Volta à Ilha", promovida pela entidade dirigente regional, utilizando-se de uma bicicleta equipada com recursos técnicos desconhecidos para ele, e que ao tentar trocar de marcha aciona os freios provocando um acidente do qual resultem lesões em competidores da sua e de outras equipes, enquadra-se na categoria de infrator culposos.

A tentativa de infração é punível "*...com a pena correspondente à pena consumada, reduzida da metade*" (157, §1º), devendo ser considerada, também, a ocorrência do previsto no §2º, *a impossibilidade da consumação da infração*. Exemplo dessa impossibilidade: o atleta C, seguro por três ou quatro companheiros, e a cinco metros de distância, querer agredir o atleta A.

Ao examinar os fatos com vistas à tipificação da sanção a ser aplicada, deve o auditor levar em conta, também, outros aspectos como, por exemplo, o fato de o agente, por vontade própria, haver desistido de praticar a infração (art.158); as ofensas terem sido dirigidas a uma pessoa, confundida pelo agente com outra (art.159); o cometimento da infração haver sido por ordem de superior hierárquico, nas condições previstas pelo art. 160. A análise pode, por outro lado, comprovar o exposto no art. 161, ou seja, que a ofensa física causada por J em L, durante o evento desportivo, ocorreu quando ele buscava se esquivar das cotoveladas que este lhe dava.

Devidamente instrumentalizado com as caracterizações das infrações, passa o auditor a examinar os casos concretos, voltando-se para o disposto no art. 179 e seguintes – as *circunstancias agravantes e as atenuantes*.

Diz-se *circunstância agravante* à situação ou conjunto de fatores que tornam a infração ainda mais grave, seja pela participação de mais de um agente (art. 179,I), ou por quaisquer das demais referências constantes dos incisos II a VI desse artigo. Obviamente que a violação da ordem desportiva cometida por um dirigente de entidade é mais grave do que a violação ao mesmo dispositivo, causada por um subordinado seu.

Como "*...instrumento ou objeto lesivo*"(II) podem ser entendidos o uso de armas em geral, inclusive as chamadas armas brancas, os perfuro- cortantes e rojões e

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

foguetes, todos facilmente encontráveis na posse de grupos conhecidos em algumas das "torcidas organizadas" que pululam em nossos estádios. Entendo que **se** essas organizações obtêm ingressos e outras facilidades das entidades desportivas das quais se dizem fãs, **esse** é o elo legal que enquadra seus integrantes como abrangidos pelo disposto no artigo 1º do CBJD("...*a que ficam submetidas, em todo o território nacional, as entidades compreendidas pelo Sistema Nacional do Desporto e todas as pessoas físicas e jurídicas que lhes forem direta ou indiretamente filiadas ou vinculadas*" – sem omissão e sem sublinhado, no original).

O inciso III trata da possibilidade de a ação delituosa levar à prática de infração mais grave. Isto ocorreria, por exemplo, se durante uma partida de futsal realizada em ginásio sem proteção entre o campo de jogo e as arquibancadas, um dirigente, inconformado com a marcação de uma falta contra sua equipe, sair de sua área técnica e, aos brados, invectivar contra a arbitragem. Esta atitude é incentivadora à invasão da quadra por torcedores, gerando, assim, um tumulto de proporções consideráveis.

O disposto no inciso IV ("*ter causado prejuízo patrimonial ou financeiro*") serve como uma chamada à responsabilização efetiva dos que se acostumaram, impunemente, a provocar destruição de instalações nos estádios e equipamentos pertencentes às entidades, ou bens de agentes desportivos tais como atletas, árbitros, dirigentes.

O inciso VI do art. 179 faz referência à reincidência do agente, deixando ao alvedrio do julgador a distinção entre *reincidência específica* (isto é, quando a infração ora em julgamento é a mesma cometida pelo agente, em ocasião passada), ou *reincidência genérica* (ou seja, infrações distintas entre si, esta e aquela). Deve, todavia, o auditor observar o disposto nos §1º (que conceitua o que é reincidência) e §2º (que a limita no tempo).

Na apreciação das agravantes há que ser levado em conta, ainda, a própria repercussão desportiva e social do ato delituoso, dado que o desporto é, inegavelmente, uma forma ansiada de inclusão e promoção social.

O artigo 180 estabelece as circunstâncias que *atenuam* a penalidade a ser imposta:

I - *ser o infrator menor de 18 anos, na data da infração*. Temos aqui uma imposição legal, referente à menoridade. O auditor deve ter em conta a realidade dos fatos, ao sopesar esta atenuante – não se pode, do ponto de vista do apenamento desportivo, tratar como se fossem iguais dois atletas de 17 anos, ambos profissionais, um dos quais tendo celebrado contrato de trabalho desportivo por R\$ 500,00/mês, e o outro com salário de R\$ 70 mil, tendo sido convocado para integrar uma das seleções nacionais da modalidade. O segundo atleta tem maior responsabilidade social que o primeiro, razão pela qual a atenuante deva ser proporcional a este fato.

II e III – "*ter o infrator prestado relevante serviço ao desporto*" e "*ter sido o infrator agraciado com prêmio conferido na forma das leis do desporto*". Entendo que tais dispositivos só podem servir como atenuante no primeiro apenamento, eis que não foi intenção do codificador criar uma espécie de "*habeas delicto*".

Por outro lado, há que se estabelecer corretamente o significado de "relevante serviço ao desporto". O fato de o infrator haver chefiado a delegação de determinada modalidade a uma competição de expressão mundial, ou dela participar como membro ou atleta, não se enquadra como aspecto atenuante, mesmo que a equipe haja alcançado um cobiçado título. Pelo contrário, entendo

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

que a projeção desportiva e social assim alcançadas não são excludentes ou atenuantes, mas agravantes.

IV – Este inciso aclara o conceito de *primariedade* e, por oposição, o de *reincidência*: é primário quem não haja sofrido punição nos dois anos anteriores à data do julgamento.

V - Se o ato infracional ocorreu em decorrência de ofensa à honra e/ou à moral do infrator, o julgador há de atenuar a pena a ser-lhe aplicada em concreto, procedendo da mesma forma no caso em que, como previsto no inciso VI, o agente confessa haver sido ele o infrator, e não uma terceira pessoa.

O art. 181 estabelece que compete ao julgador decidir, face às circunstâncias atenuantes e agravantes, qual a dosimetria correta em cada caso, enquanto que o art. 182 determina que, obrigatoriamente, será reduzida pela metade a pena em concreto quando o infrator for atleta não-profissional.

O artigo 183 trata do *concurso de infrações*, situação na qual mediante uma só ação são cometidas duas ou mais infrações: o dirigente, ao mesmo tempo em que se nega a receber intimação da Justiça Desportiva, ofende moralmente seus auditores através de emissora de rádio. Neste exemplo, as penas correspondentes são a do art. 188 (quanto ao desrespeito pelo não recebimento da intimação) – suspensão de 30 a 180 dias), e a do parágrafo único desse artigo (haja vista que a manifestação ofensiva deu-se através da rádio) - suspensão de 60 a 360 dias. Prevalece, pois, a do parágrafo único.

O art. 184 prevê a cumulatividade de penas quando da ocorrência de duas ou mais infrações através de uma ou mais ações ou omissões, situação que pode ser assim exemplificada: um dirigente invade o campo de jogo e agride o árbitro. O treinador da sua equipe, que poderia haver impedido a invasão e a agressão, não o fez. No primeiro caso, a infração deu-se por ação; no segundo, por omissão. Na análise dos fatos, o auditor sopesará as circunstâncias em que as infrações ocorreram levando em conta, nos exemplos dados, que o dirigente **quis** o resultado de suas ações (invadir o campo e agredir o árbitro), tendo a agravante do dolo, enquanto que em relação ao treinador há que ser perquerido se ele se omitiu *dolosa* ou *culposamente*.

O CBJD deixa a critério do julgador estabelecer a ocorrência e *crime continuado* – definido como o conjunto de ações ou omissões que resultam de uma mesma intenção de delinquir. Nesta concepção, e aproveitando o primeiro exemplo dado, para poder agredir o árbitro o dirigente tinha que invadir o campo de jogo, enquanto que as omissões do treinador seguem a mesma linha de pensamento – não ter impedido a invasão da quadra pelo dirigente teve com consequência a agressão física perpetrada.

Mais uma vez se destaca, assim, o papel da formação cultural e ética do auditor como forma de espargimento da correta e justa Justiça Desportiva.

O Capítulo I do Título VII, Livro II, do CBJD trata das ofensas físicas, subdividindo-as em *agressão física* e *ato hostil*.

Agressão física, para o CBJD, é a violência material, concreta, contra pessoa vinculada à entidade ou Justiça Desportiva, contra árbitro ou contra desportista em geral. Por se constituir ao lado da corrupção e da dopagem como forma de *infração grave*, a pena de suspensão prevista para os casos de agressão física vai de 120 a 720 dias.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

É importante destacar que na filosofia do CBJD a *cusparada* é considerada como forma de agressão física, seja pela repulsa do ato em si, seja pelas conseqüências danosas que possa causar à saúde do atingido. Pessoalmente, defendo que a chamada *injúria real* deva ser considerada como agravante na aplicação da pena.

Ato hostil – é a ação que, embora violenta por gestos ou palavras, não se materializa em agressão física. As penas aplicáveis (art.186) vão de sessenta a quatrocentos e oitenta dias, pois que o *ato hostil* é uma forma agressiva de transgressão da ordem desportiva. Como geralmente é cometido em público, sua punição rigorosa atende à necessidade social da exemplificação do infrator.

As *ofensas morais* (artigos 187, 188 e 189) podem ser: *ofensas morais propriamente ditas*, oriundas de palavras que ferem a honra e a dignidade pessoal, familiar ou social do atingido; *manifestação desrespeitosa*, caracterizada por alusões, insinuações ou afirmações dúbias; e *atribuição de fato inverídico*.

Dispõe o parágrafo único do art. 188 que a *manifestação desrespeitosa* praticada através da mídia impressa ou eletrônica é considerada como agravante. A intenção é a de que os desportistas em geral pensem antes de proferir as chamadas declarações 'impensadas', nas quais disparam – qual metralhadora giratória – improperios contra tudo e contra todos, em especial contra árbitros e dirigentes federativos.

VI - A RESPONSABILIZAÇÃO NA INFRAÇÃO DE MENOR DE 14 ANOS

- Da orientação pedagógica
- Da responsabilização na reincidência

A partir das disposições da Constituição Federal referentes ao adolescente (art. 7º, XXXIII; art. 227), e em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a legislação desportiva contempla a sua proteção através do art. 162, que estabelece que "*Os menores de quatorze (14) anos são considerados desportivamente irresponsáveis*", apresentando, então, uma inovação, pela qual esses desportistas estão, apenas, "*...sujeitos à reorientação de caráter pedagógico que deverá constar no regulamento da competição*"(art. 162, segunda parte).

A inovação originou-se nas experiências exitosas dos sistemas desportivos estaduais do Paraná e de Santa Catarina, cujos Códigos implantaram o acompanhamento pedagógico há alguns anos, obtendo-se resultados altamente positivos na reorientação dos menores e na conseqüente superação das atitudes antidesportivas por eles cometidas.

Levando em conta a quantidade de modalidades do desporto formal (segundo Álvaro Melo Filho, eram 96 em 2003) e as peculiaridades de cada uma delas, os autores do CBJD, prudentemente, remeteram aos respectivos regulamentos de competição a forma como se dará essa *reorientação pedagógica*. Compete aos órgãos da Justiça Desportiva da modalidade da qual participem menores de 14 anos supervisionar a constituição das comissões de reorientação pedagógica. Embora não conste do texto codificado, esta responsabilidade deflui do disposto no art.1º, combinado com a competência estabelecida no art. 24, ambos do CBJD.

O parágrafo único do art. 162 traz outra inovação ao responsabilizar o técnico e o representante legal do menor infrator-desportivo caso "*....não tenham sido adotadas as medidas cabíveis para reorientar e inibir novas infrações*". Estando em contacto direto com o menor e servindo-lhe de paradigma, o técnico desportivo assume uma função tão importante quanto nobre – a da complementação da formação do menor, competindo-lhe zelar por sua conduta e reorientação. Por esta

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

razão, entendo que devem os profissionais desta área se organizar para atuar de forma mais efetiva no acompanhamento dos atletas menores e, especialmente, deixar de lados 'métodos de incentivo' do gênero "pega!", "mata a jogada!", "futebol é pra homem!", e outras assemelhadas.

Marcilio Krieger

Advogado (1963) pela Universidade Federal de Santa Catarina. Desde 180 milita no Direito Desportivo, como advogado de atletas e de entidades desportivos. Autor de COMENTARIOS AO CÓDIGO BRASILEIRO DISCIPLINAR DO FUTEBOL/CBDF, Forense, Rio, LEI PELÉ E LEGISLACAO DESPORTIVA BRASILEIRA ANOTADAS, Forense, Rio. Participou de diversos eventos promovidos pela Câmara dos Deputados e Senado, ligados ao desporto, bem como de palestras, conferências e debates em vários Estados tendo por referência a legislação desportiva. Presidente do Tribunal de Justiça Desportiva do Sistema Catarinense de Desporto e do Instituto Catarinense de Direito Desportivo. Membro da Comissão de Estudos de Direito Desportivo da OAB/SC, Conselheiro do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo Participante da lista ceveis de discussão sobre Direito e Justiça Desportivos, Membro da Comissão Especial que redigiu a proposta do Código Brasileiro de Justiça Desportiva- CBJD e Membro da Comissão de Estudos Jurídicos-Desportivos do Ministério do Esporte.

Un vistazo a los órganos jurisdiccionales deportivos en el fútbol mundial

Por Antonio Villegas Lazo

Todo el mundo jurídico del deporte está atento a lo que ocurra este 20 de marzo con la vista de la causa en el juzgado comercial de Charleroi, en el proceso seguido por el RSC Charleroi contra la FIFA, por considerar que la normatividad del ente rector del fútbol mundial en cuanto a la liberación de jugadores para las selecciones nacionales es ilegal, ya que obliga a los clubes a ceder a sus jugadores –que también sus trabajadores- sin ninguna retribución a cambio y asumiendo todos los riesgos en caso de que éstos resulten lesionados.

Por eso, creemos oportuno dar un vistazo a los órganos jurisdiccionales deportivos del fútbol mundial. Básicamente, entonces, veremos los órganos jurisdiccionales de la FIFA, por un lado, y el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAD, más conocido por sus siglas francesas TAS, que son las que usaremos), por el otro, puesto que su jurisdicción está reconocida por el ente federativo del fútbol mundial. Debemos adelantar que la FIFA no prohíbe totalmente el acudir a los tribunales ordinarios. Así, el Art. 61, numeral 2 de los Estatutos de la FIFA dice: “Se prohíbe el recurso ante tribunales ordinarios, a menos que se especifique en la reglamentación FIFA”. Tal posibilidad sería la de acudir a un tribunal laboral, por ejemplo, siempre que no se haya iniciado un procedimiento en un órgano competente de la FIFA o de sus miembros.

En relación con lo establecido en el numeral 2, el numeral 3 del mismo artículo establece: “En aplicación de lo que precede, las asociaciones deberán incluir en sus estatutos una disposición según la cual sus clubes y miembros no podrán presentar una disputa ante los tribunales ordinarios, y deberán someter cualquier diferencia a los órganos jurisdiccionales de la asociación o confederación o de la FIFA”.

Por eso, es necesario saber cuáles son estos órganos jurisdiccionales. La FIFA, reconoce a 2, pero en realidad, además de ellos, hay otros órganos y

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

comisiones que en determinadas materias también realizan funciones jurisdiccionales. Hemos decidido incluir a todos ellos, cuidando de señalar cuáles son los órganos jurisdiccionales propiamente dichos, y cuáles son esos otros que también en algún momento pueden realizar función jurisdiccional.

1. ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE LA FIFA.

La Comisión Disciplinaria y la Comisión de Apelación son los órganos que la FIFA reconoce como sus órganos jurisdiccionales.

1.1. ASPECTOS GENERALES DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE LA FIFA.

a) Miembros y sesiones.

El Comité Ejecutivo nombra a los miembros de la Comisión Disciplinaria y de la Comisión de Apelación por un período de 8 años. De entre los miembros –que no tienen número fijo, por lo que contarán con los miembros que necesiten-, el Comité Ejecutivo designa al presidente de cada comisión. Los vicepresidentes son elegidos por los miembros de sus respectivas comisiones por mayoría simple. Los candidatos a la vicepresidencia no votan. Se requiere que el presidente o el vicepresidente de estas comisiones residan en el país donde la FIFA tiene su sede, esto es, en Suiza. La FIFA proclama que los dos órganos jurisdiccionales gozan de absoluta independencia en su labor y no pueden recibir instrucción alguna de otro órgano. Por lo mismo, los miembros de los órganos jurisdiccionales no pueden pertenecer en simultáneo ni al Comité Ejecutivo ni a las comisiones permanentes de la FIFA, como sí se permite en las demás comisiones FIFA.

Las sesiones de la Comisión Disciplinaria y de la Comisión de Apelación se considerarán válidas cuando estén presentes al menos 3 de sus miembros. En estas sesiones no pueden estar presentes miembros de otro órgano de la FIFA, salvo que hubiesen sido expresamente convocados por los órganos jurisdiccionales.

Las sesiones las dirige el presidente; en su ausencia, el vicepresidente, y en ausencia de ambos, el miembro más antiguo de la respectiva comisión. Estas sesiones se llevan a cabo en la sede de la FIFA. La Secretaría General de la FIFA pondrá a disposición del órgano jurisdiccional una secretaria, con el personal necesario, designando al secretario, quien se encargará de la dirección administrativa, redactará las actas de las sesiones y las resoluciones o decisiones

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

adoptadas. Asimismo, se encargará del archivo. Las resoluciones adoptadas y sus respectivos expedientes se deben conservar al menos durante 10 años. El secretario también publica las decisiones adoptadas por el órgano jurisdiccional en la página Web de la FIFA, aunque, por circunstancias excepcionales, podrá decidir que se publiquen determinadas decisiones.

b) Recusación de los miembros de los órganos jurisdiccionales.

Las causales para que las partes planteen la recusación son:

- a) Si el miembro tiene interés directo en el asunto;
- b) Si está vinculado a alguna de las partes;
- c) Si posee la misma nacionalidad que alguna de las partes (el jugador, club, oficial, asociación nacional, etc.);
- d) Si se ha ocupado anteriormente del asunto ejerciendo otra función.

Previamente, los miembros que estén inmersos en estas causales, deben inhibirse dando cuenta al presidente del porqué de su inhibición.

Las actuaciones procedimentales en que hubieran intervenido un miembro recusado, son nulas de pleno derecho. Pero, nótese que los Estatutos de la FIFA no dicen que sean nulas aquellas en que intervino antes de la recusación.

c) Confidencialidad.

Los miembros de las comisiones jurisdiccionales están obligados a guardar secreto sobre todo lo que han tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones, especialmente sobre los hechos juzgados, el contenido de las deliberaciones y las decisiones adoptadas. Únicamente puede hacerse público el contenido de las decisiones, salvo en los casos que las circunstancias no lo aconsejen.

Los miembros de las comisiones jurisdiccionales no incurrir en responsabilidad alguna derivada de los actos u omisiones relacionados con el procedimiento llevado a cabo, salvo en supuestos de falta grave.

d) Idiomas en los procedimientos.

Puede utilizarse cualquiera de los cuatro idiomas oficiales de la FIFA. Si es necesario, la FIFA proveerá un intérprete, cuando una de las partes no entendiera el idioma utilizado o cuando su lengua materna sea distinta a los idiomas oficiales de la FIFA. Las resoluciones se redactarán en cualquiera de los idiomas oficiales,

aunque de preferencia en el materno de la parte promotora del asunto. Si la lengua utilizada en la resolución no es la materna de la persona que aquélla afecta, la asociación nacional a la que pertenece dicha persona deberá ocuparse de la traducción.

1.2. LA COMISIÓN DISCIPLINARIA.

La Comisión Disciplinaria está compuesta por un presidente, un vicepresidente y el número de miembros que se considere necesario (17, actualmente). El presidente y el vicepresidente deben tener formación jurídica¹.

La Comisión toma decisiones en presencia de al menos 3 miembros, aunque en algunos casos el presidente puede tomar decisiones por sí mismo. Sus competencias están establecidas en el Código Disciplinario de la FIFA (en adelante, "Código Disciplinario" o "CD FIFA"). Éstas son:

- a) **Sancionar las faltas graves** que no hubiesen advertido los oficiales de partido;
- b) **Rectificar errores manifiestos** en que pudiera haber incurrido el árbitro al adoptar sus decisiones disciplinarias;
- c) **Extender la duración de una suspensión por partido** que hubiera sido automática como consecuencia de una expulsión. Se refiere a la suspensión debida a una expulsión (tarjeta roja).
- d) **Imponer sanciones adicionales a las decretadas por el árbitro**, por ejemplo, una multa;
- e) El Art. 14 de los Estatutos FIFA también le permite **imponer sanciones a las asociaciones nacionales** suspendidas.
- f) El Art. 7 del Anexo 4 del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de los Jugadores le autoriza a **sancionar a los clubes o jugadores que no cumplan** con las obligaciones del anexo 4 de dicho Reglamento, que se ocupa **de los derechos de formación**.
- g) También puede **imponer una multa** a la asociación nacional que en la Fase de Clasificación o en la Fase Final de la Copa Mundial presente una **protesta infundada o irresponsable**, según lo establece el Art. 14, numeral 5 del Reglamento de la Copa Mundial Alemania 2006.

Por último, el Art. 82 del Código Disciplinario establece que la Comisión Disciplinaria es también competente para sancionar todas las faltas previstas en los

¹ El actual presidente es el suizo Marcel Mathier y el vicepresidente es el bahreiní Salman Al Califa

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Reglamentos de la FIFA que no sean de competencia o que no hayan sido conocidas por otra autoridad de la FIFA.

Por su parte, el Art. 84 del mismo código prevé **las competencias exclusivas del presidente de la Comisión Disciplinaria:**

- a) Suspender a una persona hasta por 3 partidos o por tiempo igual o inferior a dos meses.
- b) Imponer multas en cuantía de hasta 10 000 francos suizos.
- c) Decidir sobre solicitudes de extensión del ámbito de aplicación de sanciones.

Esto tiene que ver con el Art. 142 del mismo código, que se ocupa de la extensión de las sanciones en el ámbito internacional, es decir, se refiere a los casos en que el infractor ha cometido una infracción grave, las cuales son: dopaje, cohecho, actos atentatorios a la incertidumbre de los resultados, violaciones de las disposiciones relativas a límites de edad, graves infracciones contra la integridad física, ofensa a un oficial de partido o falsificación de titulaciones. Si el infractor cometió alguna de éstas, la asociación nacional, Confederación o la entidad deportiva organizadora del evento estará obligada a solicitar a la FIFA que extienda y amplíe en el ámbito internacional las sanciones que ella ya hubiera impuesto. En realidad, la FIFA podrá adoptar la decisión que estime conveniente si es que la entidad no solicita la extensión de la sanción existiendo motivos para haberlo hecho.

- d) Resolver las cuestiones en materia de recusación de miembros de la Comisión Disciplinaria.
- e) Acordar, modificar o revocar medidas provisionales.

En las competiciones finales de la FIFA el presidente de la Comisión puede delegar sus competencias exclusivas personales en la Comisión Disciplinaria en pleno.

1.3. LA COMISIÓN DE APELACIÓN.

Como en la Comisión Disciplinaria, el presidente y el vicepresidente¹ deben tener formación jurídica y no hay número fijo de miembros (ahora son 16). Igualmente, las decisiones se toman en presencia de al menos 3 miembros y en algunos asuntos el presidente puede tomar decisiones por sí mismo. Básicamente,

¹ El actual presidente es el guatemalteco Rafael Salguero y el vicepresidente, el español Fernando Vara de Rey.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

como su nombre lo sugiere, la Comisión de Apelación es competente para revisar las decisiones de la Comisión Disciplinaria que los reglamentos de la FIFA no establezcan como definitivas, así como de las decisiones de la Comisión del Estatuto del Jugador relacionadas con la elegibilidad de los futbolistas para integrar una selección nacional.

Las decisiones de la Comisión de Apelación en la mayoría de los casos son definitivas y vinculantes para las partes. Sin embargo, en algunos quedan reservados los recursos de apelación ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo, como ya tendremos ocasión de estudiar.

Las competencias de la Comisión de Apelación están establecidas en los Art. 85 y 86 del Código Disciplinario.

Según el Art. 85, la Comisión de Apelación es competente para conocer de los recursos interpuestos contra las resoluciones de la Comisión Disciplinaria que no hayan sido declarados definitivos, salvo aquellas cuyo mecanismo de apelación tenga como competente a otro órgano de la FIFA, según la reglamentación establecida.

El Art. 86 establece las competencias exclusivas del presidente de la Comisión de Apelación:

- a) Resolver los recursos contra decisiones relativas a la extensión del ámbito de aplicación de sanciones (es decir, la ampliación de la sanción al ámbito internacional, como ya hemos visto).
- b) Resolver las cuestiones en materia de recusación de miembros de la Comisión de Apelación.
- c) Resolver los recursos contra las decisiones que el Presidente de la Comisión Disciplinaria adoptó sobre medidas disciplinarias y, en su caso, puede confirmarlas, modificarlas o revocarlas.

Por otra parte, también es competente para la apelación que se presente contra la decisión que la Comisión del Estatuto del Jugador haya tomado sobre la solicitud presentada por un jugador menor de 21 años que desee cambiar de asociación nacional.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

De igual forma que su homólogo de la Comisión Disciplinaria, podrá delegar sus competencias personales en la Comisión de Apelación en pleno, con ocasión de una competencia final de la FIFA.

1.4. OTROS ÓRGANOS DE LA FIFA QUE REALIZAN FUNCIÓN JURISDICCIONAL.

Como habíamos adelantado, existen otros órganos de la FIFA que realizan labor jurisdiccional a nivel mundial.

1.4.1. La Cámara de Resolución de Disputas (CRD).

La Cámara de Resolución de Disputas (CRD) es un órgano de la FIFA cuya razón de ser es permitir una rápida y más sencilla solución de los conflictos que se suscitan entre clubes y jugadores. Su competencia es limitada, ya que los asuntos más serios de esta índole son resueltos por la Comisión del Estatuto del Jugador, cuyo presidente, por cierto, es a la vez presidente de la CRD.

La Comisión del Estatuto del Jugador nombra de entre sus miembros a los 2 vicepresidentes de la CRD. El Comité Ejecutivo es el que designa a los restantes miembros de esta Cámara. Por regla general, la CRD constará, además del presidente y los vicepresidentes, con 20 miembros -10 representando los intereses de los jugadores y 10, los intereses de los clubes-. No todos los miembros de la CRD están presentes para tratar un caso. Como lo manda el Art. 24 numeral 2 del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de los Jugadores, la CRD decidirá al menos en presencia de tres miembros, a menos que el caso sea de naturaleza tal que pueda ser resuelto por un juez único de la CRD. De los tres mencionados, uno será un juez para los clubes y el otro para los jugadores. Cada miembro de la CRD tiene un voto cada uno. Las decisiones se adoptan por mayoría simple; en caso de empate, dirime el voto del presidente.

El presidente deberá considerar la nacionalidad de los litigantes y el posible vínculo que los miembros puedan tener con las partes.

a) Competencias de la CRD.

Las competencias las establece su propio reglamento: "Reglas sobre la Práctica y el Procedimiento de la Cámara de resolución de Disputas" (en adelante, Reglamento CRD) que fue establecido por la Comisión del Estatuto del Jugador. Debemos advertir que el Reglamento CRD entró en vigor el 1 de marzo de 2002 y

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

aunque sigue vigente, estamos considerando las modificaciones tácitas que se han producido en virtud de los nuevos Estatutos FIFA (en vigor desde el 1 de enero de 2004) y del nuevo Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de los Jugadores (en vigor desde el 1 de julio de 2005).

Hechas estas aclaraciones, pasamos a señalar las competencias de la CRD que actualmente son:

1. Según el Art. 24 del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, sobre cualquier disputa surgida conforme al Art. 22 letras a), b) y d) del mismo Reglamento, excepto cuando se trate de la expedición de un CTI. Éstas son:

- Disputas entre clubes y jugadores en relación con el mantenimiento de la estabilidad contractual, si es que se ha expedido una solicitud de CTI y si existe una demanda de una parte interesada en relación con dicho CTI.
- Disputas relacionadas con la relación laboral que hay entre un club y un jugador que lleguen a cobrar alcance internacional, a menos que se establezca por convenio o acuerdo colectivo un tribunal arbitral independiente que garantice un proceso justo.
- Disputas relacionadas con los derechos de formación y el mecanismo de solidaridad entre clubes que pertenecen a asociaciones distintas.

2. De cualquier otro asunto que por un mandato específico le asigne la Comisión del Estatuto del Jugador, conforme lo disponen los Art. 2, numeral 2, letra c del Reglamento CRD y el Art. 47 de los Estatutos FIFA.

Como dijimos, algunos casos, por su naturaleza, serán resueltos por un solo juez nombrado por la CRD. Esto será en los casos siguientes:

- Las disputas en que el valor del litigio no supere los 10 000 francos suizos.
- Disputas sobre la indemnización de formación.
- Disputas sobre el cálculo de la contribución de solidaridad.

En los casos en que haya dudas de si la competencia le corresponde a la CRD o a la Comisión del Estatuto del Jugador, el presidente de esta última –en realidad, de las dos- es quien decidirá a cuál órgano compete.

El proceso ante la CRD es gratuito.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

b) Plazos para resolver.

El juez único de la CRD debe resolver en un plazo no mayor a 30 días contados desde la recepción de la demanda y en el caso de la Cámara de al menos 3 miembros, deberá hacerlo ésta en no más de 60 días contados de igual modo.

c) Remisión a la Comisión Disciplinaria.

Si existen indicios de que se ha cometido una falta disciplinaria, la Cámara o el juez único deberán remitir el expediente a la Comisión Disciplinaria solicitando que ésta incoe un procedimiento disciplinario, conforme al Código Disciplinario de la FIFA.

d) Caducidad.

La CRD y el juez único de la CRD no tratarán asuntos en los que haya transcurrido más de 2 años desde los hechos que originaron la disputa, pues transcurrido ese plazo el derecho ya caduca.

e) Procedimiento y derecho aplicable.

La Cámara se basa para emitir sus resoluciones en el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, los contratos o demás acuerdos celebrados entre las partes en disputa, la legislación nacional donde ocurrió el hecho, los convenios colectivos que se hayan firmado, de ser el caso, así como en las demás reglamentaciones de la FIFA.

En el procedimiento se utiliza uno de los cuatro idiomas oficiales de la FIFA. Aunque la CRD está administrativamente subordinada a la Comisión del Estatuto del Jugador, es completamente autónoma en su labor jurisdiccional.

Por otra parte, es importante señalar que las decisiones tomadas por la CRD o el juez único, agotan la vía deportiva de la FIFA, pudiendo recurrirse ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo, pero no se apelan ante ningún otro órgano de la FIFA.

1.4.2. Comisión del Estatuto del jugador.

Esta Comisión asume importantes funciones jurisdiccionales, lo que la convierte probablemente en la Comisión permanente de papel más protagónico dentro de la FIFA.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Como ya vimos en el Capítulo V, esta Comisión del Estatuto del Jugador tiene un presidente, un vicepresidente¹ y siete miembros más.

Su trabajo jurisdiccional se relaciona sobre todo a los conflictos que puedan surgir entre los jugadores y los clubes, entre los clubes y las asociaciones nacionales por la liberación de jugadores, y temas afines. Sus competencias jurisdiccionales están establecidas en el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, pero también en otros reglamentos FIFA, como veremos en su momento.

a) Éstas son sus competencias:

1. Sin perjuicio de que se acudan a los tribunales del fuero común, la Comisión del Estatuto del Jugador es competente para conocer cualquier disputa conforme al Art. 22, letras c) y e) del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, las cuales vienen a ser:

- Disputas entre un club o una asociación nacional y un entrenador que cobren una dimensión internacional, a menos que exista un tribunal arbitral independiente al que hayan acudido las partes y que garantice un proceso justo.

- Disputas entre clubes de distintas asociaciones, siempre que no estén referidas a derechos por formación o al mecanismo de solidaridad (que son competencia de la CRD, como acabamos de ver) y que tampoco estén referidas a la estabilidad contractual de un jugador.

2. Disputas sobre las transferencias internacionales de menores de 18 años y la protección que debe brindárseles (Art. 19 numeral 5 Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores).

3. Las disputas resultantes de la expedición o no expedición de un Certificado de Transferencia Internacional (CTI).

4. Las disputas que se susciten entre un jugador o un club y un agente de jugadores, siempre y cuando las partes pertenezcan a distintas asociaciones nacionales (Art. 22 numeral 2 del Reglamento sobre Agentes de Jugadores).

5. Las disputas entre un Agente Organizador de partidos y una asociación nacional, un club, o entre dos o más Agentes organizadores de partidos (Art. 22

¹ El presidente es el alemán Gerhard Mayer-Vorfelder (además, presidente de la federación alemana) y el vicepresidente es el estadounidense Chuck Blazer.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

numeral 2 del Reglamento de Agentes Organizadores de Partidos), siempre que la Confederación continental respectiva no haya establecido su propia licencia de Agentes Organizadores de partidos (pues en ese caso, ella será la competente). Sin embargo, la Comisión del Estatuto del Jugador seguirá siendo la competente aún en este último supuesto si las partes pertenecen a Confederaciones continentales distintas.

6. Decide sobre la solicitud de un jugador menor de 21 años que pretende cambiar de asociación nacional (Art. 15 Reglamento Aplicación Estatutos FIFA).

7. Cualquier otra disputa que pueda surgir de la aplicación del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores.

También queremos mencionar otras competencias, que son más sancionadoras que jurisdiccionales:

- a) Solicitar a la asociación nacional respectiva que declare perdido(s) el (los) partido(s) que un club que se negó a liberar a un jugador para una selección nacional haya jugado (Art. 6 numeral 2 del Anexo 1 del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores).
- b) Sancionar al jugador o a su asociación nacional, o a ambos, si el jugador se reintegra a su club con retraso en más de una ocasión luego de haber sido cedido para su selección nacional (Art. 6 numeral 1 del mismo Anexo).
- c) Anular la inscripción provisional hecha tras no haberse recibido respuesta a la solicitud de expedición del CTI si es que la asociación nacional a la que se le solicitó el CTI presenta razones válidas por las que no respondió a la solicitud.

b) Procedimiento en la Comisión del Estatuto del Jugador.

En los procedimientos jurisdiccionales de esta Comisión, deberán estar presentes siquiera 3 de los miembros de la misma. En casos urgentes o en los que no se trate de difíciles asuntos fácticos o legales, y en decisiones sobre la expedición de un CTI provisional, puede decidir como juez único el presidente de la Comisión u otro miembro que éste designe.

Cada parte tiene derecho a ser oída.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

A diferencia del procedimiento en la CRD, aquí sí se pagan costas procesales, cuyo monto no pasará de 25 000 francos suizos y, por regla general, correrán a cargo de la parte que resulte condenada. La repartición de las costas se explicará en la decisión que dicte la Comisión o el juez único.

Al igual que en el procedimiento en la CRD, los plazos máximos para resolver son de 30 días para el juez único y de 60 días para la Comisión, contados desde la recepción de la demanda. Del mismo modo, no se aceptan las reclamaciones cuyo derecho ya caducó (es decir, cuando pasaron dos años desde que ocurrieron los hechos que motiva la reclamación). Igualmente, si hay indicios de comisión de faltas disciplinarias, la Comisión o el juez único deberá remitir el expediente a la Comisión Disciplinaria, solicitando iniciar un procedimiento disciplinario.

Asimismo, el derecho aplicable será el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, los contratos y demás acuerdos entre las partes, la legislación nacional pertinente y las demás reglamentaciones de la FIFA.

El procedimiento se llevará a cabo en cualquiera de los cuatro idiomas oficiales de la FIFA, con las mismas reglas de preferencia vistas en el procedimiento de la CRD.

Las decisiones y resoluciones de la Comisión del Estatuto del Jugador agotan la vía interna de la FIFA y pueden ser recurridas en apelación ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo.

1.4.3. Comisión de Medicina Deportiva.

El Art. 81 del Código Disciplinario dispone que esta Comisión tiene competencia para los procedimientos disciplinarios por dopaje. Sin embargo, esta Comisión si lo desea puede delegar en otro órgano el conocimiento del proceso, aunque siempre bajo su supervisión. Por ejemplo, se ha creado la Subcomisión de Control de Dopaje, en la que la Comisión de Medicina Deportiva suele delegar el conocimiento de algunos procesos.

1.4.4. Comisión Organizadora de la Copa Mundial

Ejerce jurisdicción tanto en la Fase Preliminar como en la Fase Final de la Copa Mundial, en lo referente a las protestas de los equipos sobre los factores que han influido en el resultado de un partido.

Un propicio ejemplo ilustrativo de la actuación jurisdiccional de esta Comisión es lo que ocurrió en la Fase de Clasificación, en el partido de ida por la determinación del quinto equipo asiático que debía disputar un cupo al mundial con el cuarto equipo de CONCACAF. El partido se jugó entre las selecciones de Uzbekistán y Bahrein, en Tashkent, el 3 de septiembre de 2005. Al final del mismo, con triunfo por 1 a 0 del equipo local, la asociación uzbeca protestó por escrito contra la actuación del árbitro. Lo que ocurrió fue que se cobró un tiro penal a favor de Uzbekistán que terminó en anotación, pero como uno de los uzbekos se había adelantado, el árbitro sancionó tiro libre a favor de Bahrein, olvidando que ello es posible sólo si no se anotó en el lanzamiento penal, porque si se hizo –como en este caso-, el tiro penal debe ser repetido.

La Comisión organizadora encontró válido el reclamo de los uzbekos, pero no aceptó la exagerada pretensión de la delegación uzbeca que pretendía que el partido se invalidara y se les diera como ganadores por 3 a 0¹. La Comisión ordenó repetir el partido el 8 de octubre...y el nuevo encuentro terminó empatado 1 a 1.

2. EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO (TAS).

La FIFA ha reconocido la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje Deportivo en sus nuevos Estatutos (es decir, desde 1 de enero de 2004) para determinadas resoluciones y decisiones emanadas de sus autoridades jurisdiccionales. Según el Art. 61, numeral 1 de los Estatutos FIFA, las Confederaciones, las asociaciones nacionales y las ligas se comprometen a reconocer al TAS como instancia jurisdiccional independiente, y se obligan a adoptar todas las medidas necesarias para que sus miembros, jugadores y oficiales, así como los agentes de jugadores y los agentes organizadores de partidos acaten el arbitraje del TAS.

Antes de ver eso, es necesario conocer un poco de este importante Tribunal, cuyas funciones y procedimientos son poco conocidas por los aficionados deportivos.

¹ No olvidemos que era una disputa a partidos de ida y vuelta, por lo que los goles diferencia contaban mucho.

2.1. ¿QUÉ ES EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DEPORTIVO?

El Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS o CAS¹) es una institución independiente de cualquier organización deportiva, creado para ofrecer a las partes un medio para resolver disputas adaptadas a las necesidades del mundo deportivo².

Básicamente, el TAS funciona como un tribunal de apelación para las resoluciones emitidas por las federaciones deportivas internacionales, y también como un tribunal arbitral de instancia única para resolver las disputas que se susciten entre las partes y que hayan acordado someterlas a su competencia.

2.2. BREVE HISTORIA.

El TAS se creó en 1983 a iniciativa del entonces Presidente del COI, Juan Antonio Samaranch, quien vio la necesidad de crear un organismo jurisdiccional propio al que pudieran acudir los atletas, clubes y federaciones para resolver sus disputas, en una atmósfera de mayor imparcialidad que en las federaciones y contando con el conocimiento de expertos juristas del deporte, a diferencia de lo que ocurría en los tribunales ordinarios de los Estados.

Durante su primera década de vida, aunque el TAS era independiente en su actuación jurisdiccional, estaba subordinado al COI, ya que éste era quien le proveía de los recursos económicos para su funcionamiento, y, además, podía modificar su Estatuto, así como que los miembros del TAS eran nombrados por el presidente del COI.

En febrero de 1992, un deportista de equitación, Elmar Gundel, apeló ante el TAS, como lo permitía la Federación Internacional de Equitación (FEI) por una sanción que ésta le había impuesto. Aunque el TAS le redujo la sanción, Gundel no quedó satisfecho y acudió al Tribunal Federal suizo (marzo de 1993), para que éste declare nulo el proceso seguido en el TAS, porque, según Gundel, se trataba de un tribunal sin la suficiente imparcialidad e independencia necesarias para administrar justicia deportiva.

¹ Las siglas en español son TAD, pero más se le conoce por sus siglas francesas (TAS) o inglesas (CAS). Nosotros usaremos las siglas TAS, por ser las que más se conocen en el mundo internacional deportivo y por ser las que la FIFA emplea en sus Estatutos.

² COMITÉ OLÍMPICO INTERNACIONAL: "Manual de Administración Deportiva". Lausana, Suiza. Versión editada del año 2000, pág. 84.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

El Tribunal Federal reconoció al TAS como un auténtico tribunal de arbitraje, ya que no era un órgano de la FEI y sus árbitros no recibían en su labor jurisdiccional instrucción alguna ni de la FEI ni del COI ni de ningún otro organismo internacional deportivo. No obstante, el Tribunal Federal suizo notó los muchos vínculos existentes entre el COI y el TAS (ya mencionados), que podrían cuestionar su independencia, por lo que el Tribunal Federal consideró que el TAS debería ser más independiente, financiera y organizativamente hablando.

Debido a eso, el TAS fue reformado en su organización. Así, el 22 de junio de 1994 en París, fue firmado el “Acuerdo concerniente a la constitución del Consejo Internacional de Arbitraje del Deporte” (conocido como “Acuerdo de París”) por los más altos representantes del deporte: el presidente del Comité Olímpico Internacional, el presidente de la Asociación de Federaciones Internacionales Olímpicas de Verano (la ASOIF, entre las que está la FIFA), el presidente de la Asociación de Federaciones Internacionales Olímpicas de Invierno (AIWF) y el presidente de la Asociación de Comités Olímpicos Nacionales (ACNO). Este acuerdo creó el “Consejo Internacional de Arbitraje en el Deporte” –que es una fundación– encargado de la financiación y desempeño del TAS. Asimismo, se acordó la creación de un “Código de Arbitraje en materia deportiva”, el mismo que entró en vigencia el 22 de noviembre de 1994. También, al interior del TAS, se crearon dos divisiones arbitrales: la División de Arbitraje Ordinario y la División de Arbitraje de Apelación¹. Todas las Federaciones Internacionales (excepto una) y muchos Comités Olímpicos Nacionales reconocen la jurisdicción del TAS.

2.3. GENERALIDADES DEL TAS.

2.3.1. Sede principal y sedes descentralizadas del TAS.

El TAS tiene su sede en la ciudad de Lausana, Suiza. En 1996 se crearon dos oficinas descentralizadas: una en Sydney, Australia y la otra en Denver, Estados Unidos, que en 1999 se trasladó a Nueva York.

También, desde Atlanta 1996, el TAS establece tribunales “ad hoc” en las grandes competiciones olímpicas, emitiendo fallos en menos de 24 horas, conforme a las obvias necesidades de rapidez de una competición deportiva. Así, ha habido Tribunales Especiales del TAS en los JJOO de Atlanta 1996, Sydney 2000 y Atenas 2004, y en los JJOO de Invierno de Nagano 1998, Salt Lake City 2002 y en los recientes de Turín 2006. La UEFA fue la primera institución futbolística en solicitar

¹ REEB, Mathieu: “The Court of Arbitration for Sports”, en www.tas-cas.org 6 pp.

la presencia de tribunales ad hoc del TAS, lo que ocurrió en la Eurocopa de Naciones Bélgica-Holanda del año 2000.

2.3.2. Los idiomas del TAS.

Los idiomas de trabajo oficiales del TAS son el inglés y el francés, pero se aceptan otros idiomas siempre que las circunstancias lo permitan. Por ejemplo, cuando ambas partes son hispanohablantes, el idioma empleado es el español.

2.4. EL CONSEJO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE PARA EL DEPORTE (ICAS)¹.

Es el órgano que supervisa financiera y administrativamente al TAS. Además, busca salvaguardar su independencia y los derechos de las partes en los procesos arbitrales. El ICAS está compuesto por 20 miembros, todos juristas de alto nivel y conocedores del derecho deportivo. Tienen un Consejo Ejecutivo compuesto por un Presidente (a la vez, presidente del TAS), dos vicepresidentes y los presidentes de las Divisiones del TAS (es decir, el presidente de la División de Arbitraje de Apelación y el presidente de la División de Arbitraje Ordinario).

2.5. LOS ÁRBITROS DEL TAS.

El TAS cuenta con 186 árbitros (incluyendo a los de las oficinas descentralizadas), nombrados por 4 años. El elevado número responde a la necesidad de contar con expertos en todas las disciplinas deportivas (olímpicas y también algunas no olímpicas), en materias comerciales deportivas (patrocinio, derechos de televisión) y en otras materias complejas (como el dopaje). Como muestra de la calidad de los árbitros de derecho deportivo, debemos decir que el senegalés Dr. Keba Mbaye, primer presidente del TAS, llegó a ser Vicepresidente de la Corte Internacional de La Haya.

El tribunal arbitral que ve un caso concreto está compuesto por tres árbitros. Cada parte elige a uno y estos dos eligen al tercero, que será el presidente del tribunal, como es costumbre en los tribunales arbitrales. Si las partes lo acuerdan o el TAS lo considera pertinente, se puede constituir un tribunal unipersonal, según la naturaleza y gravedad del asunto.

¹ Nuevamente, es mejor usar las siglas más conocidas, éstas son en inglés.

2.6. PROCEDIMIENTOS EN EL TAS.

Existen 4 procedimientos:

1. El procedimiento arbitral ordinario.
2. El procedimiento arbitral de apelación.
3. El procedimiento consultivo.
4. El procedimiento de mediación.

Los dos primeros son los propiamente jurisdiccionales, y son los que interesan para este trabajo. De todas maneras, explicaremos sucintamente en qué consisten los dos últimos.

El procedimiento consultivo permite a ciertos organismos pedir una opinión consultiva del TAS sobre cualquier tema legal concerniente a la práctica o desarrollo del deporte o cualquier actividad relacionada con el deporte. La opinión dada por el TAS, obviamente, no constituye fallo y no es, por tanto, vinculante¹.

El procedimiento de mediación es, en buena cuenta, un proceso conciliatorio, con un procedimiento no tan formal, puesto que las propias partes lo delinean previamente o lo hace el TAS ante la falta de acuerdo. Está encaminado a lograr un acuerdo amistoso entre las partes. Si se llega a un acuerdo, éste será vinculante para las partes.

2.6.1. El procedimiento arbitral ordinario.

Este procedimiento, como cualquier procedimiento arbitral, es establecido en base a un convenio entre las partes. El convenio puede formar parte de un contrato o ser convenido con posterioridad a la aparición de la controversia. En el caso del fútbol, la FIFA, las Confederaciones, las asociaciones nacionales, las ligas, los clubes, los jugadores, los entrenadores, los agentes, etc., en fin, todos los sujetos del fútbol pueden someterse a la jurisdicción del TAS. También puede tratarse de particulares, como el caso de una empresa patrocinadora o una empresa televisiva, que acuerde con su contraparte someterse a esta jurisdicción.

El procedimiento ordinario incluye el pago de costas y tasas de los árbitros, calculado sobre una escala fija, más un porcentaje de las costas del TAS.

Las partes son libres de ponerse de acuerdo sobre el derecho aplicable, tomando en cuenta los méritos de la disputa. Puede ser éste el derecho nacional, una legislación deportiva específica, únicamente las cláusulas del contrato, etc. Este procedimiento

¹ Comité Olímpico Internacional, op.cit., pág. 85.

suele durar entre 6 y 10 meses. El fallo, como es lógico, es vinculante y definitivo, desde el momento que es comunicado.

2.6.2. El procedimiento de apelación.

Este procedimiento es aplicable para disputas que resulten de las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales de las Federaciones Internacionales, los Comités Olímpicos Nacionales y otros organismos deportivos.

El Art. 60 de los Estatutos FIFA, en sus dos primeros numerales, delimita las competencias del TAS para los procesos de apelación. El numeral 2 dice que el TAS no se ocupa de recursos relacionados con las violaciones de las Reglas de Juego, ni las suspensiones de menos de 3 meses o de hasta cuatro partidos, ni tampoco de las decisiones provenientes de un tribunal arbitral independiente y regularmente constituido de una asociación nacional o una Confederación. Básicamente, entonces, como lo menciona el numeral 1, "el TAS se ocupa de recursos contra decisiones y sanciones disciplinarias adoptadas en última instancia, una vez agotadas las instancias previstas por la FIFA, una de las confederaciones, un miembro o una liga. El recurso debe interponerse ante el TAS en un plazo de diez días tras la notificación de la decisión".

Este procedimiento de apelación ante el TAS es gratuito, con excepción del pago inicial a la Secretaría General del TAS de 500 francos suizos (al momento de presentar la apelación).

El derecho aplicable es el que se estuvo utilizando en el procedimiento al interior de la asociación o federación internacional correspondiente, el que elijan las partes o, subsidiariamente, el derecho del país donde está domiciliado el organismo que conoció el procedimiento. Sobre esto, la FIFA dispone en el Art. 59 de sus Estatutos que "el TAS aplica las diversas reglas emitidas por la FIFA o, según el caso, por las Confederaciones, los miembros (asociaciones nacionales), las ligas, los clubes y, adicionalmente, el derecho suizo".

3. COMENTARIO FINAL

Hemos hecho un panorama de los órganos jurisdiccionales deportivos que existen en el caso del fútbol. Gracias a la buena provisión que tiene Derecho Deportivo en Línea, el amigo lector puede echar un vistazo a los laudos arbitrales

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

del TAS. Los fallos de los órganos de la FIFA no son de conocimiento público, pues sólo se publica una información resumida de lo decidido por tales órganos.

Lo que nos interesaba era sobre todo el conocer cuáles son los órganos deportivos que realizan función jurisdiccional en el fútbol y en qué materias.

Sin embargo, aunque no es materia de este trabajo, seguimos creyendo que se debe recurrir lo menos posible a los tribunales ordinarios y buscar las soluciones en los deportivos, porque son 207 países miembros de la FIFA –más o menos independientes, como se sabe-, cada uno con sus propias leyes y procedimientos. Si todos van a empezar a acudir a los tribunales nacionales, a la larga se formará un caos en el que nadie se entenderá. El mérito de los órganos jurisdiccionales futbolísticos es haber establecido criterios uniformes y haber creado un sistema de justicia mundial que atiende a la prontitud que requieren las decisiones en el complicado mundo del fútbol internacional, que no puede esperar los pacientes plazos de la justicia ordinaria. Es lo que pensamos, pero, como siempre, cada cual debe sacar sus propias conclusiones.

Lima, Perú.

Antonio Villegas Lazo es Bachiller en Derecho y Ciencia Política y trabaja en la elaboración de la tesis 'Fútbol y Derecho'

avlmaldini@hotmail.com