



Boletín nº 13
Abril – Agosto 2009

INDICE

Breve comentario al laudo del TAS en el caso Matuzalem – Zaragoza / Shakhtar Donetsk, por Juan de Dios Crespo Pérez.....2

El “caso Matuzalem” y su relación con el “caso Webster”: finalmente, ni tempestad ni tormenta: mero chirimiri, por Javier Rodríguez Ten4

Una visión crítica del laudo del TAS en el asunto en el asunto Bueno y Rodríguez vs. Peñarol desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, por Norberto Osvaldo Outerelo.....8

Comentarios al proyecto de reforma de la Ley colombiana del Deporte ¿Hacia un régimen de sociedades anónimas deportivas en Colombia?, por Alexis Faruth Perea Sánchez.....17

La responsabilidad civil de directivos de clubs deportivos y consejeros de sociedades anónimas deportivas, por Xavier-Albert Canal Gomara.....28

Análisis sistémico de los derechos de formación deportiva, por Susana García Bravo.....53

Breve comentario al laudo del TAS en el caso Matuzalem-Zaragoza/Shakhtar Donetsk

Por Juan de Dios Crespo Pérez

El pasado 19 de mayo el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS-CAS), notificó una de las decisiones más importantes y esperadas en el mundo del fútbol y que involucraba al jugador Matuzalem y a los clubes Real Zaragoza y Shakhtar Donetsk.

Como sabemos, el Reglamento FIFA sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, tras su modificación en el año 2001, sobre la base de un acuerdo entre la Comisión Europea y la propia FIFA, permitió la posibilidad de que los jugadores de fútbol rescindieran anticipadamente sus contratos sin sanciones deportivas, siempre que lo hicieran después de haber pasado un denominado "periodo protegido" (actualmente artículo 17 de dicho Reglamento).

Esta posibilidad, poco usada, lo fue por primera vez por el jugador escocés Andrew Webster, y tuvo como consecuencia un laudo aplaudido por los jugadores y denostado por los clubes y por FIFA.

Como abogado de Webster, siempre mantuve que el laudo lo era solo para ese jugador y que no se podía pensar en una eficacia erga omnes. Lo dije y ahora se ha visto, con la decisión del caso que nos ocupa, que cada rescisión va a tener resultados indemnizatorios distintos.

Ahora, en el otro lado, defendiendo los intereses del club que perdió al jugador Matuzalem, el ucraniano Shakhtar Donetsk, he podido apreciar de nuevo que esa idea era y es la justa: ningún caso del artículo 17 es o va a ser igual que otro.

Pero ello no significa que la jurisprudencia que va creando el TAS caiga en saco roto, sino que se va a poder utilizar en parte en cada asunto nuevo.

Lo que si puedo destacar son varios aspectos del laudo Matuzalem:

En primer lugar, lo que queda obvio es que rescindir un contrato por un jugador no es exactamente un "derecho" sino que es una posibilidad pero que entraña el incumplimiento grave de un contrato y que tendrá consecuencias indemnizatorias.

En segundo lugar, que la indemnización no será "websteriana" (si se me permite la expresión y que Andy me perdone), con lo que el famoso "con el resto del contrato ya queda pagada la compensación al club" no vale.

En tercer lugar, que los parámetros aplicables son, como las mil y una noches, todos "distintos y maravillosos".

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

En cuarto lugar, se destaca, dentro de los parámetros, la importancia de todos los contratos firmados por el jugador.

En quinto lugar, que el “daño deportivo” incluido dentro de la llamada especificidad del deporte, que tan a gala tienen los organismos futbolísticos que se reconozca por la Unión Europea, puede ser un elemento económico de importancia en la indemnización (no ha sido el caso aquí, donde solo se han dado 600.000 euros por ese concepto).

Y finalmente, recordemos la importancia del derecho suizo, que en el presente caso, se ha manifestado, por ejemplo, en la cuantificación extra de ese daño deportivo.

En cuanto a la indemnización, los contratos firmados entre jugador y Zaragoza (dos, con una renovación), entre Zaragoza y Lazio de Roma (cesión y opción de compra) y entre el jugador y Lazio, así como el anterior del jugador con el Shakhtar, han supuesto el elemento objetivo para cuantificar en 11.858.934 Euros la compensación, elevándola a esa suma tras la decisión inicial de FIFA de 6.800.000 Euros.

Cabe también destacar, como un elemento no de la indemnización, sino del interés a aplicar, que la FIFA lo computó desde 30 días siguientes a la notificación de su decisión (esto es a partir de 29 de marzo de 2008) y el TAS acogió no obstante mi petición de que fuera a partir de la rescisión (5 de Julio de 2007), con lo que también se obtuvo una suma importante por ese concepto. Si bien, he de reconocer que pedí desde el 5 de Julio, entendiendo que el derecho suizo lo concedía “desde el momento de la petición por la parte ofendida” (siguiendo el criterio del TAS en el laudo Real Valladolid contra Barreto) pero aquí el TAS ha indicado que podía ser desde el mismo día 3 de Julio de 2007 (día siguiente a la rescisión del contrato por Matuzalem). Así que perdí dos días de interés, aunque ya lo sé para la próxima vez. Incluso en este simple aspecto vemos cómo las distintas formaciones del TAS tienen criterios algo diferentes.

En definitiva, que el artículo 17 sigue su camino y que esperamos nuevos capítulos del mismo.

Juan de Dios Crespo Pérez
Abogado
Especialista en Derecho Deportivo

El “caso Matuzalem” y su relación con el “caso Webster”: finalmente, ni tempestad ni tormenta: mero chirimirí

Por Javier Rodríguez Ten*

El pasado 12 de febrero de 2008 insertamos en “Derecho deportivo en línea” nuestro artículo “El caso Webster: ¿tempestad o tormenta?”, que posteriormente fue adaptado y publicado en la Revista Jurídica del Deporte bajo el título “El caso Webster: ¿tempestad, tormenta o chirimirí?”¹

En dicho trabajo comentamos el Laudo de 30 de enero de 2008 del Tribunal Arbitral del Deporte de Lausana (TAS), resolviendo el litigio existente entre el futbolista Andrew Webster, el club Wigan Athletic AFC Limited y el club Heart of Midlothian PLC, asuntos que constaban con las referencias CAS 2007/A/1298, 1299 y 300. Dicho Laudo estableció que la ruptura unilateral de un contrato de trabajo de deportista profesional sin cláusula de rescisión por cualquiera de las partes debía generar una solución equitativa y proporcional para ambas, entendiendo que la indemnización a abonar debía ser idéntica y resolviendo que el importe de ésta debía consistir en el abono de la remuneración pendiente de percibir por el jugador hasta el final de su contrato. Se trataba además de uno de los primeros pronunciamientos del TAS sobre la indemnización a abonar con ocasión de la ruptura unilateral del contrato por un jugador pasado el período protegido establecido por el Reglamento sobre el estatuto y la transferencia de jugadores de FIFA, y de ahí su enorme interés.

La resolución generó ríos de tinta, a favor y en contra, respecto de una hipotética “revolución” jurídico – deportiva que implicaría un grave perjuicio para los clubes para los que los jugadores prestaban sus servicios y facilitaba los traspasos, dado el abaratamiento de la indemnización a satisfacer, de no existir cláusula de rescisión expresa. Entre otras consideraciones, sostuvimos lo siguiente:

“Hemos de tener presente (como presupuesto de partida de cualquier comentario) que nos encontramos ante un Laudo arbitral y no ante una Sentencia jurisdiccional, es decir, ante la resolución privada de una controversia concreta entre partes que voluntariamente han asumido el arbitraje conforme a unas reglas y normativa determinadas y pactadas, lo que obviamente no es trasladable, en principio, a terceros (al menos de forma automática). Consecuentemente, resulta muy arriesgado compararlo con la Sentencia Bosman (como se ha apuntado ya por algún autor), dictada por un órgano jurisdiccional y con eficacia general (que además ha sido reiterada en resoluciones posteriores), máxime cuando dicho Laudo es (hasta ahora) único sobre el particular. Cualquier alteración en la legislación y normativa a aplicar e interpretar por el Tribunal (supresión de alguna de las que se emplearon, introducción de otras o cambio en el orden de prelación de las mismas) podría alterar el contenido de la resolución.”

* Doctor en Derecho. Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Española de Derecho Deportivo.

¹ Véanse J. RODRÍGUEZ TEN: “El caso Webster: ¿tempestad, tormenta o chirimirí?”, en Revista Jurídica del Deporte y el Entrenimiento nº 24 (2008), págs. 445 y sig., y en Derecho Deportivo en Línea, <http://nuke-dd-el.com/LinkClick.aspx?fileticket=AyMjNWK1sEQ%3d&tabid=60&mid=396>

En segundo lugar, hay que acotar el elemento fáctico para el que se ha dictado el Laudo, es decir, el caso concreto que resuelve y al (único) que resulta vinculante. El "caso" Webster se encuentra referido a un jugador fichado por una cantidad poco importante, que ha prorrogado su contrato en una ocasión, que se encuentra fuera del período protegido, que se ha negado a prorrogarlo con su club por segunda vez y que resuelve una relación de seis temporadas a falta de una. Si cambian dichos parámetros, no estaremos ante un caso idéntico.

En tercer lugar, hay que incidir en la posible falta de diligencia del Heart en el planteamiento jurídico de la cuestión, al haber centrado la reclamación exclusivamente en el artículo 17 del Reglamento sobre el estatuto y la transferencia de jugadores de FIFA, olvidando invocar la cláusula número 21 del contrato con el jugador. Conforme a la misma, su club hubiera podido mantenerlo bajo sus órdenes hasta la expiración del contrato y, posteriormente y de fracasar las ofertas de prórroga, obtener una indemnización (calculada conforme a las normas de la Scottish Premier League) previo ejercicio de algo similar a un "derecho de tanteo", igualando las nuevas condiciones.

Finalmente, resulta obvio que el Laudo es inaplicable si existe cláusula de rescisión expresa, a salvo de posibles impugnaciones de la cuantía cuando constituya un manifiesto abuso, tal y como (al menos en España) han preconizado algunos pronunciamientos jurisdiccionales. Y en España la cláusula de rescisión se ha normalizado en casi todos los contratos de trabajo de los deportistas profesionales".

Nuestras "Conclusiones" fueron las siguientes (el subrayado es nuestro):

"1. El Laudo del TAS – CAS que resuelve el "caso Webster" tiene exclusivos efectos inter partes; a lo sumo puede considerarse un antecedente para supuestos similares, al menos a día de hoy. No crea jurisprudencia ni vincula posteriores resoluciones para litigios similares. Defender la existencia de una Lex sportiva sobre la base de las sucesivas resoluciones del Tribunal ya resulta enormemente arriesgado, y mucho más lo es hacerlo sobre una sola.

2. El Laudo se encuentra referido a diversas circunstancias cuya concreción hacen bastante complicado que pueda reiterarse, en estrictos términos, su contenido. Cualquier variación procesal o fáctica (la legislación y normas conforme a las que las partes decidieron que se resolvía el asunto, la cuantía del fichaje en origen, el salario del jugador, la duración y contenido del contrato, la existencia o no de prórrogas, estar (o no) fuera del período protegido, la posible inexistencia de ofertas firmes por el jugador antes de la resolución, etc.²) da lugar a un supuesto distinto al enjuiciado.

3. La cláusula de rescisión se constituye como el instrumento contractual idóneo para regular las resoluciones contractuales, si bien la introducción de parámetros legales condicionantes respecto de su cuantía mínima y máxima sería también satisfactoria y evitaría abusos.

4. Por todo lo anteriormente expuesto, el efecto práctico del Laudo a nivel internacional es escaso, y en España prácticamente irrelevante, dada la vigencia general de las cláusulas de rescisión.

² Contrariamente al presente supuesto, en que la oferta del Southampton para nada ha sido tenida en cuenta, dicha circunstancia sí fue considerada por el TAS al resolver el "caso Mexés", en el que el importe del precio fijado para el traspaso se computó a efectos de indemnización.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Enlazando con el título del presente trabajo, creemos que en los términos actuales no nos encontramos ante una tempestad, sino a lo sumo ante una tormenta o chubasco, si es que en realidad (y en lo que a los futbolistas con contrato en España se refiere, lo más probable) no es simple chirimiri”.

Pues bien: casi año y medio después, el Laudo del TAS que ha resuelto el “caso Matuzalem” nos ha dado la razón. No hemos sido ni pioneros ni exclusivos: nuestro parecer fue manifestado, entre otros expertos (algunos antes incluso que nosotros), por el propio Juan de Dios Crespo, Antonio Millán Garrido o Javier Tebas. En resumen: lo de Webster fue algo tan concreto y específico que resultaba imposible extraer consecuencias generales, y aquellos que hayan podido fundamentar determinadas operaciones sobre la base de una hipotética resolución del TAS “a la baja” respecto de la indemnización a abonar por el jugador pueden echarse a temblar (bueno, siempre que no les represente Juan de Dios Crespo, claro está, que defendió antes a Webster y ahora al club que ha obtenido la Sentencia favorable, Shakhtar, en lo que algunos han considerado, erróneamente, una victoria sobre sí mismo).

El último ejemplo es el “caso Matuzalem”. El jugador brasileño militaba en el club ucraniano Shakhtar Donetsk, y en su contrato se decía que podía marcharse si un nuevo club pagaba 25 millones de euros. Se los pagaron y se marchó, pero el TAS ha considerado ahora que ello era una cláusula de transferencia, pero no de rescisión o compensación, y fijó la indemnización a satisfacer a su club de origen por el incumplimiento anticipado del contrato en (sumando cuantía principal más intereses) unos trece millones de euros. Para ello se han tomado en consideración diferentes parámetros, como el “daño deportivo” o la valoración del jugador en traspasos posteriores, que no son objeto de esta breve reseña.

En cualquier caso, y siendo intencionadamente redundante, habrá más “casos” sobre el artículo 17 del Reglamento sobre el estatuto y la transferencia de jugadores de FIFA, posiblemente con resoluciones diferentes e incluso contradictorias. El procedimiento arbitral tiene sus ventajas (rapidez³, economía, flexibilidad, etc.), pero también importantes inconvenientes (imposibilidad de considerar la existencia de efectos *erga omnes*, excesiva trascendencia de la intervención de las partes en el acto de elegir la normativa a considerar, etc.). Contrariamente, el acceso a la jurisdicción permite el (lento) establecimiento de criterios asentados o predecibles pero que introducen seguridad jurídica, ya que se aplica la legislación vigente sobre el particular y la jurisprudencia es vinculante. Claro, olvidábamos que FIFA prohíbe el acceso a los Tribunales ordinarios...

En el término medio suele estar la virtud.

Javier Rodríguez Ten

Bibliografía:

En Derecho Deportivo en Línea:

J. de Dios Crespo: “Breve comentario al Laudo del TAS en el caso Matuzalem-Zaragoza vs Shakhtar Donetsk

³ Aunque cada vez menos; a título de ejemplo, el Laudo “Matuzalem” ha tardado ocho meses en dictarse.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

<http://nuke.dd-el.com/Portals/0/Breve%20comentario%20al%20laudo%20del%20TAS%20en%20el%20caso%20Matuzalem.pdf>

En IUSPORT:

J. de Dios Crespo: "TAS: De Webster a Matuzalem... y tiro porque me toca"

http://www.iusport.es/php2/index.php?option=com_content&task=view&id=915&Itemid=60

Una visión crítica del laudo del TAS en el asunto Bueno y Rodríguez vs Peñarol desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado

Por Norberto Osvaldo Outerelo*

El presente artículo está tomado de la conferencia pronunciada por su autor, bajo el título "El Derecho del Deporte. Un nuevo aspecto del Derecho Internacional Privado." en el Colegio de Abogados de San Martín (Argentina) el 5 de mayo de 2009

Que el deporte ha causado, causa y causará un gran impacto en la sociedad, es una verdad irrefutable.

Que el ingreso de los medios de comunicación y su evolución contribuyeron a ello en forma desmedida, ni siquiera se discute.

Que el deporte profesional se vió directamente impactado por este advenimiento y que hoy se manejan cifras inimaginables otrora, dentro del mismo, tampoco.

Este fenómeno llevó consigo la generación de nuevos vínculos, actos e institutos jurídicos que tomaron por sorpresa al Derecho y sus estructuras.

No en vano, hoy se habla en los ámbitos académicos, laborales y profesionales de una nueva especialización, denominada Derecho del Deporte o Derecho Deportivo.

Por más que algunos, muy pocos, gracias a Dios, se empeñan en negarlo o, por lo menos, a ponerlo en duda, a veces, por intereses personales y otras por mandatos otorgados, la especialidad es una realidad que se encuentra instalada profesional y académicamente.

Certifica nuestros dichos la existencia de tres cátedras que dictan la asignatura, a saber, una en Argentina (la primera, que se instaló en el año 2003); otra en Ecuador (año 2006) y en España (año 2008); innumerables cursos (maestrías, especializaciones, diplomaturas, seminarios, etc), asociaciones que reúnen a los profesionales que se dedican a la especialidad, como la recientemente creada en Argentina, la Asociación Latinoamericana del Derecho del Deporte. Ciertamente, quienes niegan la existencia de la especialidad se cuidan mucho de mencionarlo en sus discursos, en sus artículos y en sus libros. ¡Tendrán sus razones!

* Abogado, Profesor titular de la Cátedra en Derecho del Deporte de la Universidad Abierta Interamericana, Profesor adjunto de Derecho Internacional Privado y Presidente de la Asociación Latinoamericana de Derecho del Deporte (ALADDE).

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

La especialidad a la que nos referimos involucra muchas material del Derecho pero sus notas especiales, el carácter de la especialidad, los institutos propios, la aparición de nuevos derechos y obligaciones, propios de la actividad, justifican su existencia. Ya el 15 de agosto de 1969, en el fallo plenario n° 125 "Ruíz, Silvio R. c/ Club Atlético Platense" de la Cámara Nacional del Trabajo, se denomina a la relación laboral como un contrato de trabajo "especial" y se expresa la conveniencia de que existan normas específicas de la actividad: ***"Lo óptimo sería, sin duda, contar con normas legales inspiradas en las especialísimas modalidades del fútbol, a fin de evitar el riesgo de que las disposiciones pensadas para situaciones muy distintas puedan trabar el desenvolvimiento de un deporte que es solaz y pasión para gran parte del pueblo.-"*** (voto del Dr. Rebullirla).

Ello puede extenderse a todos los deportes, así sucede en la mayor parte del mundo; en nuestro Derecho aún seguimos esperando, si bien algunas existen.

Otra nota distintiva que debemos señalar respecto de la especialidad es la creación de organismos y procesos judiciales donde se dirimen las controversias que la actividad produce, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Podemos señalar, como ejemplos, la justicia deportiva brasileña y su Código de Justicia Deportiva, el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS), etc.

Todo ello no implica que perdamos de vista los principios generales del Derecho, las pautas esenciales que rigen las materias jurídicas, los ordenamientos jurídicos propios de cada país ni la noción de orden público internacional; dicho esto por razones que después explicaremos en nuestra exposición.

Los conflictos en el Derecho del Deporte se dan tanto en el ámbito nacional como en el internacional y, en este último, es donde surgen las discrepancias que trataremos en esta oportunidad.

Ante la existencia de conflictos de carácter internacional, con las notas propias que le dan esa internacionalidad, siendo ellas ostensibles u ocultas, es donde requerimos la asistencia del Derecho Internacional Privado, materia cara a nuestros afectos, lugar en donde nos hemos desarrollado como docentes en Derecho, antes de insertarnos en el Derecho del Deporte.

Cuando mencionamos la asistencia del Derecho Internacional Privado no queremos decir que éste excluya al Derecho del Deporte, que desconozca su especialidad, que lo desplace ni que éste desconozca los principios, pautas y normas del otro sino que se integren.

Esto lo señalamos, aunque parezca obvio, pues algunos no cesan de intentarlo, según podremos ver en algunos ejemplos que describiremos más adelante, perpetrando groserías jurídicas en pos de intereses que benefician a algunos personajes que se desenvuelven en este mundo. No hay peor mentira que la burdamente tramada.

Las cuestiones a considerar en los conflictos que se cristalicen en el ámbito del Derecho del Deporte y que necesitarán del auxilio de los institutos y principios consagrados en Derecho Internacional Privado son, por ejemplo:

- a) Qué Derecho aplicar en el caso de la voluntad pasiva en materia contractual.
- b) Qué Derecho se utilizará en la resolución de un conflicto donde deba resolverse una cuestión previa.
- c) Cuando se presenta en un conflicto el fraude a la Ley.
- d) La noción de orden público internacional.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

e) Ante un laudo arbitral, la ejecución del mismo puede o no prescindir de la aplicación del exequatur.

f) Jurisdicción aplicable.

g) Aplicación del Derecho extranjero y sus límites.

h) La calificación de los términos empleados en la norma de Derecho Internacional Privado utilizada.

i) La intromisión, en asuntos internos de un Estado soberano, de una asociación civil sin fines de lucro que rige los destinos de un deporte.

j) La comisión del delito de extorsión, por parte de una asociación civil sin fines de lucro que rige los destinos de un deporte, cuando amenaza con la toma de medidas extremas ante el no acatamiento de normas establecidas en un reglamento, de carácter abusivo y que lesionan principios fundamentales consagrados en un ordenamiento jurídico interno, sobre todo en situaciones que corresponden a la jurisdicción y competencia del país conculcado.

Pareciera que estamos diciendo obviedades respecto del Derecho pero se han perpetrado tantos mamarrachos jurídicos en materia de justicia deportiva que estamos obligados a recrear nuevamente las nociones que señalamos.

Utilizaremos como ejemplo un laudo arbitral del TAS (2005/A/983&984 Club Atlético Peñarol c/ Carlos Heber Bueno Suárez, Cristian Gabriel Rodríguez Barroti & Paris Saint Germain) que es un buen ejemplo para demostrar lo que sostenemos.

En él podremos ver el poco acertado o intencionado manejo o el desconocimiento de las normas de Derecho Internacional Privado. Estaremos así ante un ejemplo en materia contractual laboral, con características especiales, donde lo que se transfiere o pretende transferirse son los derechos federativos: posibilidad de que un jugador pueda ser inscrito, por un club, en la federación correspondiente para que preste servicios deportivos en el mismo durante un tiempo determinado.

Lo hemos elegido por las características del caso y su resolución, que de tal riqueza que nos permite explayarnos, sin dejar de reconocer que hay múltiples situaciones que son propias del Derecho del Deporte, e involucra al Derecho Internacional Privado. Podríamos mencionar el derecho de formación, mecanismo de solidaridad, doping, derecho de imagen, sponsoring, etc, etc.

Bien, volvamos al análisis. En el caso mencionado tendremos un conflicto entre una asociación civil sin fines de lucro, creada bajo el ordenamiento jurídico uruguayo hasta que se pruebe lo contrario, contratos laborales celebrados por ella bajo el ordenamiento jurídico uruguayo, un conflicto contractual y un club de origen francés que tercia en relación e internacionaliza el conflicto. Para dirimir el conflicto interviene primero el Juez único y la Cámara de Resolución de Disputas de FIFA y luego el TAS. Vemos entonces lo que ocurre en el caso y cómo se manejaron las cuestiones de Derecho Internacional Privado.

La primera cuestión es la voluntad pasiva en el contrato laboral. Suponiendo que las partes no hubiesen establecido nada respecto de la jurisdicción y competencia en caso de conflicto, cosa poco probable, recurriremos a las normas de Derecho Internacional Privado.

Éstas indican que existen varias posturas. La primera es la de la *lex loci celebrationis*, es decir, la legislación del lugar de celebración del contrato cubre los vacíos dejados por la voluntad de las partes.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

La segunda postura es la de la *lex loci executionis*, es decir, el Derecho del lugar de ejecución o cumplimiento del contrato es el llamado a completar las lagunas dejadas por el actuar voluntario de las partes.

Esto conforme a la pauta por Savigny, quien acude a la teoría de la voluntad presunta. El resto son construcciones doctrinarias como la de Fiore, la tesis de Pillet y Niboyet.

Ahora pasaremos al segundo tema, que es el de la cuestión previa, es decir, que debemos resolver previamente una cuestión preliminar antes de abocarnos a la cuestión principal. El juez deberá decidir si actúa según la regla de conflicto del foro o por la regla del país que regula la cuestión principal.

Las soluciones propuestas al respecto en el ámbito del Derecho Internacional Privado son:

- a) Aplicar a la cuestión previa la Ley que rige la cuestión principal.
- b) Aplicar a la cuestión previa la norma indirecta de Derecho Internacional Privado de la legislación que regula la cuestión principal.
- c) Aplicar a la cuestión previa la norma sustancial que rige la misma.
- d) Aplicar a la cuestión previa la norma indirecta de Derecho Internacional Privado que corresponde a aquélla.

Desde ya, nosotros nos adherimos a estas dos últimas, por entender que debe aplicarse la norma más conforme con la naturaleza de la relación jurídica. Bien; ¿qué ocurrió en este caso?

La cuestión previa a resolver es el vínculo contractual entre el Club Atlético Peñarol y los deportistas. El TAS dice respecto del Derecho aplicable en el laudo lo siguiente:

“61. Al encontrarse la sede del TAS en Suíza y que ninguna de las partes tiene, al momento de la conclusión del acuerdo de arbitraje, ni su domicilio ni residencia habitual en Suíza, resultan aplicables, para el presente arbitraje, las disposiciones del capítulo 12 relativo al arbitraje internacional de la Ley Federal sobre el Derecho Internacional Privado (de ahora en adelante “LDIP”), de conformidad con el art. 176 inc. L LDIP.-

62. En el capítulo 12 de la LDIP, la cuestión de las reglas de Derecho aplicable de fondo está regida por el art. 187 LDIP. Dicha disposición prevee que el “Tribunal arbitral resuelve según las normas de Derecho elegidas por las partes o, en caso de falta de elección, según las normas de Derecho con las cuales la causa presenta los vínculos más estrechos”. El inciso 2 del art. 187 LDIP determina que las partes pueden autorizar al Tribunal de Arbitraje a resolver en equidad.”

Al respecto, nos expediremos más adelante. Ahora nos introduciremos en un tema urticante pues a algunos se les eriza la piel al solo nombrarlo. Es, por demás delicado, pero necesario para evitar que se vuelva a producir. El tema es el fraude a la Ley.

Primero lo definiremos según Niboyet: ***“La noción de fraude a la Ley en el Derecho Internacional Privado es un remedio indispensable que permite al Juez sancionar las prohibiciones que formula la Ley cada vez que los individuos, en vista de escapar a aquélla, se colocan fraudulentamente bajo el imperio de otra que no las establece”.***

Nosotros lo definiremos más simplemente partiendo de los elementos que componen el fraude a la Ley.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Primero el elemento objetivo o material y que es esa serie de actos aisladamente válidos, reflejados en la conducta exterior de los agentes, pero que, en conjunto, producen un resultado prohibido por la Ley. A éste le llamaremos corpus.

El otro elemento es la intención o voluntad culposa de eludir las disposiciones imperativas o prohibitivas sustituyéndolas por las de otra legislación. A éste le llamaremos ánimus.

Pasando en blanco lo dicho: **son actos realizados por los agentes aparentemente lícitos que conllevan a un fin ilícito, con el ánimo de eludir el ordenamiento jurídico que las reglas del Derecho impone, para resolver el conflicto planteado por otro ordenamiento que le es más favorable a sus intereses.** Cualquier semejanza con la realidad no es casualidad.

Recuerden que estamos ante una cuestión previa donde existe un contrato laboral, celebrado en la República Oriental del Uruguay, bajo el ordenamiento jurídico uruguayo, con ejecución en Uruguay.

Ahora pasaremos a la noción de orden público internacional. Éste se plantea cuando la norma de conflicto del Derecho extranjero, indicada para la solución del conflicto, planteado en el ámbito del Derecho Internacional Privado, colisiona con principios fundamentales del Estado al que pertenece el juez que entiende en la causa; es decir, algo que responde a características propias del país donde la noción se acuña.

En el caso de la República Argentina, con su concepción apriorística plasmada en el artículo 14, inciso 2º, del Código Civil argentino, señala: "Las leyes extranjeras no serán aplicables: (...) inc.2) Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código" o como dice mi maestra en estas lides, la Dra. Stella Maris Biocca, debería decir "(...) cuando fuere incompatible con el espíritu de la legislación nacional".

En el laudo que criticamos, el Tribunal Arbitral que interviene pretende temerariamente introducir la idea de un orden público internacional universal, un disparate jurídico con el que pretende justificar el aparcamiento del ordenamiento jurídico que debería aplicar.

En su laudo, el TAS, al ordenamiento jurídico ordinario de cualquier país le llama "estático", de conformidad con lo prescrito por la Ley de Derecho Internacional Privado. En el caso que tratamos lo que debería haber aplicado el TAS para dirimir la cuestión planteada en el conflicto suscitado entre los jugadores y el Club Peñarol respecto del contrato laboral es la norma uruguaya, que surge de un convenio celebrado entre la Mutual de Jugadores Uruguayos y la Asociación de Fútbol Uruguayo, que está muy lejos de ser un "derecho estático" al que el TAS se refiere.

En el fallo mencionado, el TAS considera que el convenio uruguayo se aparta de las normas FIFA en relación a los contratos laborales deportivos. Pero este no es un problema que tiene que dirimir el TAS en sus fallos sino que, por el contrario, es un problema entre FIFA y la Asociación Uruguaya de Fútbol y, en el mejor de los casos, es un problema de FIFA, que no controla las reglamentaciones de sus afiliadas.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Es decir, para resumir, que esta noción de "orden público internacional universal", reitero, es sólo un pretexto más para apartarse de la aplicación del Derecho que corresponde en beneficio de intereses espúreos:

"69. El art. 187 LDIP permite a las partes elegir como Derecho aplicable un Derecho estático tal como, por ejemplo, el Derecho aplicable a la sede de la Federación internacional en cuestión (ver art. R58 del Código). Sin embargo, la aplicación directa del orden jurídico de un solo país no es conveniente, forzosamente, para el deporte organizado a nivel mundial. El art. 187 LDIP permite un acercamiento menos nacional, reservando la posibilidad de una remisión a normas de Derecho no estáticas como lo destaca, con toda razón Rigozzi (op. cit. No 1178) 'Las reglamentaciones deportivas representan el ejemplo típico de las "normas de derecho" que las partes o los árbitros pueden elegir aplicando el art. 187 LDIP'.

70. Esa gran libertad de elección de reglas no estáticas aplicables resulta, sin embargo, limitada por la compatibilidad de esas reglas con el orden público determinante. Un tribunal arbitral autorizado a resolver en equidad quedaría sometido a las mismas limitaciones (Cf. B. Dutoit, Op. cit. P. 658, No 11 Ad art. 187).

71. La doctrina y el Tribunal Federal se ponen de acuerdo sobre el punto en el que el orden público, aquí en cuestión, no es ni el orden público suízo ni un orden público extranjero determinado sino un orden público internacional o universal (B. Dutoit, op. cit. P. 657, No 9 Ad. Ar. 187). En un fallo reciente (ATE del 8 de marzo de 2006, 4P.278/2005, Consid. 2, número 2.2.2), el Tribunal Federal procedió a realizar una síntesis sobre esa noción del orden público. Luego de haber citado las calificaciones de la doctrina a propósito de su jurisprudencia en la materia; tales como "vals de definiciones", "jurisprudencia fluctuante", "variada", etc, el Tribunal Federal reconoce un cierto "titubeo" y admite que la noción de orden público aplicable dentro del contexto del arbitraje internacional "siempre permanecerá inapelable hasta cierto punto". Sin embargo, termina dando sus conclusiones en la forma siguiente: "Este breve hecho de explayarse sobre la noción de orden público demuestra, una vez más, la relativa inapelabilidad del mismo. En caso de necesitarse resolver una definición, se podría decir que una sentencia es incompatible con el orden público si desconoce los valores esenciales y ampliamente reconocidos que, según los conceptos jurídicos que prevalecen en Suíza, deberían constituir el fundamento de todo orden jurídico".

72. Surge de dicho fallo del Tribunal Federal que el orden público aplicable en el marco del arbitraje internacional (1) no se confunde con el orden público interno suízo ni con los órdenes públicos nacionales extranjeros sino que (2) se apoya en los valores trasnacionales y (3) se basa en los valores que constituyen el fundamento de la civilización de Suíza, como bien lo expresa el Tribunal Federal: "Es la característica helvética de la reserva del orden público".

73. Se vuelve a encontrar esa misma "característica helvética" en el art. 19 LDIP, el cual, aplicable por analogía a un juicio de arbitraje internacional, puede llevar a tomar en consideración disposiciones de orden público de un país tercero (B. Dutoit, op. cit. P. 658, No 9 Ad art. 187 LDIP). Dicha disposición prevee lo siguiente: cuando los intereses legítimos y manifiestamente preponderantes respecto a la concepción suíza del Derecho lo exigen, se podrá tomar en cuenta una disposición imperativa de otro Derecho diferente al designado por la presente Ley si la situación a la cual se apunta presenta un vínculo estrecho con ese Derecho. Para juzgar si una tal disposición deberá ser tomada en cuenta, se considerará el objetivo al cual quiere alcanzar y las consecuencias que tendría su aplicación para llegar a una decisión adecuada respecto a la concepción suíza del Derecho.

74. *Del mismo modo, igualmente, "respecto a la concepción suíza del Derecho", hay que determinar si las normas imperativas de un "otro Derecho" diferente al designado por la LDIP, deberán ser tomadas en consideración desde el momento en que persiguen intereses legítimos y manifiestamente preponderantes. Esa noción de la concepción suíza del Derecho corresponde a la del orden público definido en el fallo del Tribunal Federal, arriba mencionado.*

75. *Para resumir, la aplicación del art. 187 LDIP tiene como consecuencia que: las reglas de Derecho aplicables en el marco de un arbitraje internacional se determinan prioritariamente sobre la base de la elección de las partes; las partes disponen, en el marco del arbitraje internacional, de una libertad en la elección del Derecho aplicable más extendida que en los casos sometidos a los tribunales ordinarios; las partes pueden especialmente volver aplicables reglas no estáticas; la elección de Derecho puede hacerse así a favor de una reglamentación deportiva; las únicas limitaciones a esta libertad de elección se originan en la reserva del orden público, ya sea en razón de la exigencia planteada por el art. 190 LDIP como por la aplicación analógica del art. 19 LDIP, cuando se toma en cuenta a las disposiciones imperativas de otro Derecho diferente al que normalmente se aplica; en todos los casos, el cumplimiento del orden público depende de la compatibilidad del resultado alcanzado con los valores esenciales y ampliamente reconocidos que, según las concepciones jurídicas que prevalecen en Suíza, deberían constituir el fundamento de todo orden jurídico.*

76. *Lo que antecede supone, por supuesto, que las partes hayan hecho una opción de Derecho. En caso contrario, el art. 187 LDIP prevee que el Derecho aplicable es el que presenta los vínculos más estrechos con la causa. Por esa razón, tratándose ahora de encontrar la solución aplicable en especie, el Tribunal deberá examinar en forma prioritario si existe una elección de Derecho."*

Insólito, inédito, ridículo. ¿Es un país como el suízo quien nos puede marcar pautas de orden público o de orden público internacional? Que yo sepa no somos suízos, caso contrario muchas cosas tendríamos que criticar.

Pasemos ahora al tema del exequatur. Todos sabemos que se trata de un procedimiento especial y de conocimiento a través del cual se reconocerá eficacia a las resoluciones judiciales o arbitrales extranjeras. En él procederemos a la revisión de ciertos requisitos de la sentencia extranjera, requisitos extrínsecos e intrínsecos.

Reconoceremos la eficacia ejecutoria de la sentencia extranjera a través del proceso. La excepción estará dada en los casos que existan tratados y que la sentencia o el laudo se ajuste a los términos del Tratado. Es inconcebible que los laudos arbitrales deportivos no cumplan esta regla.

Las entidades que rigen los destinos del deporte mundial no son órganos supranacionales, son asociaciones civiles de origen extranjero, casi todas suizas. ¿Por qué se las tendría que exceptuar del proceso de revisión? Cosas veredes que no crederes.

Supongan un fallo por incumplimiento contractual de un deportista que se le sanciona con un montón de dinero a pagar al club perjudicado y, además de ello, la prohibición de jugar en cualquier club hasta que no pague. ¿Creen ustedes que ese laudo soportaría el análisis de un juez a través del exequatur? Increíble, pero sucedió y no pasó por el procedimiento descrito. He aquí un punto más a favor del Derecho Internacional Privado.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Ahora nos introduciremos en el tratamiento de la jurisdicción competente y la Ley aplicable.

Ya nos hemos referido al respecto. Diremos que en nuestro país y en la mayoría de los países rige la "locus regit actum" en cuanto a la jurisdicción. El lugar de cumplimiento del contrato es por lo que opta la mayoría de las legislaciones, excepto que las partes convengan lo contrario.

Respecto de la aplicación del Derecho extranjero ya nos hemos expedido en oportunidad de hablar del orden público internacional.

Con respecto a la calificación, que es definir los términos empleados en la norma de Derecho Internacional Privado de acuerdo a un determinado ordenamiento jurídico, en esta materia, nosotros nos inclinamos por la teoría de la coordinación que califica la norma de Derecho Internacional Privado según la "lex fori" y el Derecho aplicable según la "lex cusae", por parecernos lo más lógico sin desconocer las otras teorías.

"68. El Tribunal Arbitral considera, respecto a ello, que el deporte es por naturaleza un fenómeno que trasciende las fronteras. Resulta no sólo una aspiración sino también algo indispensable que las normas que rijan el deporte a nivel internacional tengan un carácter uniforme y ampliamente coherente en el mundo entero. Para garantizar en ello un respeto a nivel mundial, tal reglamentación no deberá ser aplicada en forma diferente de un país a otro, especialmente en razón de las interferencias entre Derecho estático y reglamentación deportiva. El principio de la aplicación universal de las reglas de FIFA – o de toda otra federación internacional – responde a exigencias de racionalidad – de seguridad y de previsibilidad jurídica. Todos los miembros de la familia mundial del fútbol quedan así sometidos a las mismas reglas que son públicas. La uniformidad que resulte de ello tiende a garantizar la igualdad de tratamiento entre todos los destinatarios de esas normas, sea cual sea el país donde se encuentren."

Como podrán apreciar estamos frente a la pretensión de "un nuevo orden jurídico internacional", que estos señores pretenden imponer, bien para justificar lo que perpetran o beneficiar a algunos.

Desconocen cualquier orden jurídico que no sea el de ellos o el de un país que tenga que ver con la Unión Europea, como sucedió en el fallo contemporáneo: CAS 2005/A/973 "Panhatinaikos FC c/ Sotirios Kyrglakos" fallando todo lo contrario al caso expuesto porque se trata de un país que pertenece a la Unión Europea. Claro, Uruguay es un país sudamericano.

Como ya deben suponer, Peñarol de Montevideo perdió el caso, no cobró nada por estos jugadores cuya historia posterior reafirma lo que nosotros sostenemos. Desde ya, todos los argumentos, criticados por nosotros y expuestos por el Tribunal Arbitral, son meras justificaciones para lo injustificable y benefician a los países que poseen un deporte poderoso por la cantidad de dinero que mueven, sin deportistas propios o muy pocos y que, sin el abastecimiento de deportistas latinoamericanos, no podrían disputar sus torneos, por lo menos en el nivel que pretenden.

No hay peor verdad que la burdamente perpetrada. Parecería que estamos frente a la división del trabajo decretada por el Reino Unido, en el Tratado con la Casa Baring de Londres y luego con el Tratado Roca-Runciman, "ustedes ponen las materias primas baratas y nos compran las manufacturas caras".

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Por todo ello, creo imprescindible la presencia del Derecho Internacional Privado en materia del Derecho del Deporte.

Que unos no crean que es una cuestión menor, sin importancia. Vean la relevancia de las sumas de dinero que se invierten en esta materia, los contratos especiales y característicos del mismos, como el de sponsoring, de imagen, de derecho de formación, etc; las relaciones particulares que brindan un nuevo mundo y materia de estudio. Nosotros hace seis años que lo venimos haciendo.

Los otros no crean que el Derecho del Deporte es un oasis en medio del desierto, que al mismo no le alcanzan los principios generales del Derecho.

Los organismos que los nuclean, FIFA, COI, WADA, no son las Naciones Unidas ni la Unión Europea. Quizás por eso, como dice mi amigo y compañero de ruta, Ricardo Frega Navia, tendremos que pensar en un Tribunal Internacional del Deporte, pero, por favor, que no esté en Suíza, que esté en América, de preferencia Latinoamérica, con la ventaja de que saldría más barato litigar, todos podríamos litigar, las sentencias podrían ser expresadas en castellano, todos tendríamos acceso a sus fallos y podríamos aportar profesionales del Derecho idóneos.

Norberto Osvaldo Outerelo

Nota de dd-el.com: En relación con el asunto analizado puede consultarse el n° 5 (2005-2006) de esta publicación, en la que se contiene el ***Informe sobre la situación contractual de los jugadores Bueno, Bizera y Rodríguez del club Atlético Peñarol de Montevideo***, realizado por el Dr. Juan R. Rodríguez Puppo, Delegado del C.A. Peñarol ante la Asociación Uruguaya de Fútbol. (<http://nuke.dd-el.com/LinkClick.aspx?fileticket=rU71DNYahMg%3d&tabid=60&mid=396>)

Comentarios al proyecto de reforma de la Ley colombiana del Deporte ¿Hacia un régimen de sociedades anónimas deportivas en Colombia?

Por Alexis Faruth Perea Sánchez *

Sumario

Resumen

Introducción

1. Aproximación a la evolución histórica de las sociedades anónimas deportivas
 2. El proyecto de reforma a la 181 de 1995
 - 2.1 Nuestra opinión
 3. Temas pendientes
 - 3.1 La financiación
 - 3.1.1 Mercado alternativo de valores
 - 3.1.2 Democratización de los clubes
 - 3.2 Responsabilidad de los administradores
 - 3.3 Incentivos tributarios para nuevos inversionistas
 - 3.4 La prevención de la insolvencia empresarial
- Conclusiones

Resumen

En el presente artículo, el autor expondrá algunas de sus impresiones sobre el proyecto de reforma a la ley colombiana del deporte, recientemente presentado por el gobierno al parlamento de dicho país, y con el cual se pretende crear las condiciones para desarrollar la empresa deportiva en dicha nación. Mediante el estudio de los antecedentes históricos y el contenido del proyecto de ley, el autor mostrará como a su juicio esta interesante iniciativa se convierte en un escenario perfecto para poder regular de forma adecuada y moderna un régimen de sociedades anónimas deportivas en Colombia.

Palabras clave: Sociedad anónima deportiva; Tributación; financiación.

Introducción

Sin duda, el hecho más importante del derecho deportivo colombiano en el presente año, es la presentación del proyecto de reforma a la ley 181 de 1995 o ley del deporte, con el cual se busca modernizar la normativa en lo referente a los clubes con deportistas profesionales (los clubes), adentrándolos en el contexto de las sociedades anónimas deportivas (SAD), para lo cual se propone reformar algunos preceptos normativos e introducir nuevas reglas con las que se espera que pronto, las actuales organizaciones sin ánimo de lucro, se conviertan en verdaderas empresas, con las responsabilidades, riesgos y beneficios propios de las que actúan en los diferentes mercados.

En el presente artículo, realizaremos un análisis del proyecto de ley citado. Para tal efecto, empezaremos por hacer una breve exposición sobre la evolución histórica

* El autor es Abogado, especialista en Derecho del Mercado de Capitales (financiero y del mercado de valores) de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Correos electrónicos: aperea@ajfconsultores.com - alexisfa5@hotmail.com

de las SAD en Europa y Sudamérica; luego, mostraremos los temas contenidos en el texto de la reforma, con especial énfasis en aquellos que consideramos pueden ser polémicos por el alcance dado a los mismos; concluida esta etapa, haremos una breve referencia de algunos asuntos que creemos deberían ser incluidos en la ley, a fin de que la misma contemple en un verdadero régimen corporativo para los clubes, y que a su vez, genere el marco propicio para que los mismos pueden en el mediano plazo ser destinatarios de la inversión privada y de esta forma convertirse en empresas sólidas y rentables.

Es menester indicar, que con este artículo no pretendemos lanzar juicios definitivos sobre el proyecto de ley en comento, más aún cuando el mismo apenas empieza su proceso legislativo; nuestra intención, se circunscribe a presentar algunas opiniones sobre los temas contemplados en el mismo, esperando con ello contribuir a la discusión que sobre este asunto se empieza a gestar.

1. Aproximación a la evolución histórica de las sociedades anónimas deportivas.

Si algo tienen en común las entidades deportivas que compiten hoy en los torneos profesionales, es que la mayoría surgieron como asociaciones no lucrativas, compuestas por familiares, amigos o compañeros de trabajo para la práctica de su deporte favorito. De esta forma, surgieron muchos de los grandes clubes de fútbol, como Manchester United, Barcelona, Real Madrid, y Boca Juniors⁴; realidad que se repitió en países como Colombia, en donde actualmente de los de los treinta y seis equipos profesionales de fútbol, solo dos son sociedades anónimas (SA), los demás, incluyendo los más laureados, siguen siendo corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro⁵.

Con el paso de los años, el deporte generó entre los simpatizantes de los equipos una gran afición, lo que hizo evolucionar a los antiguos clubes sociales, en entidades con deportistas profesionales que eran contratados para disputar campeonatos nacionales, lo que daba a los clubes la facultad para hacerse de un negocio mediante el cobro de las entradas a los espectáculos deportivos.

A partir de las últimas tres décadas del siglo XX, el deporte profesional y en especial el fútbol sufrirían una verdadera transformación; la llegada de grandes patrocinadores, el pago por la transmisión de los encuentros, entre otras nuevas fuentes de recursos, convierten a la antigua actividad de recreación en una verdadera y lucrativa industria, que llamó la atención de los Estados quienes con el tiempo han creado regulaciones, que buscan ordenar el deporte y prevenir situaciones críticas que amenacen la supervivencia del sector.

Bajo esta óptica, y ante las debilidades administrativas y financieras que con los años mostraron los clubes, fue menester pensar en reordenarlos, llegándose a debatir sobre si la forma de organizaciones no lucrativas era la ideal para manejar estas empresas, o si por el contrario, era mejor que los clubes se convirtieran en sociedades mercantiles. Al respecto, se pueden identificar tres tendencias legislativas, una primera, en la cual las conversiones son obligatorias; otra, en la que las mismas son efectuadas de forma voluntaria por los clubes; y una última, en donde la conversión es obligatoria para unos clubes y voluntaria para otros.

En Italia con la ley 91 de 1981, entra en vigencia la primera legislación que imponía a los clubes con deportistas profesionales asumir la forma de SA o de

⁴ En este sentido puede verse a Villegas Lazo Antonio. Las sociedades anónimas deportivas en diferentes países.

⁵ Exposición de motivos del proyecto de reforma de la Ley del deporte.

responsabilidad limitada. Como aspecto peculiar vale destacar, que estas sociedades deportivas a pesar de ser mercantiles, no podían repartir dividendos entre sus accionistas, con lo que se tipificaba una sociedad comercial sin ánimo de lucro, situación que fue reformada en el año 1996⁶.

En otros países como Inglaterra y Alemania desde principio de los 80s, los clubes pueden de forma voluntaria asumir la forma de SA, situación que con el crecimiento económico de sus ligas aunado al hecho de contar con dos de las bolsas de valores más fuertes del mundo, animó a muchos clubes a convertirse en SA y aventurarse en el mundo bursátil mediante la emisión de acciones, destinada básicamente a sus hinchas, lo cual ha tenido resultados diversos, como lo dijimos en otro lugar⁷.

Por su parte, en España con la Ley 10 de 1990, se acuña el nombre de SAD a este tipo societario, creándose un régimen mixto, en el que según los resultados económicos de los clubes en las cinco temporadas previas a la entrada en vigencia de la ley obligaba o no a que los mismos se convirtieran; aquellos clubes con buenos resultados económicos como asociación no lucrativa no tendrían la obligación de transformarse; en últimas, solo Real Madrid, Barcelona, Osasuna y Athletic de Bilbao lograron conservar su forma asociativa, debido a que no habían tenido pérdidas en el citado periodo, por ello, una parte importante de la doctrina española considera que dicha norma surgió como consecuencia de la precaria situación económica del deporte profesional y el deseo gubernamental de constituir un férreo control sobre la gestión de los clubes⁸; según Selva Sánchez, la obligatoriedad de la transformación en SAD es una sanción motivada por la obtención de unos resultados económicos adversos, pues de no ser así, la transformación en SAD habría tenido una imperatividad general y no se habría exonerado a ciertos clubes profesionales del cumplimiento de este deber⁹.

Para Aguiar, el modelo de SAD Español ha fracasado, pues surgió para sacar a los clubes de la situación de quiebra en la que estaban sumidos, sin embargo, los clubes transformados en SAD son mucho más insanos económicamente, y han vuelto a acumular una deuda millonaria, que para la temporada 2007 en total, los 20 equipos de Primera División sumaban una deuda a largo plazo de 2.800 millones de euros, según cálculos de un experto en economía financiera de la Universidad de Barcelona. Por ello, considera que el nuevo modelo de la SAD no ha evitado el endeudamiento de los clubes ni ha servido para exigir responsabilidades a los administradores¹⁰.

En Latinoamérica, Colombia, Uruguay y Chile adoptaron normas que permiten a los clubes ser SA. En Colombia la ley del deporte, permitió que los clubes pudieran constituirse como SA, sin embargo, la ley no obligó a los clubes constituidos como asociaciones no lucrativas a convertirse en SA, ni creó mecanismo legal alguno que permitiera a los que tuvieran dicha intención hacerlo, por ello los clubes siempre conservarían su forma original. En Uruguay la ley siguió de cerca el modelo español, salvo porque es voluntaria la conversión de los clubes en SA, hasta la fecha ningún equipo de fútbol lo ha hecho. Por su parte, en Chile se implementó el modelo de SAD, lo cual generó el marco propicio para que un club de gran afición

⁶ En este sentido véase Abel Avellán, José Luis y Velado Casar, Pablo, Regulación legal en España de las Sociedades anónimas deportivas. Revista Derechodeporte.com, citada por Villegas Lazo Antonio. Opus Cit.

⁷ Perea Sánchez Alexis Faruth. Fútbol y Mercado de valores. Mecanismos para la financiación de los clubes colombianos a través del mercado bursátil. <http://nuke.dd-el.com/LinkClick.aspx?fileticket=AyMjNWK1sEQ%3d&tabid=60&mid=396>

⁸ En ese sentido, Alonso Martínez Rafael. La instauración del modelo de Sociedades Anónimas deportivas.

⁹ Selva Sánchez, Sociedades anónimas deportivas. Citado por Alonso Martínez. Ibidem.

¹⁰ Aguiar Antonio. El fracaso del actual modelo de sociedades anónimas deportivas. www.iusport.es/php2/index.php?option=com_content&task=view&id=715&Itemid=33

como el Colocolo pasara de ser un equipo al borde de la quiebra a una próspera empresa y con una de las mayores cotizaciones en la bolsa de Santiago.

2. El proyecto de reforma a la 181 de 1995.

El proyecto de reforma a la ley del deporte preparado por el Instituto Colombiano de Deportes (COLDEPORTES) y recientemente presentado al congreso por el gobierno nacional, contempla un régimen de transición, que primeramente busca crear un procedimiento para hacer jurídicamente viable la conversión de los actuales clubes con deportistas profesional, en sociedades anónimas.

Es de aclarar que el proyecto, a diferencia de otras legislaciones, no hace inicialmente obligatoria la conversión de los actuales clubes constituidos bajo formas no lucrativas en SA, ni adopta en ningún momento la denominación sociedad anónima deportiva (SAD) como se esperaba. De hecho, se introduce un párrafo al artículo 29 de la ley del deporte¹¹, donde claramente se establece que los clubes con deportistas profesionales organizados como asociaciones o corporaciones sin ánimo de lucro **podrán convertirse en sociedades anónimas**, con lo que en principio, los actuales clubes, en especial los de fútbol podrán seguir conservando sus actuales estructuras corporativas.

Otro aspecto destacable del proyecto, es la reforma al actual artículo 30 de la ley del deporte, en donde se establece que, los clubes dependiendo del capital autorizado¹² o el aporte inicial, deben tener un número mínimo de socios, en el caso del fútbol, ese número no sería inferior a dos mil (2.000) socios o accionistas, lo que según la exposición de motivos del proyecto no tuvo aplicación práctica, por lo cual, siguiendo el Código de Comercio (C. Co.) se redujo ese número mínimo a cinco accionistas, afiliados o aportantes, reconociéndose así una realidad del fútbol colombiano, en donde por lo general los aportes de los clubes se encuentran en cabeza de unas pocas personas.

Igualmente, el proyecto modifica el régimen de capital inicial para la constitución de clubes con deportistas profesionales en tres aspectos: 1. Se modifica la exigencia de contar con un mínimo de capital autorizado, por un capital mínimo suscrito y pagado; 2. Ese capital mínimo varía si se trata o no de clubes del fútbol profesional, en el primer caso, los clubes de fútbol tendrán que tener un capital suscrito y pagado mínimo de mil un (1.001) salarios mínimos legales vigentes¹³, y en las disciplinas distintas del fútbol el capital mínimo será de solo cien (100) salarios mínimos legales vigentes¹⁴; y 3) Advierte el proyecto que dicho capital mínimo deberá mantenerse durante todo el funcionamiento de la sociedad, so pena de que incurran en causal de disolución.

El proyecto también, busca proporcionar transparencia y licitud a los dineros que se aportan para la conformación de los clubes, pues por una parte ratifica la facultad que tiene la Superintendencia de Sociedades para solicitar a todas las personas que adquieran acciones, títulos de afiliación, o aportes que acrediten la procedencia de sus capitales, y por la otra, da competencia expresa a la Unidad de Información y

¹¹ Artículo 1 del proyecto de ley.

¹² En Colombia, el capital de la sociedades se divide en tres segmentos a saber: **1. El capital autorizado:** Que representa el número máximo de acciones que la sociedad puede colocar entre sus acciones. **2. El capital suscrito:** Que representa el monto total de las acciones que los inversionistas se obligan a pagar; y **3) El capital pagado:** Que constituye la cifra que efectivamente han depositado en la caja social los accionistas por las acciones adquiridas.

¹³ Cifra cercana a los (230.757,08 €) ó (USD\$ 326.481,44).

¹⁴ Cifra cercana a los (16.293,61 €) Euros, ó (USD\$ 23.052,65).

Análisis Financiero UIAF del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para cumplir con dichos objetivos, verificando y analizando la procedencia de tales recursos económicos¹⁵.

En concordancia con el objetivo principal del proyecto de ley, se regula un procedimiento para realizar las conversiones de los clubes, el cual contempla tanto los trámites que deberán desarrollarse al interior del club para que se apruebe la conversión, como el deber de información a COLDEPORTES y la obligación de publicar un aviso sobre la decisión de optar por el proceso de conversión en un diario de amplia circulación, procurando con ello que dicho proceso sea público y pueda ser conocido por parte de terceros que pudiesen eventualmente tener intereses en juego.

Otro aspecto novedoso de éste proyecto, es sin lugar a dudas, el relacionado con el régimen tributario aplicable a las los clubes que asuman la forma de SA, pues a partir de la entrada en vigencia de la ley, se les considerará para todos los efectos, contribuyentes del régimen tributario especial (RTE)¹⁶, así, pagarán un impuesto de renta del 20% de los ingresos constitutivos de renta, frente el 33% que pagan las sociedades comerciales. Lo anterior, es considerado por el gobierno como un incentivo para que los clubes que opten por convertirse en SA cumpliendo con los requisitos del régimen especial, a fin de fortalecerse deportiva, administrativa y financieramente¹⁷.

En una última parte del proyecto de ley, se establece que los clubes que se conviertan o constituyan como SA, se registrarán por las disposiciones previstas en el C. Co., teniendo en cuenta las previsiones de la legislación deportiva; en contrario, los clubes que conserven las formas no lucrativas, se registrarán por la ley civil y deportiva, y en lo no regulado por la ley mercantil.

Igualmente, en un artículo transitorio se da un plazo de dos (2) años a partir de la promulgación de la ley para que los clubes con deportistas profesionales se conviertan en sociedad anónima, y se sanciona a las entidades que dentro de dicho plazo no realicen dicha conversión con la suspensión del reconocimiento deportivo hasta tanto se termine el proceso de conversión.

2.1. Nuestra opinión.

Desde nuestro punto de vista, el proyecto en cita, en general, es plausible, pues presenta elementos innovadores en la legislación deportiva colombiana, como el instituto de la conversión, que permitirá que en Colombia una institución no lucrativa pueda mutar en sociedad mercantil. Lo anterior, resulta aún más valorable, si se tiene presente que en la ley a reformar, el legislador determinó como estructuras para la constitución de clubes con deportistas profesionales las de las corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro y la SA; sin embargo, dejó un vacío al no regular el procedimiento que habría de seguirse en el evento que algunas de estas organizaciones no lucrativas por razones de mercado o de otra índole, considerara menester adoptar la forma de sociedad anónima.

Otro gran acierto del proyecto, radica en el hecho de que se reduce sustancialmente el número mínimo de asociados que deben tener los clubes. En efecto, reducir a solo cinco (5) asociados el número mínimo demuestra que se ha

¹⁵ Véase la exposición de motivos del proyecto de ley.

¹⁶ En Colombia, la normativa Tributaria comprende un régimen general contemplado en el Estatuto tributario, y un régimen especial contemplado en el artículo 19 y el título VI, del libro I de tal estatuto, el cual está destinado a las corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, dicho asunto está reglamentado en el Decreto 4400 de 2004.

¹⁷ Véase alcance de los artículos del proyecto de ley, en su exposición de motivos.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

mirado la realidad del mercado, y se deja a éste la función de acercar o alejar a los inversionistas de una determinada institución deportiva.

La reforma al régimen de capital es también interesante, pues al cambiar la estructura del capital mínimo y establecer su disminución como causal de disolución, se provocará que los administradores de dichas sociedades sean cada vez más profesionales y responsables en el manejo de los recursos económicos de la misma, lo que sin duda beneficiará al deporte debido a las mejoras que deberían vislumbrarse en su gestión, como ocurre en las instituciones financieras, donde para mantenerse en el negocio hay que ser cada vez más eficiente.

Con relación al procedimiento propuesto para la conversión, consideramos que es un procedimiento simplificado y expedito para que los clubes puedan adoptar la forma societaria, respetando tanto la voluntad de la mayoría como los derechos de terceros con intereses en la sociedad.

En cuanto al régimen tributario, pensamos que es muy interesante que se considere a los clubes convertidos en SA como contribuyentes del régimen especial, pues esto podría atraer inversión hacia ellos, lo que sin duda los fortalecería en gran medida.

Ahora, es importante que el Congreso preste mucha atención al artículo 5 del proyecto, pues este, señala en principio, que la consideración como miembro del RTE queda condicionada al cumplimiento de los requisitos exigidos en la normativa fiscal, la cual demanda entre otras cosas que los excedentes de la persona jurídica sean reinvertidos *totalmente* en la actividad de su objeto social, con lo que podríamos llegar a regular una SA sin ánimo de lucro, como ocurrió en Italia, pues de repartir utilidades no podrían ser destinatarios de dicho régimen.

El artículo en comento, resulta un poco más confuso si se tiene en cuenta que, exige adicionalmente que los clubes que se conviertan cumplan con cualquiera de las siguientes condiciones: 1) Divisiones inferiores; 2) Establezcan un régimen de responsabilidad social empresarial; ó 3) *Que reinviertan mínimo el 30% de las utilidades en el organismo deportivo*, lo que podría dar lugar, a tres de interpretaciones prácticas:

1. Los clubes pese a ser sociedades anónimas no podrán repartir utilidades si quieren acceder a los beneficios del RTE; lo cual haría imposible aplicar el numeral tercero del artículo 5 en comento;
2. El numeral tercero del artículo 5 supone una autorización legal para la inaplicación de lo previsto en Literal c, del numeral 1 del Decreto 4400 de 2004, por ser norma especial y posterior; y
3. Los clubes convertidos en SA, estarían en medio de dos regímenes, pues cuando repartan utilidades serán sujetos del régimen tributario general, y cuando no lo hagan serán sujetos del RTE, ya que de antemano se estaría dando cumplimiento al numeral 3 del artículo 5 del proyecto.

Consideramos que más allá de las interpretaciones que puedan surgir, sería interesante reestructurar la redacción del artículo en cita, dejando claro que las sociedades deportivas son sujetos del RTE, quedando obligadas a cumplir con cualquiera de las tres condiciones planteadas en el mismo, así, se podría cumplir a cabalidad con lo previsto en el artículo 6 de proyecto que somete el régimen societario de estas empresas a las previsiones del C. Co., en donde para las SA es obligatorio decretar y repartirse utilidades cuando de acuerdo con los estados

financieros del respectivo ejercicio contable las haya, pagándose los dividendos a sus accionistas dentro del año siguiente.

Por otra parte, vemos importante que se revise el texto del artículo transitorio del proyecto, debido a que este sería un tanto ambiguo si se pone dentro del contexto total de lo que sería la ley, ya que de conformidad con el mismo, los clubes con deportistas profesionales deberán realizar la conversión según las exigencias de la nueva ley, dentro de los dos (2) años siguientes a su promulgación, es decir, que una vez aprobada la conversión sería obligatoria para todos los clubes sin ninguna clase de distinción; sin embargo, esta disposición podría entrar en un choque directo con los artículo 1 y el parágrafo del artículo 6 del mismo proyecto.

En el primer caso, el artículo 1 del proyecto señala que los clubes organizados como asociaciones no lucrativas, podrán convertirse en sociedades anónimas, es decir, la conversión en principio sería facultativa, por ello resulta extraño que el artículo transitorio la haga obligatoria para los entes deportivos dentro del plazo previsto. En el segundo caso, el parágrafo del artículo 6 indica que los clubes que entrada en vigencia la ley conserven su naturaleza se regirán por las disposiciones generales y la ley deportiva, de allí que quede la inquietud sobre si en realidad la conversión es obligatoria o facultativa, pues no sobra preguntarse: si luego del periodo de transición todos los clubes serán SA, ¿por qué no reformar integralmente el artículo 29 de la ley del deporte que establece que los clubes con deportistas profesionales deben organizarse como corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro o SA, dejando solo esta última forma como válida? ¿Qué razón hay para que en el parágrafo citado se prevea que algunos clubes conservarán las formas no lucrativas?

3. Temas pendientes.

Consideramos que el proyecto de ley más que una transición, debería contemplar un verdadero régimen de SAD, que incluyera aspectos económicos como los que adelante veremos, y que podrían dar soluciones para la crisis financiera y administrativa que padecen los clubes en Colombia.

3.1. La financiación.

No hay duda, que uno de los principales motivos por los que se ha impulsado esta reforma es la difícil situación económica que viven los clubes colombianos. Por tanto, valdría la pena que este proyecto incluyera algunos mecanismos especiales para que ellos financien sus actividades, tanto en el mercado bancario como en el bursátil; pues si bien, debe reconocerse que el gobierno colombiano ha hecho un importante aporte al sector a través de la banca de segundo piso, creando líneas especiales de crédito con tasas de interés preferenciales para el desarrollo de proyectos deportivos como: Estadios y Programas de formación deportiva, en la práctica esto pudiera ser insuficiente para el crecimiento de los clubes, pues en muchos casos, el crédito resulta ser una alternativa más costosa para la financiación de ciertos proyectos, que la financiación proveniente de inversionistas, quienes además, por esencia comparten los riesgos propios de la empresa emprendida.

En este sentido, consideramos importante que el proyecto, impulse nuevos mecanismos para la financiación de los clubes, como la del mercado bursátil, mediante la emisión de valores que permitirían captar recursos de inversionistas¹⁸,

¹⁸ Sobre este particular véase Perea Sánchez Alexis Faruth. Fútbol y Mercado de valores. Mecanismos para la financiación de los clubes colombianos a través del mercado bursátil. <http://nuke.dd-el.com/LinkClick.aspx?fileticket=AyMjNWK1sEQ%3d&tabid=60&mid=396>

para lo cual, sería interesante promover la creación de un segmento de mercado dedicado a la cotización de los valores emitidos por sociedades deportivas y pequeñas y medianas empresas PYMES, como se hace en otros países.

3.1.1. Mercado alternativo de valores.

Una nueva tendencia en los principales mercados bursátiles, es la creación de segmentos especializados en la cotización de valores emitidos por PYMES de alta proyección pero para las cuales la plaza bursátil ordinaria puede resultar algo casi inalcanzable, debido a los costos, la rigidez del sistema legal y contable entre otros que supone el acceso al mercado tradicional; así, en países como Inglaterra, España y Argentina, se han creado regímenes simplificados de emisión y cotización que permiten el financiamiento de éstas empresas a través de mercados alternativos bursátiles.

Recientemente, España y Argentina han implementado este tipo de mercados alternativos en sus plazas bursátiles, en el caso español, el mercado se encuentra disponible para que las PYMES coticen básicamente acciones, que en principio tenía como únicos destinatarios las instituciones de inversión colectiva, lo cual luego fue reformado permitiendo que las PYMES puedan recibir otra clase de inversionistas. Argentina, por su parte, nos presenta un mercado muy bien estructurado, pues, se profirió una normativa que definió unos montos especiales para que una empresa sea considerada PYME¹⁹ en materia bursátil; las PYMES pueden emitir acciones y obligaciones negociables (bonos) bajo un régimen simplificado de oferta pública y cotización, igualmente se puede obtener financiación mediante el sistema de descuento de cheques de pago diferido; las PYMES una vez hayan sido registradas por la CMV quedan automáticamente autorizadas para hacer oferta pública de sus valores; existe un monto máximo de emisión en el caso de las obligaciones negociables; y un monto mínimo de adquisición por parte de los inversores, lo que ha permitido que las PYMES se financien efectivamente a través de este mercado²⁰, que en junio de 2009 sirvió para que las Pymes emisoras adquirieran casi 20 millones de dólares²¹ de los inversores.

Desde nuestro punto de vista, el proyecto debería contemplar los principios rectores de un mercado especializado en este tipo de sociedades, otorgando facultad para que el gobierno reglamente y organice dicha plaza, creando instrumentos que como en el caso de las PYMES argentinas sean efectivos para la captación de recursos del público, con los cuales los clubes puedan financiar proyectos como la adquisición de jugadores o el fortalecimiento de sus canteras.

3.1.2. Democratización de los clubes.

Hace unos 15 años se viene hablando del menester de democratizar los clubes del fútbol colombiano, a fin de que su propiedad esté en cabeza de hinchas e inversionistas. Con esa intención, la ley deporte impuso obligaciones como la de contar con 2000 accionistas para los clubes del fútbol profesional; sin embargo, la experiencia nos demuestra que dicho propósito no se ha materializado, perdiéndose una oportunidad para que los clubes puedan fortalecerse económicamente.

Bajo esta óptica, podemos afirmar que el establecimiento de un mercado alternativo, podría ayudar a lograr éste propósito y a fortalecer financieramente los

¹⁹ Comisión Nacional de Valores (CMV). Resolución General 506 de 2007.

²⁰ En este sentido véase Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Régimen para Pymes. www.bcba.sba.com.ar

²¹ Bolsa de Comercio de Buenos Aires. CIFRAS PYMES - JUNIO DE 2009. <http://www.bcba.sba.com.ar/downloads/ReporteJunio2009.pdf>

clubes; sin embargo, como lo afirmamos en otro lugar²², no creemos que la emisión de acciones en bolsa sea una verdadera salida para las finanzas de los clubes, pese a ello pensamos que se pudiera presentar una democratización parcial mediante la emisión de bonos por parte de los clubes, porque en este caso los tenedores de bonos, sí participan de una parte sustancial las decisiones de la compañía, mediante el representante de los tenedores de bonos, Al que incluso se le podría dar asiento en la junta directiva.

3.2. Responsabilidad de los administradores.

Un tema que no debería quedarse por fuera del debate, es el de la responsabilidad de los administradores de los clubes, lo que en el estado actual del proyecto, quedaría inmerso en lo previsto en la ley mercantil, pues el proyecto no establece un régimen especial para dicho asunto. Consideramos que, debería regularse en este proyecto un régimen de responsabilidades complementario para los administradores de los clubes convertidos en SA, que incluya sanciones a conductas que por las peculiaridades de este tipo de empresas deben evitarse, debido al impacto que causan en el sector y en terceras personas; un buen ejemplo de esto, es la ley española, donde se ha establecido un doble régimen de responsabilidad de los administradores de las SAD, pues además de los enunciados mercantiles, se consideran como parte de dicho régimen, las infracciones a los reglamentos de las ligas profesionales (LP), el incumplimiento de los acuerdos de tipo económico de la LP; el incumplimiento de los deberes o compromisos adquiridos con el Estado o con los deportistas entre otros²³.

Con lo anterior, se reconocería a los administradores de los clubes, como dirigentes con responsabilidades especiales, lo que demandará un mayor profesionalismo en el manejo de las sociedades administradas.

3.3. Incentivos tributarios para nuevos inversionistas.

Otro punto que a nuestro juicio debería incorporarse a la reforma es la de la creación de incentivos tributarios para los nuevos inversionistas de los clubes una vez transformados en SA, pues nos parece que puede ser en vano una reforma de tan importante, si el objetivo de atraer inversiones a los clubes no se logra. En este aspecto, resulta interesante que aquellas personas que inviertan en las nuevas SA, puedan deducir una parte de dicha inversión de sus impuestos durante un cierto periodo o en forma permanente, ya que esto haría que más personas se vinculen a los clubes, tanto por el negocio del deporte en sí, como por el aprovechamiento los beneficios fiscales.

Uno modelo que podría adoptarse, es el de las deducciones por inversiones en fondos de pensiones voluntarias, que permite a los aportantes deducir hasta el 30% de su retención en la fuente durante el tiempo en que hagan dichos aportes.

Así, creemos que los incentivos fiscales son una manera para generarles recursos frescos a los clubes, sin tener que acudir al tradicional endeudamiento bancario.

3.4. La prevención de la insolvencia empresarial.

El último asunto que consideramos importante para que se advenga a un verdadero régimen de SAD, es la instauración de mecanismos de prevención de la insolvencia

²² Perea Sánchez Alexis Faruth. Fútbol y Mercado de valores. Mecanismos para la financiación de los clubes colombianos a través del mercado bursátil.

²³ En este sentido, García Campos Idelfonso. Las sociedades anónimas deportivas y la responsabilidad de sus administradores. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A. Madrid, 2006.

de los clubes, pues como cualquier empresa estos tienen acreedores y deudores, lo que en últimas determina la sanidad o enfermedad de las finanzas de los entes. Bajo esta premisa, creemos que el proyecto en comento, debería tener un régimen especial, que como en el caso de las entidades financieras prevenga las situaciones que pueden llevar a los clubes a estados de insolvencia y a su desaparición²⁴.

Pese a que en Colombia existe un régimen general de insolvencia que contempla buenos instrumentos para reactivación de las empresas, y al cual se pueden acoger los clubes en el momento en que sea necesario; pese a esto la experiencia internacional ha demostrado que los clubes en materia concursal requieren de un tratamiento complementario. En efecto, en países como España y Argentina, la evidencia muestra que no siempre las leyes concursales resultan por sí solas adecuadas a las empresas deportivas, en el caso particular argentino, en 1995 se expidió la ley de concursos y quiebras, a la que podían acogerse los clubes, sin embargo, cinco años después el Congreso de ese país profirió una ley especial para las entidades deportivas, cuyo objetivo principal es proteger al deporte como derecho social²⁵, lo que eleva a la empresa deportiva a un nivel superior al de las empresas comerciales comunes, de hecho en la práctica se han utilizado básicamente tres instrumentos para afrontar la crisis de los clubes: a) el Gerenciamiento²⁶; b) el fideicomiso de administración²⁷; y c) El Concurso Preventivo²⁸. Por esto, sería muy importante analizar la experiencia de dicho país para tomar puntos de referencia a la hora de implementar las herramientas especiales aplicables a los clubes.

Conclusiones.

Como colofón a este estudio, podemos afirmar que el proyecto de ley en comento constituye un importante avance en el derecho colombiano, porque permitirá que los actuales clubes se conviertan en empresas mercantiles, con lo que podrán aprovechar todos los recursos legales para estructurar entes corporativos bien organizados, y con capacidad de solidificar un patrimonio que les garantice su supervivencia. Sin embargo, debe dejarse en claro que a diferencia de otros países, el proyecto colombiano, no crea un nuevo tipo societario, solo se limita a reglamentar las peculiaridades que deben tener las SA cuyo objeto sea la explotación del deporte profesional.

Al margen de lo anterior, creemos que el proyecto de ley debe ser complementado con algunos temas como los relacionados con las nuevas formas de financiación, la responsabilidad de los administradores de los clubes, los incentivos tributarios para nuevos inversionistas y un reglamento especial para la prevención de la insolvencia de las instituciones deportivas, a fin de que se aproveche realmente esta

²⁴ En el sector financiero colombiano a estos mecanismos se les conoce como institutos de salvamento y protección de la confianza del público, porque en últimas pretenden que los ahorristas no pierdan la confianza en el sistema financiero y retiren sus dineros de la economía generando la parálisis de los sectores productivos que en gran medida dependen de la banca para financiar sus actividades; dentro de estos institutos se encuentran algunos como la vigilancia especial por parte del ente supervisor, las órdenes de recapitalización a los accionistas, la administración fiduciaria o la toma de posesión, que pudieran con la debida adaptación por la peculiaridad de los clubes servir a estos para proteger su patrimonio y funcionar adecuadamente.

²⁵ Congreso de la Republica Argentina. Ley 25.284 de 2000. Régimen de Entidades Deportivas.

²⁶ Consiste en estructurar convenios entre los clubes en dificultades económicas con inversionistas, a fin de garantizar la estabilidad patrimonial del club y el normal desenvolvimiento del mismo.

²⁷ Su objeto es administrar los clubes a fin de sanear su pasivo.

²⁸ Aquí se busca obtener una salida de la crisis mediante la negociación y el acuerdo entre el deudor y los acreedores para la continuación de la actividad empresarial de la concursada.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

oportunidad para construir un verdadero régimen legal para las sociedades deportivas.

Bibliografía.

Abel Avellán, José Luís y Velado Casar, Pablo, Regulación legal en España de las Sociedades anónimas deportivas. Revista Derechoydeporte.com

Alonso Martínez Rafael. La instauración del modelo de Sociedades Anónimas deportivas.

Bolsa de Comercio de Buenos Aires. CIFRAS PYMES - JUNIO DE 2009.<http://www.bcba.sba.com.ar/downloads/ReporteJunio2009.pdf>

Bolsa de Comercio de Buenos Aires. Régimen para Pymes. www.bcba.sba.com.ar

Comisión Nacional de Valores (CMV) de Argentina. Resolución General 506 de 2007.

Congreso de la Republica Argentina. Ley 25.284 de 2000. Régimen De Entidades Deportivas.

García Campos Idelfonso. Las sociedades anónimas deportivas y la responsabilidad de sus administradores. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A. Madrid, 2006.

Gobierno de Colombia. Proyecto de ley por medio del cual se modifican los artículos 29, 30 y 31 de la ley 181 de 1995, y se dictan otras disposiciones.

Perea Sánchez Alexis Faruth. Fútbol y Mercado de valores. Mecanismos para la financiación de los clubes colombianos a través del mercado bursátil.
<http://nuke.dd-el.com/LinkClick.aspx?fileticket=AyMjNWK1sEQ%3d&tabid=60&mid=396>

Villegas Lazo Antonio. Las sociedades anónimas deportivas en diferentes países.
<http://nuke.dd-el.com/Portals/0/Ddel%204.pdf>

Alexis Faruth Perea Sánchez

La responsabilidad civil de directivos de clubs deportivos y de consejeros de sociedades anónimas deportivas

Por Xavier-Albert Canal Gomara *

Sumario

I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO DE LA ACTUAL REGULACIÓN.

II. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE DIRECTIVOS DEL DEPORTE NO PROFESIONAL.

A. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS DIRECTIVOS DE LAS ASOCIACIONES DEPORTIVAS

1. Notas introductorias.
2. Número de componentes.
3. Régimen de responsabilidad
4. Sujetos responsables
5. La responsabilidad solidaria de los miembros del órgano de gobierno

III. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTIVOS Y ADMINISTRADORES DEL DEPORTE PROFESIONAL.

A. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SAD

1. Notas introductorias
2. Cualidad de los administradores, nombramiento, funciones y retribución.
3. La obligación de las SAD de tener un órgano de administración colegiado.
4. El régimen de responsabilidad de los administradores.
5. El régimen de responsabilidad en la LSA del Consejo de administración.
6. Las diferentes acciones a ejercitar
 - 6.1 *La acción social.*
 - 6.2 *La acción individual de responsabilidad.*
 - 6.3 *Régimen especial por los supuestos de obligación de disolver la sociedad*

B. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTIVOS DE CLUBES DEPORTIVOS

1. Notas introductorias.
2. Presupuestos de la exclusión:
3. Régimen jurídico de estos clubes.

I. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTO DE LA ACTUAL REGULACIÓN.

En la década de los ochenta, los clubes deportivos estaban regulados por la Ley 13/80, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y del Deporte, junto con el desarrollo reglamentario, el Real decreto 177/1981, de 16 de enero. La totalidad de clubes deportivos, ya sean grandes o pequeños, profesionales o no, eran tratados

* El autor es Abogado, Presidente de la Sección de Derecho Deportivo del Colegio de Abogados de Barcelona, Director del curso que sobre esa material realiza el citado colegio profesional, fundador de la Asociación Catalana de Derecho Deportivo, miembro de la Asociación Española de Derecho Deportivo y autor de diversas publicaciones y ponencias relacionadas con el Derecho Deportivo.

como, tal como establecía el artículo 11 de la mencionada Ley, como "*asociaciones privadas con personalidad jurídica y capacidad de obrar*", siendo su único objetivo "*el fomento y la práctica de la actividad física y deportiva, sin fin de lucro*".

Una de las carencias del sistema era las pocas facilidades que tenían los interesados (socios o terceros) para exigir responsabilidades a dirigentes por su gestión. Ante la falta de una norma específica, la situación no quedaba muy clara y existía una sensación de irresponsabilidad de los socios y de los directivos por las deudas generadas²⁹.

A pesar de ello algunos autores³⁰ opinan, a mi modo de entender acertadamente, que dada la estructura jurídica de estas asociaciones sus socios y sus directivos podían responder personal e ilimitadamente por las deudas sociales.

Debemos indicar que esta situación de cierta impunidad afectaba principalmente a los clubes deportivos que competían en deportes profesionales.

La realidad es que, en aquellos años, muchas directivas de clubes deportivos, se lanzaron a gastos incontrolados (fichajes a precios desorbitados, remodelación de los estadios, fiasco del Mundial de Fútbol de 1982, gestión poco profesionalizada, entre otros) degenerándose la situación en un importante endeudamiento de la mayor parte de clubes de fútbol de las categorías denominadas nacionales (principalmente, primera y segunda división), así como también de algunos de los clubes de baloncesto.

Las deudas en el fútbol en el año 1985 estaban alrededor de unos 20.727 millones de pesetas (124.571.778,87 euros)³¹. Lógicamente, la Administración no podía ver sino con preocupación esta situación y por ello surgió el primer Plan de Saneamiento en el año 1985, fruto del Convenio entre el Consejo Superior de Deportes y la Liga Nacional de Fútbol Profesional (LNFP), de junio de ese año. Por el mismo, se decidía el pago de las deudas financiándose con cargo del 2,5% de la recaudación de las quinielas³². Ahora bien, ante la inyección económica que tuvieron, los clubes se lanzaron con más ímpetu si cabe al gasto sin control, agrandándose el endeudamiento y llevando al fracaso al citado Plan.

Justo es de decir que este no fenómeno no solo afectaba al estado español, sino que tenía reflejo en otros estados cercanos, como Francia y Italia. Estos últimos, para intentar paliarlo, impusieron ciertas estructuras capitalistas a los clubes de sus estados³³.

Efectivamente, en Italia, tras diversos avatares legislativos y jurisdiccionales, se aprobó la Ley 91, de 23 de marzo de 1981, por la que se imponía a los clubes que tenían contratados deportistas profesionales, la forma de Sociedad Anónima o limitada, con un régimen muy similar al de las sociedades anónimas o limitadas ordinarias pero excluyéndoles el ánimo de lucro y con un férreo control

²⁹ CAZORLA PRIETO, L.M.. *Las sociedades Anónimas Deportivas*. Madrid, Civitas, 1990, págs., 26-28; FUERTES LÓPEZ, M.: *Asociaciones y Sociedades Deportivas*. Madrid, 1992, págs. 97-98.

³⁰GUTIÉRREZ GILSANZ, A. *La conversión de clubes deportivos en sociedades anónimas deportivas*. Revista Derecho de Sociedades, núm. 17. 2001, pág. 179, opina que "*los socios respondían personalmente, ilimitadamente y mancomunadamente o incluso, personalmente, ilimitadamente y solidariamente por las deudas y, en cuanto a posibles reclamaciones a los directivos, acudir al régimen de los administradores de la sociedad civil o incluso de la sociedad colectiva, dependiendo de la opinión que se tuviera sobre la verdadera naturaleza jurídica de un club deportivo*".

³¹ MARTÍN QUERALT, G. *Lo que el fútbol se llevó. Hacienda y fútbol: una asignatura pendiente*. Valencia. Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2003, pág. 42.

³² El art. 1 del RD 918/1985, de 11 de junio, por el que se determina la distribución de la recaudación procedente de las apuestas mutuas deportivo benéficas (BOE núm. 149 de 22/06/85) establecía que "*de la recaudación íntegra obtenida por el Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado procedente de las apuestas mutuas deportivas benéficas, (...) se distribuirá el 1 por ciento de dicha recaudación íntegra a los clubes de fútbol con jugadores profesionales en su plantilla que lo percibirán a través de la Liga de Fútbol Profesional (...). El CSD tendrá también una participación del 1,5 por cien de la recaudación íntegra para que pueda arbitrar subvenciones que faciliten la reestructuración y saneamiento del fútbol profesional*".

³³ VAREA SANZ, M. *La Administración de la Sociedad Anónima Deportiva*. Madrid, Civitas, 1999, pág. 31.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

administrativo por parte del Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI) y de las federaciones deportivas nacionales. Posteriormente, en el año 1996, se modificó la norma primigenia que impedía que se repartiesen dividendos, abriéndose a la posibilidad de entrada de inversores que quisieran obtener beneficios.

En Francia se estableció un sistema dual. La Ley 84-610, de julio de 1984 obligó a toda asociación deportiva que tuviera cierto número de ingresos o tuviera deportistas profesionales, a adoptar o la forma de société à objet sportive (SOS) o la de société d'économie mixte (SEM)³⁴ y³⁵y³⁶.

Volviendo a la situación del Estado Español, y visto el fracaso del Plan de Saneamiento de 1985, se aprobó por las Cortes españolas, la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (LD)³⁷ que, en sus disposiciones adicionales 11, 12, 13 y 15 y en las transitorias 3 y 5, ponía las bases para otro Plan, desarrollado en 1991, denominado Plan de Saneamiento para los clubes profesionales del Fútbol, cancelado el año 1998 al hacerse cargo de las deudas la LNFP.

La LD establece dos tipos de asociacionismo deportivo: el "*deportivo de base (...) mediante la creación de Clubes deportivos elementales, de constitución simplificada*" y "*un modelo de responsabilidad jurídica y económica para los clubes que desarrollaran actividades de carácter profesional (...) mediante la conversión de los Clubes profesionales en Sociedades Anónimas Deportivas*³⁸, (...) nueva forma jurídica que, inspirada en el régimen general de las Sociedades Anónimas, incorpora determinadas especificidades para adaptarse al mundo del deporte³⁹".

Para darle cumplimiento, la disposición transitoria primera señala que "*los Clubes actualmente existentes que participen en competiciones oficiales de carácter profesional se transformaran*⁴⁰ en sociedades Anónimas Deportivas" estableciendo las reglas por la citada conversión.

Tal y como establece el artículo 19.1 LD "*las Sociedades Anónimas Deportivas*⁴¹ quedarán sujetas al régimen general de las Sociedades Anónimas, con las particularidades que se contienen en la Ley del Deporte y en sus normas de desarrollo". Estas normas de desarrollo son, actualmente, el RD 1251/1999, de 16 de julio, de sociedades anónimas deportivas (RDSAD)⁴², que sustituyó el RD 1084/1991⁴³ (excepto sus disposiciones transitorias que se mantienen en vigor por aplicación de la disposición derogatoria única del RDSAD 1999).

³⁴ En la SOS es la Asociación deportiva la que constituye la sociedad anónima, ostentando la mayoría de capital y votos. En la SEM, participan en el capital, además de la Asociación deportiva, las corporaciones locales donde tiene su domicilio el club en cuestión.

³⁵ En otros Estados de la actual Unión Europea también se produjeron cambios legislativos parecidos. En Grecia se impuso la obligación de conversión en sociedades anónimas en el año 1979 sólo a los clubes de fútbol de primera división. En Portugal, la Ley 1/90 establece que los clubes deportivos profesionales se conviertan en sociedades deportivas o continuar como personas colectivas sin ánimo de lucro, aunque sujetas éstas últimas, a un régimen especial de gestión. A partir de 1997, se permite a las sociedades repartir dividendos.

³⁶ Por su importancia deben destacarse los artículos de VILLEGAS LAZO, A. *Las sociedades anónimas deportivas en diferentes países*, Derecho deportiva en línea (Ddel) núm. 4, 2004-2005 y *Las sociedades anónimas deportivas en algunos países sudamericanos*. Revista Jurídica de deporte y entretenimiento. Thomson Aranzadi, núm. 13, 2005, págs. 279 a 293.

³⁷ La LD fue objeto de una reforma importante por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

³⁸ Señalar que en el año 1984 se constituyeron sociedades anónimas con denominación idénticas a las de clubes de fútbol españoles. Su inscripción fue denegada por los Registradores Mercantiles, confirmadas por la Dirección General de Registros y Notariado, por ser "*idéntico el nombre adoptado por las mismas al de entidades deportivas notoriamente conocidas (...), lo que puede inducir a error a los terceros (...) con infracción de la buena fe que debe presidir las relaciones mercantiles*". Sobre ello ver el artículo de RIBERA PONT, MC, *Las sociedades Anónimas Deportivas*, en Revista crítica de derecho inmobiliario núm. 605, 1991, págs. 1762-1764.

³⁹ Exposición de Motivos de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

⁴⁰ La mayor parte de la doctrina critica el término transformación. Por todos, VICENT CHULIA, F. *Dictamen sobre la constitucionalidad de la Ley del Deporte, de 15 de octubre de 1990, en la regulación de las Sociedades Anónimas Deportivas, a petición de la Junta Directiva del Valencia Club de Fútbol*, Revista General de Derecho, núm. 571, abril 1992, pg. 2873; y GARCÍA CAMPOS, I. *Las Sociedades Anónimas Deportivas*. Madrid, Civitas, 1996, pág. 25.

⁴¹ Sobre el acierto de la figura de las SAD, se manifiestan a favor, entre otros y por todos: CAZORLA PRIETO, L.M. *Las Sociedades Anónimas Deportivas*. Madrid. 1990 y en contra, entre otros y por todos: SAINZ DE SANTAMARIA VIerna, A. *Los Clubes de Fútbol ¿Sociedades Anónimas?*. Revista Jurídica La Ley, núm. 4. 1988; GARCÍA CAMPOS, I. *op. cit.*: OLIVENCIA, M. Prólogo de la obra de SELVA SANCHEZ, LM, *Sociedades Anónimas Deportivas*. Madrid. 1992, pág. 16.

⁴² Modificado parcialmente por el RD 1412/2001, de 14 de diciembre por lo que hace al capital social mínimo y sobre la información periódica que han de remitir las SAD al Consejo Superior de Deportes.

⁴³ A su vez, el RD 1084/1991 había sufrido modificaciones parciales por los RD 449/95 y 1846/96.

Por otra parte, el régimen general de las sociedades anónimas, está compuesto por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) y el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (RRM), y las modificaciones de las que han estado objeto ambas normas desde su entrada en vigor. De especial trascendencia, por lo referente al régimen de responsabilidad, las introducidas por la Ley 26/2003⁴⁴, de 17 de julio, por el que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el RDleg 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas y, más recientemente, las de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España⁴⁵. En la que se refiere a las situaciones de concurso, mencionar la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal⁴⁶

De los que en el Preámbulo de la LD se llama clubes deportivos elementales, en su articulado establece tres tipos:

- a) Club deportivo elemental⁴⁷.
- b) Club deportivo básico⁴⁸.
- c) Clubes deportivos del artículo 18 LD. Curiosamente olvidados por el legislador en la clasificación de clubes deportivos que efectúa en el artículo 14 de la LD. Son los grupos de carácter deportivo formados en el ámbito de una entidad pública o privada en las que la actividad deportiva es accesoria a su objeto principal.

La diferencia entre unos y otros atienden a la complejidad de su constitución, más simple en el elemental, a la posibilidad de participar en competiciones de ámbito estatal e internacional en las que sólo pueden hacerlo los básicos y los del artículo 18 y en el carácter de accesoria de la actividad deportiva en este último.

Como hemos citado, la LD impone la forma de sociedad anónima deportiva (SAD) a todos los clubes que intervenían, intervienen o vayan a intervenir en las competiciones deportivas reconocidas como profesionales, es decir, según la disposición adicional Sexta del RD 1251/1999, la primera y segunda división de fútbol y la primera división masculina de basquet, denominada liga ACB. Quedan fuera de ella otras modalidades deportivas, por ejemplo el balonmano, en la que su liga, la ASOBAL, perfectamente podría ser considerada competición profesional.

Ahora bien, la propia LD estableció una excepción en el cumplimiento de esta obligación de conversión en SAD. En efecto, la Disposición adicional séptima de la LD indica que *"Los Clubes que, a la entrada en vigor de la presente Ley, participen en competiciones oficiales de carácter profesional en la modalidad deportiva del fútbol, y que en las auditorías realizadas por encargo de la Liga de Fútbol Profesional, desde la temporada 1985-1986 hubiesen obtenido en todas ellas un saldo patrimonial neto de carácter positivo, podrán mantener su actual estructura jurídica, salvo acuerdo contrario de sus Asambleas"*. Las mismas reglas, de acuerdo con la disposición adicional octava, serán aplicables a los clubes que participen en competiciones oficiales de carácter profesional en la modalidad de baloncesto.

Los clubes que se encontraban en esta situación fueron: el Athletic de Bilbao y el Osasuna en fútbol y el FC Barcelona y el Real Madrid con secciones en fútbol y baloncesto.

⁴⁴ BOE núm. 171 de 18/07/2003. Conocida como Ley de Transparencia

⁴⁵ BOE núm. 273 de 15/11/2005.

⁴⁶ BOE núm. 164 de 10/07/2003.

⁴⁷ Artículo 16 LD.

⁴⁸ Artículo 17 LD.

No obstante, la exceptuación de la obligación comporta unas importantes modificaciones en el régimen general del derecho de asociaciones como explicaremos más adelante.

Ya hemos indicado que lo que más preocupaba al legislador era la situación económica en que se encontraban los Clubes. Por ello excluye de la conversión obligatoria en SAD a los que tuvieran un saldo patrimonial neto de carácter positivo. Conocer que clubes tenían ese saldo patrimonial positivo en los clubes de fútbol profesionales era sencillo ya que eran objeto de auditorias, por encargo de la LFP, desde la temporada 1985-86. En cambio, los clubes de baloncesto nunca habían sido objeto de aquellas y la propia LD, en la disposición adicional octava, tuvo que prever que los clubes que quisieran mantener su estructura jurídica deberían ser objeto de las mismas bajo la supervisión de la Asociación de Clubs de Baloncesto (ACB) referidas a las cuatro temporadas anteriores.

En resumen, dentro del deporte profesional nos encontramos con dos estructuras asociativas diferenciadas:

- Las Sociedades Anónimas Deportivas (SAD)
- Los Clubes deportivos excluidos de la obligación de convertirse en SAD.

Dentro del deporte no profesional, las estructuras asociativas son los clubes deportivos elementales, los básicos y los del artículo 18 LD.

El régimen de responsabilidad de los directivos de los clubes elementales y básicos es el mismo.

En cambio, las dos figuras asociativas del deporte profesional tienen diferente régimen de responsabilidad, sobretodo por lo que hace a las deudas, como veremos en las páginas siguientes.

II. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE DIRECTIVOS DEL DEPORTE NO PROFESIONAL.

A. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS DIRECTIVOS DE LAS ASOCIACIONES DEPORTIVAS

1. Notas introductorias.

La Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (LODA), afecta a todas las normas deportivas preexistentes, ya sean estatales o autonómicas.

El derecho de asociación es reconocido por la Constitución española como un derecho fundamental⁴⁹.

El artículo 1.2 de la LODA establece que el *"derecho de asociación se regirá con carácter general por lo dispuesto en la presente Ley Orgánica, dentro de cuyo ámbito de aplicación se incluyen todas las asociaciones que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico"*, enumerando en el punto 3 del mismo artículo algunas de las legislaciones específicas, citando expresamente las federaciones deportivas. Omite el artículo las asociaciones

⁴⁹ Art. 22 CE.

deportivas. No obstante, En la exposición de motivos de la Ley, cuando expone la compatibilidad de las modalidades específicas asociativas reguladas en leyes especiales, cita las asociaciones deportivas y no las federaciones. Entendemos que la ley engloba a las dos, puesto que ambas están reguladas en las mismas normas específicas y, además, el propio artículo 1.3 cierra el círculo señalando que también lo estarán *“cualesquiera otras (asociaciones) reguladas por leyes especiales”*.

En lo que afecta al régimen de responsabilidad de los directivos, previsto en el artículo 15 de la LODA, la disposición final primera, numeral 2, de la misma, dispone este artículo es de aplicación directa en todo el Estado al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1ª de la CE⁵⁰.

La disposición final segunda establece el carácter supletorio de la LODA respecto de cualesquiera otras que regulen tipos específicos de asociaciones.

Por tanto, el marco normativo regulador de las asociaciones deportivas es el siguiente:

- La LD.
- La LODA. De aplicación supletoria a la LD⁵¹.
- RD 1835/1991, de 20 de diciembre, federaciones deportivas españolas y registro de asociaciones deportivas⁵².
- Leyes autonómicas reguladoras de las asociaciones⁵³ y las normas reglamentarias de desarrollo, y leyes de asociaciones deportivas⁵⁴ que serán de aplicación a las asociaciones deportivas que desarrollen sus funciones exclusivamente en el ámbito de su respectiva Comunidad Autónoma.

Ante tal diversidad normativa, aún cuando las diferencias entre unas y otras tampoco son excesivas en el fondo y poco en la forma, no podemos desarrollar, ni nos atrevemos a hacer, una recensión de todas ellas. Nos remitiremos a la LODA que, como ya indicaremos, en el régimen de responsabilidad es de aplicación caso de incompatibilidad de otra norma.

A los efectos de este estudio, sólo trataremos del régimen de responsabilidad en las asociaciones que se hallan inscritas en el registro correspondiente.

El régimen de responsabilidad de los directivos se halla en el artículo 15 de la LODA, numerales 3, 4 y 5:

“3. Los miembros o titulares de los órganos de gobierno y representación, y las demás personas que obren en nombre y representación de la asociación, responderán ante ésta, ante los asociados y ante terceros por los daños causados y las deudas contraídas por actos dolosos, culposos o negligentes.

⁵⁰ Que establece que: *“El estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”*.

⁵¹ Disposición final segunda. También entienden de aplicación la LODA, PEDRO DELGADO, M de, en *Situación actual del marco jurídico asociacionista deportivo español, tras la STC 173/1998, las leyes del deporte y la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de Asociación*, Derecho deportivo en línea, Boletín núm. 3, 2003-2004, págs. 23 a 26; GÓMEZ GÁLLIGO, J, *Sociedades anónimas deportivas y asociaciones deportivas. El objeto de esta ponencia es analizar las dos posibles configuraciones jurídicas de los clubes de fútbol: las asociaciones deportivas y las sociedades anónimas deportivas*. Revista Jurídica del deporte ... y SANTOS MORÓN, MJ, *La responsabilidad de las asociaciones y sus órganos directivos*. Madrid. Iustel, 2007,

⁵² A los efectos de las asociaciones deportivas y su registro es de especial importancia la adición del Capítulo XI introducida por el artículo 3 del RD 1252/1999, de 16 de julio.

⁵³ Las leyes autonómicas son aplicables a las asociaciones que desarrollen sus actividades en el ámbito exclusivo de su Comunidad Autónoma. Si una asociación ejerce sus funciones en todo el territorio español o en varias Comunidades Autónomas, les será de aplicación la LODA. Actualmente, Ley de asociaciones vasca (Ley 3/1998), Ley de asociaciones catalana (Ley 7/1997), Ley de asociaciones canaria (Ley 4/2003) y Ley de asociaciones andaluza (Ley 4/2006).

⁵⁴ La totalidad de las Comunidades Autónomas han elaborado normativa en este ámbito.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

4. *Las personas a que se refiere el apartado anterior responderán civil y administrativamente por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones, y por los acuerdos que hubiesen votado, frente a terceros, a la asociación y a los asociados.*

5. *Cuando la responsabilidad no pueda ser imputada a ningún miembro o titular de los órganos de gobierno y representación, responderán todos solidariamente por los actos y omisiones a que se refieren los apartados 3 y 4 de este artículo, a menos que puedan acreditar que no han participado en su aprobación y ejecución o que expresamente se opusieron a ellas.*

6. *La responsabilidad penal se regirá por lo establecido en las leyes penales.”*

Ya hemos avanzado que este artículo es de aplicación directa en todo el territorio español, de acuerdo con la Disposición final primera.2 de la LODA, al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1^a de la Constitución. La Sentencia del Tribunal Constitucional 135/2006, de 27 de abril⁵⁵, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la ley de asociaciones catalana, se ha pronunciado en este mismo sentido, señalando que los preceptos reguladores de la responsabilidad de las diferentes leyes autonómicas serán de aplicación siempre que su contenido sea compatible con el de la norma estatal.

2. Número de componentes.

A diferencia de lo que sucede en algunas normas autonómicas, la LODA, ni en su artículo 7.1, que establece el contenido de los estatutos, ni en el artículo 11.4, señala cuál debe ser la composición del órgano de representación.

Tampoco el artículo 17.2 d) de la LD indica cuál debe ser el número de componentes, pero en la letra e) se refiere a directivos.

A pesar que puede interpretarse que la LODA permite el carácter unipersonal del órgano de representación, atendiendo al plural del artículo 17.2e) LD, nos decantamos por que el órgano de representación de un club deportivo sea colegiado. No obstante, habrá que estar, en su caso, a lo que prevean las normativas autonómicas.

3. Régimen de responsabilidad.

Responderán ante la sociedad, ante los socios y ante terceros por los daños causados y por las deudas contraídas por actos dolosos, culposos o negligentes (art. 15.3 LODA) y por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones y por los acuerdos que hubiesen votado (art. 15.4 LODA). Parece que los dos numerales atienden a dos supuestos diferentes. Fuera del ejercicio del cargo en el primero de ellos y consecuencia de su ejercicio en el segundo.

SANTOS MORÓN⁵⁶ mantiene que esta interpretación no puede sostenerse ya que *“si el daño lo causan cualquiera de las personas mencionadas (...) en su actividad particular (...) carecería de sentido su inclusión expresa en dicho precepto por tratarse de un supuesto ordinario de responsabilidad (...) y, si alguna particularidad*

⁵⁵ BOE Suplemento TC, núm. 125 de 26/05/2006.

⁵⁶ SANTOS MORON, MJ, *op.cit.*, pág. 120.

poseen los supuestos comprendidos (...) es que se trata de supuestos de responsabilidad ligados a la condición de órgano asociativo".⁵⁷

Debemos entender que son los actos realizados de modo doloso, culposo o negligente, por los miembros del órgano de gobierno. Nos encontramos ante un sistema de responsabilidad por culpa o negligencia y no en un caso de responsabilidad objetiva. Entendemos, por tanto, que no asumirían responsabilidad en caso fortuito o de fuerza mayor.

4. Sujetos responsables

El artículo 15 LODA establece que lo serán "*los miembros o titulares de los órganos de gobierno y representación*" y "*las demás personas que obran en nombre y representación de la asociación*".

La doctrina ha debatido sobre si debe entenderse que la asamblea general, "*órgano supremo de gobierno*"⁵⁸ debe considerarse a los efectos de responsabilidad como órgano de gobierno o, por el contrario, sólo debe referirse al órgano directivo⁵⁹.

Ciertamente, si ponemos en relación los artículos 11.3 y 15 podría llegarse a la conclusión que ante un acuerdo adoptado por la asamblea general, aunque ejecutado por el órgano directivo, que fuera lesivo para la asociación, un asociado o un tercero, los asociados que se hubieran manifestado a favor serían responsables y, por tanto, responderían personalmente ante la asociación o ante el perjudicado. Entendemos que esta interpretación lleva a resultados absurdos y vulneraría la limitación de responsabilidad de los socios de la asociación.

Otra cuestión a dilucidar es la extensión de la responsabilidad. El artículo 15 LODA señala que también serán sujetos responsables las demás personas que obran en nombre y representación de la asociación. En el ámbito de las sociedades, el artículo 133.2 de la LSA⁶⁰ extiende al administrador de hecho el régimen de responsabilidad de los administradores inscritos. En sede de las asociaciones entender una interpretación analógica de la norma mercantil es cuestionable.

Ahora bien, si una persona actúa como órgano directivo sin ser miembro, sin haber sido escogido para ello, circunstancia que puede darse en la práctica, sería injusto que, si con su actuación produce un daño, quedara eximido de responsabilidad. Creemos que el daño causado puede repararse si se dan los presupuestos necesarios para poder efectuar una imputación de responsabilidad de acuerdo con las normas generales⁶¹, ya sea por responsabilidad contractual o extracontractual. La distinción entre ambos tipos de responsabilidad no es dificultosa. Nos acogemos a la que establece REGLERO CAMPOS: "*la responsabilidad contractual tiene su presupuesto en el incumplimiento (o en el incumplimiento inexacto o parcial) de las obligaciones derivadas de un contrato, a consecuencia de lo cual queda insatisfecho el derecho de crédito y además, y eventualmente, es causa de un daño o perjuicio suplementario para el acreedor. (...). Por su parte, la responsabilidad extracontractual tiene como presupuesto la causación de un daño sin que entre*

⁵⁷ La misma autora cita la opinión contraria a la suya de DURAN RIVACOBA y DE LA REINA TARTIERE, *Código de asociaciones*, Pamplona, 2004, pág. 123

⁵⁸ Artículo 11.3 LODA.

⁵⁹ A favor de la inclusión de la asamblea general se manifiesta DE SALAS MURILLO, *Acerca de la responsabilidad de las asociaciones inscritas y de las personas que actúan en su nombre*, La Ley, julio 2004, referencia D-152, pág. 2.063 y en contra SANTOS MORÓN, MJ, *op. cit.*, pág. 254 y 255.

⁶⁰ En redacción dada por la Ley 26/2003, de 17 de julio (Ley de transparencia)

⁶¹ Nos adherimos, por tanto, a la opinión de SANTOS MORÓN, MJ, *op. cit.*, pág. 258

*dañante y dañado media una relación contractual previa, o preexistiendo ésta, el daño es por completo ajeno al ámbito que le es propio.*⁶²

5. La responsabilidad solidaria de los miembros del órgano de gobierno

Como ya hemos indicado, el artículo 15. 5 de la LODA indica que *“cuando la responsabilidad no pueda ser imputada a ningún miembro o titular de los órganos de gobierno y representación, responderán todos solidariamente por los actos y omisiones a que se refieren los apartados 3 y 4 de este artículo, a menos que puedan acreditar que no han participado en su aprobación o ejecución o que expresamente se opusieron a ello”*.

Normalmente los estatutos de las asociaciones recogen las competencias específicas de los miembros del órgano de gobierno (presidente, secretario, tesorero, etc) delimitando sus funciones. Si el daño ha sido provocado por el comportamiento de uno de ellos sin que pueda imputarse jurídicamente a los otros, la regla de la solidaridad no entraría en juego.

La regla de la solidaridad sólo sería aplicable cuando el daño sea consecuencia de un acuerdo o decisión adoptada colegiadamente o por una actividad ejercitada por el órgano de gobierno sin que pueda concluirse que el daño ha sido efectuado por uno de ellos, siempre que, además, el acto u omisión implique un comportamiento doloso o negligente.

III. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTIVOS Y ADMINISTRADORES DEL DEPORTE PROFESIONAL.

A. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SAD

1. Notas introductorias

Cabe señalar que para los administradores de estas sociedades hay dos tipos de responsabilidades: las propias de las sociedades anónimas y la responsabilidad por infracciones y sanciones que configuran la disciplina deportiva, es decir, una responsabilidad administrativa que se encuentra regulada en el Título XI de la LD (arts. 73 a 85), título que, por cierto, ha estado objeto de críticas por su defectuosa calidad técnica⁶³. Esta última excede del ámbito de este estudio y no entraremos en su desarrollo.

En el marco normativo previo a la reforma de la LD efectuada por la Ley 50/98, la responsabilidad de los administradores de una SAD eran, fundamentalmente, los mismos que los de las sociedades anónimas ordinarias con un agravamiento, tanto por los actos por los que respondían los administradores, como por los legitimados para ejercer la acción de responsabilidad y por las obligaciones de garantizar una hipotética responsabilidad económica.

Efectivamente, además de serles de aplicación los artículos 133 a 135 LSA, la LD y el RD 1084/91 establecían:

⁶² REGLERO CAMPOS, LF en *Tratado de Responsabilidad Civil*, capítulo I, Conceptos generales y elementos de delimitación, pág. 121. Thomson Aranzadi. 2003.

⁶³ BERTOMEU ORTEU, J. *Transformación de Clubes de Fútbol y Baloncesto en Sociedades Anónimas Deportivas*. Madrid. 1992 pág. 265-266; VAREA SANZ, M. *La administración de las Sociedades Anónimas Deportivas*. Madrid, Civitas, 1999, pág. 202; CAZORLA PRIETO, *op. cit.*, pág. 211.

a) En lo referente a sus actos. Artículo 24.6 LD: *"Con independencia del régimen general de responsabilidad de los Administradores, éstos responderán de los daños que causen a la Sociedad, a los accionistas y a terceros, por incumplimiento de los acuerdos económicos de la Liga Profesional correspondiente."* La singularidad venía porque, además de haber de responder por los daños causados en la sociedad, accionistas y terceros por actos contrarios a la ley, estatutos o realizados sin la diligencia debida (art. 133 LSA, en la su redacción anterior), también respondían por el incumplimiento de los acuerdos económicos de la liga Profesional correspondiente (antiguo art. 24.6 LD y art. 16 RD 1084/91⁶⁴).

b) En lo referente a los legitimados para accionar: El apartado 7 del mismo artículo 24 indicaba que *"la acción de responsabilidad contra los administradores podrá ser ejercitada, asimismo, por la Liga Profesional y la Federación Española correspondiente"*. Este acuerdo, no necesitaba para adoptarlo que estuviera previsto en el orden del día (art. 17 del RD 1084/91⁶⁵). Es decir, además de las personas legitimadas por accionar previstas en los artículos 134 y 135 LSA (en su redacción anterior), también se encontraban legitimados la Liga Profesional y la Federación Española correspondientes.

c) En lo referente a las obligaciones de garantizar su posible responsabilidad económica. Se imponía a los miembros del Consejo de Administración de las SAD la constitución de la fianza (o otra garantía) que fuera, como mínimo, del 5% del presupuesto de los gastos o la que fijaran los estatutos si establecía una de importe superior (art. 24.3 LD, redacción anterior y 13 del derogado RD 1084/91).

La doctrina no mantuvo una posición unitaria respecto si los administradores de las SAD estaban sometidos a un régimen de responsabilidad cualificada o no⁶⁶. Estas especialidades desaparecieron, tal como hemos dicho, por la modificaciones introducidas en la LD por la Ley 50/1998 y la aprobación del RD 1251/1999, de 16 de julio, Sociedades Anónimas Deportivas que, tal como expresa su Exposición de Motivos, *"ha tenido por finalidad básica la de aproximar el régimen jurídico de las sociedades anónimas deportivas al del resto de sociedades que adoptan esta forma societaria"*.

Por tanto, hoy en día, el régimen de responsabilidad de los administradores de las SAD es el previsto en la LSA.

2. Calidad de los administradores, nombramiento, funciones y retribución.

Si los estatutos no disponen lo contrario, para ser administrador no es necesario tener la condición de accionista⁶⁷, lo que abre la vía a que las SAD puedan tener administradores técnicos.

⁶⁴ Art. 16 RD 1084/91: "Con independencia del régimen general de responsabilidad de los Administradores, previsto en la legislación de Sociedades Anónimas, éstos responderán frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a terceros de los daños y perjuicios que causen por incumplimiento de los acuerdos económicos de la Liga Profesional correspondiente.

A tales efectos, la Liga Profesional pondrá en conocimiento de forma fehaciente todos aquellos acuerdos de contenido económico que afecten a la misma.

⁶⁵ Art. 17 RD 1084/91: "La acción de responsabilidad frente a los Administradores, prevista en el artículo anterior, podrá ser ejercitada, asimismo, por la Liga Profesional y la Federación Española correspondiente, previo acuerdo de sus respectivas Asambleas, que podrá ser adoptado aunque no conste en el orden del día, por mayoría de los participantes".

⁶⁶ Sobre si se trataba de un plus de régimen de responsabilidad la doctrina no ha estado unánime. Así SELVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pág. 142, mantiene que la LD añade un supuesto más a los del art. 133 LSA; FUERTES LÓPEZ, M. *op. cit.*, pág. 76 y VAREA SANZ, M. *op. cit.*, pgs 166-167 y pg. 199 y CIVERA GARCÍA, A. *La reforma del régimen jurídico de la Sociedad Anónima Deportiva*. Revista General de Derecho, núm. 663, 1999, pg. 14533, se manifiestan de la misma manera. De dos regimenes diferenciados o de doble responsabilidad comparten opinión, CAZORLA PRIETO, *op. cit.*, GOMEZ-FERRER SAPIÑA, *Sociedades Anónimas Deportivas*. Granada. Comares, 1992, pág. 94; BERTOMEU ORTEU, J., *op. cit.* pág. 259.

⁶⁷ Art. 123.2 LSA.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Tanto pueden ser administradores personas físicas o jurídicas⁶⁸, aunque se establecen ciertas prohibiciones. De acuerdo con lo que dispone el art. 24 de la LD⁶⁹, no lo podrán ser:

a) *Las personas señaladas en la LSA y demás normas generales de aplicación*⁷⁰.

b) *Quienes en los últimos cinco años hayan sido sancionados por una infracción muy grave en materia deportiva.*

c) *Quienes estén al servicio de cualquier Administración pública o sociedad en cuyo capital participe alguna Administración pública siempre que las competencias del órgano o unidad a la que estén adscritos estén relacionadas con la supervisión, tutela y control de las SAD.*

d) *Quienes tengan o hayan tenido en los dos últimos años la condición de alto cargo de la Administración General del Estado y de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ella, en los términos señalados en el artículo 1.2 de la Ley 12/1995, de 12 de mayo*⁷¹, *siempre que la actividad propia del cargo tenga relación con la de las Sociedades Anónimas Deportivas.*

Finaliza el citado artículo 24 en su apartado 3, disponiendo que *“quienes ostenten cargos directivos en una sociedad anónima deportiva no podrán ejercer cargo alguno en otra Sociedad Anónima Deportiva que participe en la misma competición profesional o, siendo distinta, pertenezca a la misma modalidad deportiva”*⁷².

Si se producen las incompatibilidades o prohibiciones del art. 24 LD o 124 LSA, *deberán ser inmediatamente destituidos, a petición de cualquier accionista, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir, conforme al art. 133 LSA, por su conducta desleal*” según dispone el artículo 132 LSA.

Los administradores deben ser nombrados por la Junta general⁷³. Igualmente, será la Junta general la que podrá acordar su destitución en cualquier momento⁷⁴, si bien en los supuestos de prohibición o incompatibilidad se aplica el artículo 132 como ya hemos citado.

Ni la LSA ni la LD regulan específicamente cuáles son las funciones de los administradores. No obstante, sus deberes se encuentran recogidos a la largo de la LSA como veremos más adelante cuando tratemos su régimen de responsabilidad.

Ninguna de las normas de aplicación, la LSA y la LD, establecen retribución obligatoria para los administradores. Ésta es optativa y, en su caso, *“deberá ser fijada en los estatutos. Cuando consista en una participación en las ganancias, sólo podrá ser detrada de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y estatutaria y de haberse reconocido a los*

⁶⁸ Caso que sea persona jurídica, situación prevista en los artículos 8, f) y 125 LSA, debe designarse a una persona física como representante suyo en el ejercicio de las funciones propias del cargo tal y como dispone el artículo 143 RRM.

⁶⁹ En su redacción dada por el art. 109.6 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

⁷⁰ No podrán serlo *“1. los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no hayan concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delito contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquellos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. 2. Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y demás persona afectadas por una incompatibilidad legal”* (art. 124 LSA, en su redacción dada por la Disposición adicional vigésima de la Ley Concursal). Asimismo, tampoco podrán serlo los administradores de otra sociedad competidora o personas con intereses contrapuestos, siempre que se pida su cese por cualquier accionista y por acuerdo de Junta general (art. 132.2 LSA).

⁷¹ La Ley 12/1995 fue derogada por la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado a la que debe entenderse efectuada la remisión.

⁷² Del mismo tenor el art. 21 RDSAD.

⁷³ Art. 123 LSA.

⁷⁴ Art. 131 LSA.

accionistas un dividendo del cuatro por ciento, o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido"⁷⁵.

3. La obligación de las SAD de tener un órgano de administración colegiado.

A pesar de que la LSA prevé diferentes maneras de regular el órgano de administración de la sociedad anónima, el art. 24.1 de la LD no te da elección, al establecer que "*El órgano de administración de las Sociedades Anónimas Deportivas será un Consejo de Administración compuesto por el número de miembros que determinen los Estatutos*"⁷⁶ Esta redacción, introducida por la Ley 50/1998, sigue imponiendo la forma de Consejo de administración por las SAD⁷⁷. No obstante, por aplicación de los art. 136 LSA y 124.1 d) del RD 1784/1996, de 19 de julio por el que se aprueba el reglamento del Registro Mercantil (RRM), el mínimo de miembros deberá ser de tres.

Nos encontramos ante una limitación de autonomía de la voluntad para escoger entre las diferentes formas de administración que permite el régimen de las sociedades anónimas, de la que no podemos entender su finalidad a pesar de que ciertos autores⁷⁸ lo justifican por el hecho de que, según su parecer, el funcionamiento colegiado facilita la adopción de acuerdos y asegura una gestión más coordinada, eficiente y coherente con el principio de responsabilidad solidaria. No obstante esta opinión, nos adherimos a lo que apunta MARIN HIT A⁷⁹ cuando manifiesta que la fórmula de consejo de administración *por se* no facilita esta adopción de acuerdos y una mejor coordinación y eficacia en la gestión.

Esta obligación de regirse por un consejo de administración no obsta para que, de acuerdo con lo que dispone el artículo 124 RRM, si lo prevén los estatutos de la SAD, se pueda crear una comisión ejecutiva o nombrar consejeros-delegados. Hecho que no es cuestionado por la doctrina y que se produce en la práctica.

4. El régimen de responsabilidad de los administradores.

La doctrina mercantilista señala que el estudio de las obligaciones de los administradores sirve "*para determinar cuáles son las prestaciones debidas para su cargo, de manera que, si estas se incumplen y de este incumplimiento resultan daños jurídicamente imputables a los administradores, entonces estos resultaran responsables y, consecuentemente, deberán afrontar las consecuencias*"⁸⁰.

Aunque parece lógico pensar que el principal deber de los administradores es el de administrar la sociedad, la LSA no lo regula expresamente, a excepción de una mención que hace en su artículo 9 h)⁸¹.

A parte de este deber, la LSA enumera otros que tienen los administradores de sociedades que no cotizan en Bolsa y, por tanto, los miembros de su consejo de

⁷⁵ Art. 130 LSA.

⁷⁶ El mismo tenor tiene el art. 21.1 RDSAD.

⁷⁷ El anterior redactado del art. 24.1, además, establecía en siete el número mínimo de miembros del Consejo de Administración de las SAD.

⁷⁸ FRADEJAS RUEDA, O.M, *La Sociedad Anónima Deportiva*. "Revista Derecho de Sociedades", núm. 9.1997, pág. 218.

⁷⁹ MARIN HIT A, L. *La nueva sociedad anónima deportiva*. "Revista Española de Derecho Deportivo", núm. 10.julio-diciembre 1998

⁸⁰ BISBAL MÉNDEZ, J. Prólogo a *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, pág.18, citado por DÍAZ ECHEGARAY, JL. a *Deberes y responsabilidad de administradores de sociedades de capital*. Aranzadi. 2004, pág. 75.

⁸¹ El art. 9 LSA regula el contenido de los estatutos de la sociedad, entre los cuales está, en la letra h): "*la estructura del órgano al que se confía la administración de la sociedad, determinando los administradores a quienes de confiere el poder de representación, así como su régimen de actuación, ...*"

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

administración. Efectivamente, son los establecidos, principalmente, por los artículos 127, 127 bis, 127 ter y 127 cuáter LSA⁸². Es decir:

- Desarrollar el cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal (art. 127.1).
- Informarse diligentemente sobre la marcha de la sociedad (art. 127.2)
- Cumplir los deberes impuestos por las leyes y por los estatutos con fidelidad al interés social (art. 127 bis).
- No utilizar el nombre de la sociedad ni invocar su condición de administrador en la realización de operaciones propias; no aprovechar oportunidades de negocio en beneficio propio; no intervenir en caso de conflicto de intereses y comunicar la participación en participaciones y cargos en sociedades competidoras y de competencia (art. 127 ter).
- Guardar secreto de las informaciones confidenciales (art. 127 cuáter).

Esta relación, como ya hemos adelantado, olvida la que sería la principal obligación: administrar el patrimonio social.

Por otra parte, también se ha de destacar que hay otros repartidos por el articulado de la ley que, para no ser de aplicación a la responsabilidad por deudas, no nos extenderemos⁸³.

A parte de las previstas en el régimen general de las sociedades anónimas, el RD 1251/1999 establece para las anónimas deportivas las obligaciones siguientes:

- Inscripción de la SAD en el Registro de Asociaciones Deportivas y la Federación correspondiente (art. 5.1).
- Solicitar la admisión a negociación de las acciones en las Bolsas de Valores (art. 9.1).
- Obligación de informar al Consejo Superior de Deportes (CSD) y a la Liga Profesional de la composición del accionariado (art. 18.1).
- Obligación de llevar una contabilidad diferenciada de las diferentes secciones deportivas (art. 19).
- Información sobre la modificación de estatutos al CSD y a la Liga correspondiente, así como el nombramiento o separación de los administradores (art. 23).

También debe hacerse mención de la obligación de comunicar al CSD la decisión de enajenar a título oneroso instalaciones deportivas propiedad de la SAD, según preceptúa el art. 25.2 de la LD.

Una vez señalados los deberes, hace falta ver cual es el régimen de responsabilidad de los miembros del consejo de administración. Al haber desaparecido, tal y como ya hemos indicado, todas las especialidades del régimen de los administradores de

⁸² Del redactado establecido por la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, aprobado por el Real decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

⁸³ Son los art. 17,41,42 y ss.,53,55,56,59,74 y ss,82,97,98,100,104.2,107,112,114,117,143,128,150,171 y ss., 212.2,216,218,221,234,236,237,256,257,262,265.2,292 y 294.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

las SAD, se les será exigible la responsabilidad general tal y como está establecida en el artículo 133 LSA⁸⁴:

"1. Los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

2. El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador.

3. Responderán solidariamente todos los miembros del órgano de administración que realizó el acto o adoptó el acuerdo lesivo, menos los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieran expresamente a aquél.

4. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que aquel acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general".

Si comparamos el actual redactado con el anterior, veremos que las modificaciones fueron las siguientes:

- Párrafo primero: se prevé expresamente la responsabilidad del administrador por omisiones y sustituye la causa de responsabilidad por "*actos (...) realizados sin la diligencia debida*" por otro que consiste en "*los actos u omisiones (...) realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo*".

- Párrafo segundo: Introduce la responsabilidad para los administradores de hecho.

- Párrafo tercero: reproduce el antiguo párrafo segundo.

- Párrafo cuarto: reproduce el antiguo párrafo tercero.

La pretensión del régimen de responsabilidad de los administradores es que estos cumplen, con la diligencia que les viene impuesta, los deberes que están previstos dentro del ordenamiento jurídico y, si los incumplen y resultado de este incumplimiento se produce un daño, se les obliga a solucionarlo.

Esta responsabilidad regulada en el artículo 133 es una responsabilidad por culpa. Esto supone que no es suficiente el daño para que aparezca, sino que, además, es necesario que tenga origen en un acto o acuerdo que esté encuadrado en alguna de las categorías de culpa. Ha de haber concurrencia de daño, culpa y nexo causal. Por tanto, no podemos hablar, en estos casos de responsabilidad objetiva. La culpa ha de ser, además, personal, respondiendo solo los administradores incurridos en culpa.

Desde el Código de Comercio de 1829 hasta el actual LSA, el legislador ha requerido la culpa o la negligencia del administrador para que incurra en responsabilidad. El artículo 133 prevé que, para que haya responsabilidad de los administradores no es suficiente que sus actos sean lesivos para los intereses sociales. Los administradores solo responden por los daños causados por actos u

⁸⁴ En su redacción dada por el artículo segundo, seis de la Ley 26/2003, Ley de Transparencia.

omisiones contrarios a la ley, los estatutos o por incumplimiento de los deberes inherentes al desarrollo de su cargo.

La jurisprudencia al respecto es numerosa. Como ejemplo citaremos la STS de 29 de abril de 1999 por la que "... *este tríptico de causas determinantes, requiere a su vez: 1) conducta ilícita, el acto, la voluntad de conducta, la ilicitud, la transgresión por cada una de las tres causas, en la ley, en los estatutos o en la falta de diligencia; 2) la producción del daño y naturalmente; 3) el nexo causal que se sobrentiende*".

Ahora bien, el artículo 133 sólo está referido, como acertadamente apunta SANCHEZ CALERO ⁸⁵ en daños producidos a la sociedad, ya que la responsabilidad del daño causado por los administradores a intereses directos de los socios y de terceros se encuentra específicamente regulada en el artículo 135 LSA que establece la acción individual de responsabilidad, diferente de la acción social de la que estamos haciendo referencia.

En efecto, ha diferenciarse claramente la acción social de la individual. La distinción viene dada por la incidencia del daño. Si el perjuicio recae sobre el patrimonio de la sociedad, procede la acción social; por el contrario, si el daño se produce sobre el patrimonio de socios o terceros, corresponde la acción individual.

Otra cosa es la legitimación para ejercer la acción de responsabilidad social del artículo 134 LSA, que desarrollaremos más adelante. Las acciones u omisiones de los administradores pueden infligir indirectamente daños a accionistas o acreedores sociales. Por ello, la LSA les permite ejercer aquella para acción para reparar el patrimonio social lesionado, pero en ningún caso el suyo propio, el patrimonio del accionista o de los acreedores⁸⁶.

Uno de los aspectos más problemáticos que se dan en el ámbito de la responsabilidad de los administradores la encontramos en la carga de la prueba. Ni la antigua LSA de 1951 ni la actual establecen ninguna norma reguladora de la carga de la prueba. La Disposición derogatoria única punto 2 apartado 1º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), derogó, entre otros, el artículo 1214 del Código Civil que hasta entonces era la norma general de la carga de la prueba. Para ella la prueba de todos los presupuestos de responsabilidad de los administradores correspondía a quien pretendía ejercer la citada acción. La norma general, en la actualidad, se encuentra recogida en el artículo 217 de la LEC. De acuerdo con este artículo, sigue correspondiendo al actor acreditar los hechos en que fundamenta su reclamación. No obstante, el número 5 de este artículo ⁸⁷ permite al juzgador considerar la dificultad que pueda tener el actor para conseguir documentación que se encuentra en poder de los administradores.

5. El régimen de responsabilidad en la LSA del Consejo de administración.

Ya hemos apuntado que la responsabilidad de los administradores es por culpa personal. El demandante ha de acreditar el acto o acuerdo lesivo, el daño hacia la sociedad y el nexo causal entre ambos.

Cuando nos encontramos ante un órgano colegiado, como es el consejo de administración, estructura obligatoria para las SAD, las cosas se complican.

⁸⁵ SANCHEZ CALERO, F. *Supuestos de responsabilidad de los Administradores en la sociedad anónima*. Madrid. 1991, pág. 908.

⁸⁶ En el mismo sentido ALONSO UREBA, A. *Presupuestos de la responsabilidad social de los Administradores de una Sociedad Anónima*. Revista de derecho Mercantil, núm. 198, octubre - diciembre 1990, pág. 684; DIAZ ECHEGARAY, JL. Op. cit. Pág. 191.

⁸⁷ Dispone el número 5 del artículo 217 LEC: "*Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio*".

El artículo 133 LSA prevé la responsabilidad solidaria de todos los componentes del órgano de administración, excepto los que acrediten su falta de responsabilidad.

Acreditar la culpa de cada uno de los miembros del consejo es un trabajo bastante complicado por no decir que a veces deviene imposible.

La LSA establece, para este caso, la responsabilidad solidaria de todos los miembros del órgano de administración que realizaron o adoptaron el acuerdo lesivo. ALONSO UREBA⁸⁸ afirma que *"la solidaridad implica la presunción de culpa y todos y cada uno de los administradores y supone, por tanto, una inversión de la carga de la prueba respecto de este supuesto de responsabilidad"*. La ley parte de la consideración que todos los acuerdos han sido adoptados con el conocimiento de todos los miembros del Consejo. Los que quieran eximirse de responsabilidad deberán probar que *"no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél"*, tal y como indica el artículo 133.3 LSA. No deja de ser criticable que si una de las obligaciones de los administradores es informarse de la marcha de la sociedad, artículo 127.2 LSA, y no asistir a las reuniones del consejo pueda considerarse omisión de diligencia, pueda ser motivo de exoneración de responsabilidad el desconocimiento del acuerdo. En este sentido, la STS de 22 de diciembre de 1999, considera que no basta la mera pasividad del administrador para exonerarse de responsabilidad, por lo que podemos concluir que sólo probando manifestación expresa de oposición en la propia sesión del consejo o con una justificación de los motivos por los cuáles no pudo asistir y la consiguiente impugnación del acuerdo, quedaría acreditada la diligencia del administrador.

Que el acuerdo o acto lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General no exime de responsabilidad.

Cada uno de los administradores responderá del total del importe de indemnización acordada como compensación del daño causado, pudiéndose dirigir quien ejercite la acción, contra cualquiera de ellos.

6. Las diferentes acciones a ejercitar.

6.1 La acción social.

Esta acción está regulada en el artículo 134 LSA.:

"1. La acción de responsabilidad contra los administradores se entablará por la sociedad, previo acuerdo de la junta general, que puede ser adoptado aunque no conste en el orden del día.

Los estatutos no podrán establecer una mayoría distinta a la prevista por el artículo 93 para la adopción de este acuerdo.

2. En cualquier momento la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieren a ello socios que representen el 5 % del capital social.

El acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados.

⁸⁸ ALONSO UREBA, A. *op. cit.* pág. 691

3. *La aprobación de las cuentas anuales no impedirá ni supondrá el ejercicio de la acción de responsabilidad ni supone la renuncia a la acción acordada o ejercitada.*

4. *Los accionistas, en los términos previstos en el artículo 100, podrán solicitar la convocatoria de la junta general para que esta decida sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad y también entablar conjuntamente la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad.*

5. *Los acreedores de la sociedad podrán ejercitar la acción social de responsabilidad contra los administradores cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos”.*

Como señala GARRIGUES ⁸⁹ *“la acción de responsabilidad requiere la existencia de un daño y este daño afecta al patrimonio social, es lógico que la sociedad sea la única titular de la acción de responsabilidad”,* añadiendo a continuación que *“no obstante, las exigencias de la vida real de las sociedades anónimas y la ponderación de los intereses en juego han llevado a la Ley a admitir, juntamente a la titularidad primordial de la sociedad, como directamente dañada por la conducta maliciosa o abusiva del administrador, la titularidad subsidiaria de los propios accionistas (...)” o de los acreedores sociales”.*

La STS de 29 de marzo de 2004, señala que *“el elemento definidor de esta acción es que a quien se produce el daño es a la sociedad”,* y será a ella a la que debe restituirse de sus pérdidas patrimoniales.

La acción, entonces, la hará la propia sociedad, previo acuerdo de la junta general, por la mayoría de los asistentes a la misma.

Para evitar maniobras por parte de los administradores tendentes a evitar la adopción de acuerdo, la LSA no obliga a que figure en el orden del día la adopción de este acuerdo. No obstante, igualmente dañino para los administradores y para la sociedad una demanda de responsabilidad adoptada por sorpresa y por una mayoría de los asistentes con una decisión predeterminada⁹⁰.

El número 2 del art. 134 dispone que, en cualquier momento, la junta general podrá transigir o renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opongan los socios que representen el 5 % del capital social, añadiendo el acuerdo de promover la acción o de transigir determinará la destitución de los administradores afectados.

Como se aprecia, la Ley concede a la minoría un derecho de veto, cuyo ejercicio impide la eficacia de un posterior acuerdo de la junta contrario al adoptado exigiendo responsabilidades.

El hecho de que se hayan aprobado las cuentas, no impedirá el ejercicio de la acción de responsabilidad, ni supone la renuncia a la acción acordada o ejercitada.

La responsabilidad es subjetiva o por culpa. Para que pueda prosperar esta acción es preciso que concurra una conducta del administrador, bien antijurídica por ser contraria a la Ley o a los estatutos, o bien culposa por no haber observado la

⁸⁹ GARRIGUES/URIA. *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, I y II, 3ª ed., revisada y puesta al día por Aurelio MENENDEZ y Manuel OLIVENCIA. Madrid. 1976.

⁹⁰ Diversos autores han puesto de manifiesto este peligro, por todos PARRA LUCAN, MA *Responsabilidad civil de administradores de sociedades* en *Tratado de responsabilidad civil* coordinada por REGLERO CAMPOS, op cit. pág. 1391

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

diligencia con la que debe desempeñar el cargo, y que el patrimonio social haya sufrido un daño. La jurisprudencia, incluso estando en vigor la LSA de 1951, ha venido exigiendo la prueba de que *"dicho daño es una consecuencia de la actuación objeto de reproche, de tal manera que si no se acredita dicho nexo causal debe desestimarse la demanda"*⁹¹.

En defecto del ejercicio de la acción por la sociedad, la LSA prevé que sean los propios accionistas quienes la ejerciten. Ésta legitimación no es otorgada de manera individual a cada accionista, sino que se configura como un derecho de minorías, exigiéndose un porcentaje mínimo de capital social, el citado 5%. En caso de que sea más de uno los accionistas necesarios para completar este porcentaje, deberán de actuar conjuntamente como una defensa y representación única.

El artículo 134 contempla, de forma alternativa, tres supuestos en los que los socios minoritarios pueden ejercer esta acción:

1) Que hayan solicitado la convocatoria de la junta general para que decida sobre el ejercicio de la acción social y que los administradores no la hayan convocado. La remisión que hace el artículo 134 al artículo 100 LSA, hace que la junta se haya de convocar para celebrarse dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se hubiese requerido notarialmente a los administradores para convocarla. Pasado este plazo, los accionistas que representen como mínimo el 5% del capital social podrán ejercer la acción de responsabilidad.

2) Cuando la sociedad no entablare la acción dentro del plazo de un mes a contar des de la fecha de adopción del correspondiente acuerdo.

3) Que se haya adoptado acuerdo por la junta general contrario a la exigencia de responsabilidad. En este caso, no hace falta esperar ningún plazo, pudiéndose ejercer por los socios minoritarios inmediatamente.

Para finalizar con los legitimados para ejercer la acción social, señalamos que pueden serlo los acreedores, en defecto de la sociedad o de los accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

La acción, a pesar de que sea ejercida por los acreedores, lo será en defensa de la sociedad. Se estará legitimado sólo con la simple posesión de la calidad jurídica de acreedor, sea cual sea la cantidad del crédito o título, pero el patrimonio de la sociedad debe ser insuficiente para saldar el crédito.

No queda clara la determinación del momento a partir del cual pueden los acreedores ejercer la acción, ya que no hay norma prevista.

A falta de esta, podemos diferenciar:

1) Se ha celebrado la junta general: Si esta ha resuelto contra el ejercicio de la acción, podrán ejercerla de forma inmediata y en el plazo de un mes si se ha resuelto de forma positiva pero no se ejercita la acción

2) Si no se celebra ninguna junta, los acreedores podrán ejercerla en cualquier momento, si se dan las circunstancias exigidas y la junta no ha estado convocada.

La LSA exige, además que el acuerdo o acto lesivo sea contrario a la ley, los estatutos o se haya realizado incumpliendo los derechos inherentes al desarrollo del cargo, que el patrimonio social sea insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

⁹¹ STS de 20 de diciembre de 2002.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

No se requiere que se haya intentado trabar bienes sin éxito, a pesar de que podrían ser el camino más habitual, pero no el único.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, introduce un nuevo elemento. Concretamente en su art. 48.2, establece:

"Sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, auditores o liquidadores, estarán legitimadas para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios.

Corresponderá al juez del concurso la competencia para conocer las acciones a las que se refiere el párrafo anterior.

La formación de la sección de calificación no afectará a las acciones de responsabilidad que se hubieran ejercitado".

Por tanto, es posible ejercer la acción aunque la sociedad haya estado declarada en concurso y los administradores judiciales están legitimados para hacerlo.

De importancia es la cuestión del plazo de prescripción. La actual LSA no contiene ninguna disposición que regule la prescripción de la acción de responsabilidad. La acción es de naturaleza contractual y, por tanto, el plazo debe vincularse al artículo 949 del Código de Comercio que prevé que *"la acción contra los socios, gerentes y administradores de las compañías o sociedades finalizará a los cuatro años, contados desde que por cualquier motivo cesaran en el ejercicio de la administración"*.

Esto puede plantear problemas ante administradores que ocupen su cargo durante largos periodos.

La solución hubiera podido llegar por la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, elaborada por la Ponencia Especial de la Comisión General de Codificación, sección de derecho mercantil, aprobada por ésta el 16 de mayo de 2002. Efectivamente, el artículo 133 de la propuesta indica que *"la acción de responsabilidad contra los administradores sociales, sea social o individual, prescribirá a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse"*.

Para determinar la fecha inicial para ejercer la acción, habrá que tener en cuenta dos fechas:

- 1) Si los administradores hubieran cesado en el cargo, la fecha inicial sería la del cese de los mismos en el cargo⁹².
- 2) Si los administradores no hubieran cesado en el cargo, el cómputo inicial será el de la fecha de la producción del hecho dañoso⁹³.

6.2 La acción individual de responsabilidad

La LSA, junto con la acción social, prevé una acción individual frente a los socios y terceros por el daño causado directamente al patrimonio de éstos.

En efecto, el artículo 135 LSA establece que *"no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan*

⁹² SAP Tarragona de 25 de febrero de 2000

⁹³ SAP Cuenca de 11 de febrero de 2000

corresponder a los socios y a los terceros por actos de Administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos".

El perjudicado, socio o tercero, reclama individualmente la reparación del daño que los administradores le ha producido.

Al igual que cuando tratábamos la acción de responsabilidad social citábamos la doctrina tradicional de la responsabilidad civil que exige, para que sea de aplicación, la concurrencia de daño, culpa o negligencia y relación de causalidad entre ambas, ésta también es aplicable a responsabilidad individual⁹⁴.

El daño se ha de acreditar. Encontramos diversa jurisprudencia al respecto (STS de 27 de noviembre de 1999, STS de 16 de febrero de 2000) y la carga de la prueba del daño corresponde al demandante (STS de 20 de diciembre de 2002).

El daño se ha de entender como directo, entendiéndose por tal cuando se incide de forma inmediata sobre el patrimonio del socio o del tercero.

El daño se ha de entender como directo, entendiéndose por tal cuando se incide de forma inmediata sobre el patrimonio del socio o del tercero.

Al igual que el daño, la culpa se ha de acreditar.

Sobre la naturaleza contractual o extracontractual de esta acción, que es importante delimitar por su prescripción, mayoritariamente por la doctrina se entiende que la posición más acertada es la de considerar que frente al socio puede ser contractual o extracontractual, según exista una obligación previa del administrador, y respecto a terceros sería un supuesto de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil, con plazo de prescripción de un año de acuerdo con el artículo 1.968.2 del mismo cuerpo legal.

La jurisprudencia ha sido fluctuante en esta materia. Ahora bien, la STS de 20 de julio de 2001, tras repasar diferentes sentencias del Tribunal⁹⁵, entiende necesario fijar la doctrina de la Sala y declara que *"el plazo de prescripción aplicable a la acción individual de responsabilidad contemplada en el artículo 135 LSA, es el de cuatro años del art. 949 C.Com."*⁹⁶. Más recientes y en el mismo sentido, citamos las STS de 7 de junio de 2002, 19 de mayo de 2003 y 26 de mayo de 2004.

6.3 Régimen especial por los supuestos de obligación de disolver la sociedad

El redactado anterior del artículo 262.5 de la LSA imponía la responsabilidad solidaria de las obligaciones sociales a los administradores cuando, concurriendo alguna de las causas de disolución previstas en el artículo 260.1, puntos 3, 4, 5 y

⁹⁴ La STS de 25 de noviembre de 2001, exige una relación directa entre la acción o omisión del administrador y el daño al socio o acreedor y la concurrencia de culpa o negligencia

⁹⁵ STS de 21 de mayo de 1992, la STS de 22 de junio de 1995, STS de 29 de abril de 1999, STS de 2 de julio de 1999, STS de 2 de octubre de 1999, STS de 31 de enero de 2001.

⁹⁶ Someramente indicar que los argumentos son los siguientes:

- A) *El art. 943 C.Com punto de partida para llegar al art. 1968.2 del Cc se refiere a las "acciones que en virtud de este Código no tengan un plazo determinado para deducirse en juicio", cuando el mismo art. 949 sí asigna un plazo determinado, el de cuatro años, a "la acción contra los socios gerentes y administradores de las compañías y sociedades"*
- B) *La acción individual es una norma mercantil cuyo complemento ha de buscarse en el C.Com antes que en el Cc.*
- C) *Existiendo en el C.Com una norma especial no ha de acudir al Cc en busca de otro plazo diferente que en realidad se establece para unas acciones menos específicas.*
- D) *En cierta medida es estéril la polémica en torno a la naturaleza jurídica contractual o extracontractual de la acción individual del art.135 LSA, dadas las diferencias entre la acción aquí examinada y la prevista en el art. 1902 CC.*
- E) *La unificación del plazo de prescripción en cuatro años conforme al art. 949 aporta una evidente seguridad jurídica.*
- F) *Por último, siendo la prescripción una figura de interpretación restrictiva, según reiterada jurisprudencia, en caso de duda sobre dos plazos de prescripción posiblemente aplicables, siempre habría que optarse por el de mayor duración por ser más favorable a la viabilidad de la acción ejercitada.*

7⁹⁷, no convocasen en el plazo de dos meses⁹⁸ la junta general, que era la que debía adoptar el acuerdo de disolución, o no solicitasen la disolución judicial en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución .

La justificación de esta norma es la de lograr la eficacia de unas formas de disolución que no operan de manera automática, sino que precisan de un acuerdo de junta general o, en su caso, de una decisión judicial. Si se produce el supuesto de hecho previsto en la norma, nace la responsabilidad del administrador que ve como puede atacarse su patrimonio por parte de los acreedores a los efectos de intentar satisfacer deudas que tiene contraídas con ellos la sociedad.

SANCHEZ CALERO estima que la jurisprudencia configura dicha responsabilidad como objetiva o cuasiobjetiva⁹⁹. La STS de 26 de junio de 2006 manifiesta que *“la jurisprudencia ha venido declarando esta responsabilidad no depende de la existencia de un nexo causal con el daño originado a los acreedores reclamantes y ni siquiera exige la concurrencia de este daño. La responsabilidad, en consecuencia, cuando se articula al amparo del artículo 262.5 LSA, puede calificarse de abstracta o formal, característica que, quizá con menor propiedad semántica, ha sido también descrita como objetiva o cuasi objetiva (SSTS de 3 de abril de 1998, 20 de abril de 1999, 22 de diciembre de 1999, 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 25 de abril de 2002 y 14 de noviembre de 2002, entre otras)”*.

Desaparece la necesidad de probar la culpa o negligencia del administrador. Tampoco es necesario acreditar la relación de causalidad de la conducta del administrador con el daño producido. Sólo debe acreditarse, al margen del daño que se pide, el dato objetivo de no haber instado la disolución de la sociedad, o haberlo intentado, cuando existía causa para ello.

Esta cuasi objetivización, no debe impedir la defensa del administrador. La STS de 24 de octubre de 2002 así lo entiende cuando indica *“... no es aceptable la interpretación literal, rígida e inflexible del art. 262.5 LSA, de modo que baste simplemente la no convocatoria de la junta de accionistas, o que no se solicite la disolución judicial, todo ello dentro de los plazos señalados en la citada norma para hacerlo, para que se declare la responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales...”*. No obstante, en el supuesto, si bien los administradores no habían actuado como les obligaba la norma, había sido un interesado, en base al artículo 262.3 LSA, el que había solicitado la disolución judicial de la sociedad en el plazo de dos meses.

No estamos ante un supuesto extraño en sociedades deportivas. En base a este artículo la STS de 22 de diciembre de 1999 condenó a los administradores del Real Burgos SAD a pagar más de 112 millones de pesetas a otro club deportivo por haber incumplido su obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que se adoptara en su caso, el acuerdo de disolución, una vez constatado que el patrimonio social se había reducido a una cantidad inferior al capital social.

⁹⁷ El art. 260 de la LSA establecía: 1. *La sociedad anónima se disolverá: 1º (...). 2º (...). 3º Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto o la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social o por la paralización de los órganos sociales, de modo que resulte imposible su funcionamiento. 4º Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o reduzca en la medida suficiente. 5º Por la reducción de capital por debajo del mínimo legal. 6º (...). 7º Por cualquier causa establecida en los estatutos.*

⁹⁸ Plazo previsto en el artículo 260.2 LSA.

⁹⁹ SANCHEZ CALERO, F, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, T. IV. Edersa, Madrid, 1994, pág. 327.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

La disposición adicional vigésima de la Ley 22/2003, Concursal, para concordar las normas de la disolución de las sociedades con lo que la aquella determina, modifica los artículos 124, 260 y 262 LSA.

Concretamente, el punto 4 del artículo 260.1 obliga a disolver la sociedad *“por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”*. Y atendiendo al principio de continuidad de empresa a pesar de la declaración de concurso, el nuevo redactado del número 2 del artículo 260 dispone que *“la declaración de concurso no constituirá, por sí sola, causa de disolución, pero si en el procedimiento se produjera la apertura de la fase de liquidación la sociedad quedará automáticamente disuelta. En este último caso, el juez del concurso hará constar la disolución en la resolución de apertura y, sin nombramiento de liquidadores, se realizará la liquidación de la sociedad conforme a lo establecido en el capítulo II del título V de la Ley Concursal*.

Vemos que se mantiene como causa de disolución la situación de pérdidas que dejen reducido el capital a una cantidad inferior a la mitad del capital social a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, pero ello sólo cuando no sea procedente solicitar la declaración de concurso, que se dará cuando *“la referida reducción determine la insolvencia de la sociedad, en los términos a que se refiere el artículo 2100 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”* (art. 262.2 LSA).

Más recientemente, la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea, vuelve a modificar el redactado del artículo 265.5 de la LSA, siendo el actual el siguiente:

“Responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución los administradores que incumplan la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución, así como los administradores que no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o al concurso.

En estos casos las obligaciones sociales reclamadas se presumirán de fecha posterior al acaecimiento de la causa legal de disolución de la sociedad, salvo que los administradores acrediten que son de fecha anterior”.

Tras esta continua modificación, tendentes a incrementar la responsabilidad de los administradores, podemos afirmar:

- 1) Se establece la responsabilidad solidaria de todos los miembros del Consejo de Administración que incumplan la obligación de convocar la junta general al objeto de adoptar el acuerdo de disolución o, habiéndola convocado, la junta no se hubiese constituido o hubiera votado en contra y en el plazo de dos meses desde la fecha prevista de constitución o desde el acuerdo contrario no hubiesen instado la disolución judicial. Igualmente, caso de no haber solicitado el concurso.

¹⁰⁰ Art. 2 LC: *“Presupuesto objetivo. La declaración de concurso procederá: 1. en caso de insolvencia del deudor común. 2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. 3. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”*.

- 2) Se crea una presunción "iuris tamtum"¹⁰¹ que las obligaciones reclamadas se han contraído con posterioridad a la situación legal de disolución.

Esta responsabilidad cuando incumplen obligaciones impuestas de disolver, especialmente, cuando se hayan producido pérdidas que dejen reducido el patrimonio social a menos de la mitad del capital social, o no hayan presentado el concurso, es el recurso que encuentran los acreedores de empresas insolventes para recuperar créditos impagados por éstas.

B. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTIVOS DE CLUBES DEPORTIVOS

1. Notas introductorias.

No todos los clubes que participan en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional tienen que transformarse por defecto de la LD en SAD.

La propia disposición transitoria primera de la LD recoge una excepción "*Quedan exceptuados de la transformación obligatoria a la que se refiere e párrafo anterior los clubes contemplados en las disposiciones adicionales séptima y octava*".

La DA séptima dice: "*Los clubes que a la entrada en vigor de ésta ley, participen en competiciones oficiales de carácter profesional en la modalidad deportiva de fútbol, y que las auditorias realizadas por encargo de la LFP, desde la temporada 1985-1986 hubieran obtenido en todas ellas un saldo patrimonial neto de carácter positivo, podrán mantener su estructura jurídica, excepto acuerdo contrario de sus asambleas, con las siguientes particularidades*". La octava añade que "*las mismas reglas convenidas en la disposición anterior serán aplicables a los clubes que en la entrada en vigor de ésta ley, participen en competiciones oficiales de carácter profesional de la modalidad de baloncesto*".

Al ser la situación económica en que se encontraban los clubes deportivos, especialmente el fútbol, lo que más preocupaba a la administración y al legislador, se excluyó de la transformación en SAD a los clubes que participaran en las competiciones oficiales de carácter profesional que tuvieran una economía saneada¹⁰².

2. Presupuestos de la exclusión:

- 1) Participar en el momento de entrada en vigor de la LD, en competiciones oficiales de carácter profesional. Se excluyen de la exclusión, por tanto, los clubes que se incorporen con posterioridad a las competiciones oficiales de carácter profesional.

- 2) Los clubes tenían que haber estado auditados por encargo de la LFP desde la temporada 1985-86. Para el baloncesto se tuvo que prever hacer las auditorias referidas a las cuatro temporadas anteriores.

- 3) Todas y cada una de las auditorias tenían que dar un saldo patrimonial neto de carácter positivo. Por saldo patrimonial neto de carácter positivo hemos de

¹⁰¹ Admite prueba en contrario, pero deberá serlo por parte de los miembros del Consejo de Administración.

¹⁰² VAREA SANZ, M. *op. cit.* pág. 205-206, señala que "*esa facultad, que pudiera suponerse un premio o reconocimiento del equilibrio financiero mantenido, además de alterar el régimen general de responsabilidad, no es sino el comienzo de la aplicación de un régimen de control más severo y riguroso que el previsto para las SAD que, no olvidemos, traen su origen de unos clubes endeudados y en delicada situación económica*".

entender que los derechos de contenido económico sean superiores a la suma de obligaciones de contenido económico.

4) No es necesario ningún acuerdo para mantener la estructura jurídica.

3. Régimen jurídico de estos clubes.

1) Clubes con diversas secciones: La DA, apartado 2 de la LD establece que los clubes que tengan diferentes secciones deportivas, profesionales o no, llevarán una contabilidad especial y separada para cada una de ellas y la DA 1 que *"los clubes que cuenten con diferentes secciones deportivas profesionales o no, formaran un presupuesto separado de cada sección, que formará parte del presupuesto general del club"*, añadiendo que *"los presupuestos de cada sección deportiva profesional se acompañaran de un informe que emitirá la liga profesional correspondiente"*.

2) Normas presupuestarias y de control. El presupuesto anual será aprobado por la asamblea. El proyecto de presupuesto se presentará a la asamblea acompañado de un informe que emitirá la Liga profesional. El precepto habla de presupuesto de club, sin determinar los deportes que abarca. El redactado es deficiente, entendemos que el informe de la liga profesional sólo deberá emitir del deporte profesional que le incumba.

3) Sumisión, a criterio de la Liga Profesional y del Consejo Superior de Deportes, a auditorias complementarias realizadas por auditores para las citadas entidades.

4) Normas que afectan a los directivos de estos clubes. Consagra la responsabilidad personal frente a la entidad deportiva de la que son dirigentes. Los miembros de las juntas directivas responderán mancomunadamente de los resultados económicos negativos que se generen durante el periodo de su gestión.

Como la responsabilidad es mancomunada, según el artículo 1137 del Código Civil, no se pueden exigir las deudas íntegramente de manera individual a todos y cada uno de los directivos. La responsabilidad es limitada, ya que no se extiende a cualquier deuda, sino a los *"resultados económicos negativos que se generen durante el periodo de su gestión"*. Ahora bien, el legislador no ha querido dejar en manos de los directivos la cuantificación del resultado, ya que, estos, *"serán ajustados considerando las salvedades de las auditorias"*. La DA 3ª.5 del RD 1251/99, considera resultados económicos positivos o negativos las variaciones positivas o negativas del patrimonio neto contable, no considerándose las que provengan de revalorización de activos.

Se les impone la obligación de depositar, antes de iniciar cada ejercicio, a favor del club y ante la Liga profesional, un aval bancario que garantice su responsabilidad y que llegue al 15 % del presupuesto de gastos, presupuesto, que como ya hemos dicho, se ha aprobado por la asamblea previo informe de la Liga profesional. Se exige renovación anual de este aval, es decir, se deberá depositar antes del 1 de julio, por el tiempo que esté la Junta directiva. Para el cálculo de la cuantía de los avales a depositar en los ejercicios sucesivos se tendrán en cuenta los resultados positivos o negativos acumulados, siempre que el Presidente de la junta directiva permanezca durante todo el mandato o que su sucesor haya sido miembro de dicha junta durante el período referido. En el supuesto que los resultados positivos fueren iguales o superiores al 15% del presupuesto de gastos, no será necesario depositar aval alguno.

El aval, prestado por entidad bancaria, garantiza la responsabilidad mancomunada del directivo ante la sociedad, es decir, a favor del club.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

El aval será ejecutable para la Liga profesional. Esta fianza se constituirá de manera que pueda resultar exigible durante el plazo de los tres meses siguientes a la aprobación por la Asamblea general de las cuentas del ejercicio (DA segunda. 4 RSAD).

Caso que el aval no cubra la deuda generada, la parte no cubierta deberá serlo a costa del patrimonio de los directivos, de acuerdo con la DA tercera, 4 RDSAD.

La acción de responsabilidad podrá ser ejercitada por el club, mediante acuerdo de su Asamblea, por mayoría simple de los asistentes y subsidiariamente por socios que representen el 5% del número total de socios, y en todo caso, por la Liga profesional correspondiente, siempre que hayan transcurrido cuatro meses desde el cierre del ejercicio económico.

Como vemos, se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva. Es decir, los directivos responden de este resultado, con independencia de la diligencia con la que han actuado. Se observa el mayor rigor con el que la Ley trata a estos directivos frente a los de las SAD.

Por otro lado, los acreedores no aparecen en esta DA. Parece, entonces, que no tienen ninguna legitimación ¹⁰³.

Por lo que refiere al plazo para interponer la acción, la ley no dice nada. Una cosa es que limite la exigibilidad del aval, pero esto no se ha de entender como el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad¹⁰⁴. Ésta deberá regirse por las normas generales de la materia, sin que podamos alargar por analogía el régimen de responsabilidad de los administradores. Por aplicación del artículo 1964 del CC, el plazo será de 15 años. A pesar de esto, hay quién considera de aplicación el artículo 949 del Codo, y sería, por tanto, de cuatro años, eso sí, la garantía de los avales se habrá extinguido.

Xavier-Albert Canal Gomara

¹⁰³ SELVA SANCHEZ, *op. cit.* pág. 80, entiende que los acreedores pueden accionar no sólo contra el Club, sino también contra la Liga como depositaria y ejecutante del aval.

¹⁰⁴ En el mismo sentido, GÓMEZ- FERRER SAPIÑA, *op. cit.*, pág. 165

Análisis sistémico de los derechos de formación deportiva

Por Susana García Bravo *

(Diario La Ley, N° 7227, Sección Doctrina, 28 Jul. 2009, Año XXX, Ref. D-267, Editorial LA LEY)

Sumario

RESUMEN

OPINIÓN

I. INTRODUCCIÓN

II. REGULACIÓN NORMATIVA

III. CONCEPTO, NATURALEZA Y DESARROLLO

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LÍMITES

IV.1. APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE FORMACIÓN EN EL DEPORTE PROFESIONAL

IV.2 DEL AMATEURISMO COMPENSADO

IV.3. APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE FORMACIÓN EN EL DEPORTE AMATEUR

IV.4 APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE FORMACIÓN PARA DEPORTISTAS EN EDAD ESCOLAR

V. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE APLICACIÓN

VI. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LA ACTUAL REGULACIÓN Y REFLEXIONES NECESARIAS

VII. JUSTIFICACIÓN

VII.1 FEDERACIONES DEPORTIVAS: CONSIDERACIONES INICIALES

VII.2. ARGUMENTOS A FAVOR DEL ACTUAL SISTEMA

VIII. SUGERENCIAS

IX. CONCLUSIONES

RESUMEN

La vigente regulación sobre derechos de formación deportiva genera, por su aplicación, consecuencias derivadas que colisionan con derechos protegidos en la Constitución y en las leyes y, cuyo efecto principal estriba en anudar al deportista a su entidad de origen, toda vez que se encontrare finalizado el compromiso (bien de contrato, bien de licencia) voluntariamente contraído, sin posibilidad alguna de desligarse de la misma a no ser que le desvincule un tercero mediante el pago del precio que al efecto se hubiere establecido.

OPINIÓN

El deporte se ha convertido en la actualidad en una parte fundamental de la vida en sociedad que se estructura sobre la base de unos altos valores y principios como el respeto, la confraternización, la solidaridad, la amistad y el fair play; Es por ello que sorprenda que la utilización de estos altos valores puedan resultar compatibles -ya no solo desde la esfera jurídica sino también desde la deportiva- con

* Doctora en Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

situaciones (como algunas de las que se producen en el desarrollo del ejercicio de la competición deportiva) de compulsión y colisión con derechos protegidos en la Constitución y en las leyes.

Se impone por tanto, de lege ferenda, una modificación de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte, que ayude resolver con eficacia los conflictos nacidos a propósito de la práctica deportiva aportando seguridad jurídica a todos los que forman parte de su estructura, que sea capaz de adaptarse a la rápida manera en que este fenómeno despliega sus efectos y, que sin mermar la autonomía generalmente proclamada del movimiento deportivo, elimine la facultad federativa de regular situaciones no ajustadas a Derecho.

En el tema objeto del presente estudio, partimos de la loable intención de la protección y fomento del deporte de base mediante la exigencia de una cantidad económica que compense a los clubes de origen por el trabajo de formación realizado con los deportistas que desean cambiar de entidad, sin embargo, los actuales mecanismos lejos de velar por su garantía permiten la reclamación de cantidades desproporcionadas a los gastos reales efectuados en formación, alejándose diametralmente del interés finalista pretendido por el legislador.

Por todo, se realiza un profundo estudio de las principales consecuencias derivadas en aplicación de las diferentes regulaciones establecidas al efecto y que concluye por determinar que si la cantidad exigida no guarda relación con el gasto real efectuado en formación la habilitación jurídica estructurada por medio del artículo 14 del RD 1006/85 y la disposición segunda del RD 1835/91 para dar cobertura a este sistema, queda totalmente desvirtuada, entendiéndose además, que si la finalidad pretendida es la disuasoria y no la compensatoria, ésta primera no puede ser objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico.

ANÁLISIS SISTÉMICO DE LOS DERECHOS DE FORMACIÓN DEPORTIVA (105)

I. INTRODUCCIÓN

Tras casi dos décadas de vigencia de la actual Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, nos sorprende sobremanera, observar cómo reminiscencias históricas que deberíamos tener ya superadas persisten en la actualidad y siguen provocando situaciones de compulsión a Leyes y Derechos que no se dan en el resto de los ámbitos sociales.

El constante recurso al respeto del principio de autonomía deportiva en pro de una innegable hiperespecialidad, unido a la posición bicefálica de las federaciones deportivas, a caballo entre lo público y lo privado, complican el lógico discernimiento jurídico de las relaciones nacidas en el ejercicio propio de la práctica deportivo-competitiva.

Hoy en día, además, el deporte se ha convertido en un fenómeno social, económico y cultural de primer orden, que mueve masas, "todo el mundo sabe de deporte, todo el mundo habla de deporte" es por ello por lo que, de manera preeminente, éste debe ser modelo y ejemplo.

Esa ejemplaridad, debe estar incardinada en todos los ámbitos deportivos, deviniendo necesaria la incorporación de nuevas regulaciones jurídicas que

¹⁰⁵ Cualquier aportación en relación con el presente artículo, puede ser remitida a la siguiente dirección de correo electrónico: susanagarcibravo@contactar.jaztel.es

permitan mejorar y organizar las complejas relaciones que se producen en éste ámbito, cuidando especialmente de garantizar una TUTELA EFECTIVA DE LOS DEPORTISTAS EN EL DEPORTE que ayuden a resolver de manera rápida y eficaz los conflictos nacidos a propósito de su práctica deportiva, minimizando las situaciones limitativas y/o restrictivas y que permita encontrar soluciones que aporten un razonable equilibrio para todos los intereses en juego.

A la luz de lo anterior, debo iniciar el artículo exponiendo los derechos de formación deportiva como una de las regulaciones que, aunque propia e idiosincrática, supone un choque frontal entre el desarrollo y ejercicio regular del deporte y el respeto básico a leyes y principios, que coloca al deportista en una situación de imposible defensa eficaz sujetándole a una entidad deportiva, más allá de la finalización del compromiso voluntariamente adquirido, sin posibilidad alguna de desvincularse de la misma.

Es por todo, que se imponga el estudio crítico y reflexivo de esta figura, entre otras, que nos permita por consideraciones sociales y de garantías jurídicas, superar el status "no derecho del deportista" y que respete, en cualquier caso, el axioma fundamental del movimiento deportivo "sin deportistas, no hay deporte".

II. REGULACIÓN NORMATIVA

La figura de los derechos de formación deportiva aparece recogida en una doble normativa. A saber:

1. Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral de los deportistas profesionales, artículo 14.1, que establece expresamente que "Para el caso de que tras la extinción del tiempo convenido (106), el deportista estipulase un nuevo contrato con otro club o entidad deportiva, mediante Convenio Colectivo se podrá pactar la existencia de una compensación por preparación o formación (107), correspondiendo al nuevo club su abono al de procedencia"

2. Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas (108), disposición adicional quinta, que establece expresamente que "Los Reglamentos de las Federaciones deportivas españolas y de las Ligas profesionales reconocerán los derechos de preparación y formación que correspondan a las Sociedades anónimas deportivas respecto a los jugadores pertenecientes a clubes deportivos que hayan inscrito sus equipos profesionales a las citadas Sociedades anónimas deportivas.

Asimismo, las citados Reglamentos deberán recoger medidas de protección y apoyo a los clubes que formen deportistas".

III. CONCEPTO, NATURALEZA Y DESARROLLO

¹⁰⁶ Es la finalización del vínculo voluntariamente contraído el hecho del que se derivará la posterior exigencia económica, ya que diferente es el supuesto en que la relación contractual o de licencia no se hallare extinta, pues la compensación económica derivada de la resolución *ante tempus* de la relación es contemplada mediante otra polémica figura "las cláusulas de rescisión". Al respecto *vid.* CAZORLA PRIETO, L.M^o. "La nulidad de las cláusulas" en, Boletín informativo de la Asociación Española de Derecho Deportivo, febrero 1998, núm. 19, págs. 4 y 5; JIMÉNEZ COMPAIRED, I.: "Fiscalidad y deporte profesional: examen de algunas cuestiones de actualidad" en, Revista Española de Derecho Deportivo, 1995, núm. 6, pág. 15; MONROY ANTÓN, A.J.: "los derechos de formación, ¿un abuso en el fútbol español?" en, Revista La Ley/7155, febrero 2009.

¹⁰⁷ Analizando el precepto, *stricto sensu*, quedarán fuera del ámbito de aplicación del artículo 14.1 del RD 1006/1985, todos aquellos acuerdos cuya finalidad sea establecer cuantías como compensación de gastos de formación sobre deportistas profesionales, que no hayan sido negociados y aceptados en Convenio colectivo. A este respecto *vid.*, la STCT de 7 de marzo de 1986 que establece "...es incuestionable que la exigencia de la repetida indemnización se haga precisamente en Convenio colectivo constituyendo un precepto imperativo y constitutivo de *ius cogens* y, por tanto, su vulneración provoca la nulidad de pleno derecho del acto que contraría la norma, de conformidad con lo prevenido en el artículo 6.3 del Código Civil"

¹⁰⁸ El Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas, solo establece tal exigencia para las de ámbito nacional por lo que dicha normativa no puede ser alegada por aquellas Federaciones que lo sean de ámbito territorial.

De conformidad con el desarrollo convencional y reglamentario, se puede convenir en que el derecho de formación deportiva consiste en la facultad que corresponde a una entidad determinada (club de origen), para exigir y por tanto percibir de otra entidad (club de destino), una cantidad pecuniaria que compense el trabajo de formación deportiva que el club de origen ha realizado sobre el deportista y de cuyos resultados pretende beneficiarse el club de destino (109).

Debemos afirmar, que la finalidad compensatoria (110) es pues el fundamento de la existencia de los derechos nacidos por formación deportiva. El reconocimiento de las instituciones públicas y la regulación en las diferentes reglamentaciones, solo pueden estar justificadas en pro de compensar la labor e inversión formativa y es de ahí, precisamente, de donde nace su exigibilidad, no pudiendo por ello considerar ajustadas a la norma todas aquellas cantidades que no tengan una finalidad compensatoria y que, por ende, persigan intereses distintos.

Comenzando aquí a desgranar la práctica de la actual regulación, y pretendiendo un buen uso que no abuso, debemos partir de la convicción de que, si precisamente los gastos reales soportados en la formación del deportista constituyen el principal motivo de su exigencia, parece lógico pensar que todos aquellos parámetros que excedan de este gasto desvirtúan y desnaturalizan su habilitación jurídica, por lo que no estarían ajustados a la norma.

Para una inicial comprensión, extraemos las primeras consideraciones:

1ª- No todas las federaciones recogen los derechos de formación deportiva (111).

2ª- Cada federación reguladora barema aquellos aspectos que considera mas importantes, tanto del deportista como de las entidades participantes en la transacción, para la obtención de la cuantía aplicable a cada cambio deportivo; esto nos conduce a la aplicación criterios diferenciales para deportistas de un mismo nivel lo que desemboca, a menudo, en el requerimiento de cuantías dispares.

Abundando en el examen, el requerimiento de los derechos de formación se hace en nuestro deporte con la utilización de dos sistemas:

a) En el deporte profesional: por medio de Convenios colectivos, en virtud de la exigencia imperativa que impone el artículo. 14.1 del RD 1006/1985.

b) Deporte no profesional: por medio de Reglamentos federativos, en virtud del deber que establece la disposición adicional quinta, in fine, del RD 1835/1991.

Ahora bien, en el deporte amateur se utilizan, a su vez, dos sistemas distintos para la obtención de las cuantías por aplicación de las diferentes regulaciones reglamentario/federativas:

b'- Mediante la fijación directa de un importe libremente establecido por las Federaciones, sin atender a ningún criterio formativo.

¹⁰⁹ Para un mayor conocimiento sobre los derechos de formación deportiva en España *Vid.* GARCÍA BRAVO, S: "Derechos de formación deportiva: modelo español" en, Revista Española de Derecho Deportivo, editorial Civitas, 1999, págs. 185-205; "Naturaleza y regulación de los derechos de formación en España" en, Revista la Ley/4932.

¹¹⁰ Por compensación entendemos "dar por pagada la deuda de cada uno en cuantía igual a la de su crédito" en, Diccionario enciclopédico Salvat, Barcelona, 1991.

¹¹¹ Si regulan los derechos de formación: Real Federación Española de Atletismo, Federación Española de Badminton, Real Federación Española de Balonmano, Real Federación Española de Béisbol y Sofbol, Real Federación Española de Fútbol, Real Federación Española de Hockey, Real Federación Española de Natación, Real Federación Española de Tenis de Mesa, Real Federación Española de Voleibol. Así mismo, contemplan la posibilidad de ser exigidos: Federación Española de Pelota, (artículo 189 del Reglamento general) y la Federación de Lucha Canaria (artículo 7 del Reglamento técnico).

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

b"- Mediante la aplicación de una fórmula matemática de cálculo que se compone de varios elementos que aparecen sumando o multiplicando y de cuya sustitución en primer lugar por puntos y en segundo lugar, a resultados de lo anterior, por euros, se determinará la cantidad total aplicable a cada cambio.

En éste último caso los valores, todos ellos progresivos, que comúnmente se utilizan para establecer la cuantía que ha de ser pagada son:

- Número de años consecutivos en el club de origen.
- Puntos por la categoría del deportista, según su edad.
- Puntos por el número de equipos que tenga inscritos o modalidades que se practiquen el club de origen, en la temporada anterior al cambio.
- Coeficiente multiplicador según la categoría máxima del club de destino.
- Coeficiente multiplicador por la participación del deportista con las diferentes selecciones, principalmente internacionales.

En todos los supuestos de aplicación anteriores, bien sea en el deporte profesional bien sea en el deporte amateur, se concluye con una cantidad pecuniaria que pone precio a la libertad del deportista una vez extinto el compromiso voluntariamente contraído, en uso de criterios y valores que no se corresponden con el gasto formativo realizado por el club de origen. Por lo que podemos afirmar, que desde un punto de vista técnico la aplicación que de los derechos de formación hacen las disposiciones reglamentarias examinadas, es cuando menos descuidada por cuanto que no ofrece la seguridad jurídica necesaria al deportista.

Pues bien, dado que el sistema actual permite que el uso que se hace de la norma en poco o en nada tenga que ver con una compensación real de gastos, podemos aseverar que las verdaderas pretensiones son:

Impedir el cambio mediante una cantidad desproporcionada al gasto que, casi nadie pueda o esté dispuesto a pagar, frustrando carreras o vinculando al deportista a la entidad de origen hasta el límite de edad máximo para tener derecho a su exigencia que, dicho sea de paso, abarca gran parte de la vida deportiva.

Para el caso de que la entidad de destino se avenga a abonar la cantidad que se exija por el cambio, obtener una fuente de ingresos relevantes para los clubes deportivos que, si en principio no son ajustadas a los gastos formativos, en final no son reinvertidos en este propósito.

A la luz de lo anterior convenimos que, en el tema presente de estudio no se persiguen objetivos formativos ni compensatorios sino una patrimonialización del deportista en virtud precisamente de la formación deportiva recibida, protegiendo en primer lugar y de manera desmedida los derechos de los clubes frente a los derechos del otro sujeto de la relación: los deportistas.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y LÍMITES

Con el objetivo de seguir profundizando en el exhaustivo conocimiento del tema, en este apartado se intentará delimitar y la aplicación y límites de las diferentes regulaciones atinentes a derechos de formación deportiva para cada uno de los modos de práctica.

IV.1. APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE FORMACIÓN EN EL DEPORTE PROFESIONAL

En el propósito de clarificar los deportistas profesionales sujetos a derechos de formación debemos partir por el reconocimiento inicial de que es deporte profesional aquella manifestación del fenómeno deportivo que es ejercitada como actividad laboral sujeta a los caracteres propios que tal relación atribuye (112); se diferencia esencialmente del deporte aficionado en el modo de práctica y en los objetivos y finalidades perseguidos que hacen que el que lo realiza lo utilice como forma y medio de vida.

De lo anterior se deriva la necesidad de establecer los sujetos de la citada relación.

Actualmente en España es considerado deportista profesional, aquel que en virtud de una relación establecida con carácter regular (113), se dedique voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva (114) a cambio de una retribución (115).

De la estricta dicción del precepto se desprende que, los deportistas profesionales (regulados al amparo del RD 1006/85 de 26 de junio) se encuentran sujetos a una verdadera relación jurídico-laboral, que aunque de carácter especial (116), se construye sobre la prestación de trabajo en cuanto tal.

Así en el referido asunto, el artículo 14.1 del RD 1006/85 establece la posibilidad de que mediante Convenio Colectivo (117) se pueda pactar la existencia de una compensación por preparación o formación, correspondiendo al nuevo club su abono al de procedencia, caso de que el deportista pretenda cambiar de club o entidad de origen.

La literalidad del precepto determina que esta posibilidad solo pueda ser exigida para el caso que el deportista lo sea de carácter profesional, por cuenta ajena y que esta compensación, además, se encuentre pactada en un Convenio Colectivo.

Actualmente se encuentran vigentes los siguientes convenios colectivos para el ámbito del deporte profesional:

¹¹² Vid. a este respecto ROQUETA BUJ, R: *El trabajo de los deportistas profesionales*, Fundación de fútbol profesional, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; CARCELLER URIARTE, J.L. y GUERRERO OSTOLAZA, J.M^º: *La relación laboral especial de los deportistas profesionales*, Editorial Hurtman, 1981; CARDENAL CARRO, M: *Deporte y Derecho: Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Murcia 1996.

¹¹³ Dicha regularidad establece la exclusión de aquellas situaciones en las que la actividad deportiva se desarrolla de forma ocasional, aislada o marginal para el empresario. En este sentido, vid. SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. y GUERRERO OSTOLAZA, J.M^º: *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Estudios de Derecho Laboral, Editorial Civitas, Madrid 1991, págs. 45-46; ROQUETA BUJ, R: *El contrato de trabajo...*, op. cit., págs. 69 y ss.; CARDENAL CARRO, M: *Deporte y Derecho*, op. Cit., pág. 126.

¹¹⁴ Debemos excluir aquí toda actividad deportivo-laboral que se preste por cuenta propia. Vid. a este respecto ALONSO OLEA, M y CASAS BAAMONDE, M^º.E: *Derecho del Trabajo*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la U.C.M, Madrid 1990; En relación al deportista profesional Vid. SALA FRANCO, T: *Derecho laboral y deporte*, El Derecho deportivo, Unisport, Junta de Andalucía, 1986, pág. 40, donde establece que "quedan excluidos del ámbito de aplicación del RD 1006/85, los deportistas profesionales por cuenta propia que hacen deporte y viven habitualmente de él, pero instrumentan sus relaciones a través de otros contratos diferentes de los del trabajo"

¹¹⁵ De conformidad con el artículo 1.2, párrafo segundo, del Real Decreto 1006/85, de 26 de junio por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales "Quedan excluidos de esta norma aquellas personas que se dediquen a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club percibiendo solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva".

¹¹⁶ Sobre la especialidad de la relación especial de los deportistas profesionales, vid. DURÁN LÓPEZ, F: "La relación laboral especial de los deportistas profesionales" en, *Revista de relaciones laborales*, La Ley, 1985. págs. 263 y ss.; ROQUETA BUJ, R: *El trabajo de los...*, op. cit., pág. 62, estableciendo que "la única particularidad de esta relación es la especificidad del servicio prestado por el deportista, pues por lo demás reúne todos los requisitos típicos de la relación laboral común"

¹¹⁷ Sobre la exigencia de la regulación convencional de la compensación por preparación o formación, vid. DURÁN LOPEZ, F: "la relación laboral especial..." op. cit., págs. 279 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J: "El pacto en convenio colectivo de la indemnización por formación de los deportistas profesionales" en, *Revista de Relaciones Laborales*, La Ley, 1986, págs. 333 y ss.; CABRERA BAZÁN, J: "la relación especial de los deportistas profesionales" en, *Comentarios a la leyes laborales*, tomo II, Vol. 1º. Ed. Revista de derecho privado, págs. 162 y ss.; ROQUETA BUJ, R: *El trabajo de los...*, op. cit., págs. 340 y ss.; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GUERRERO OSTOLAZA, J.M^º: *El contrato de trabajo del deportista profesional*, op.cit., págs. 91 y ss.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

- Convenio colectivo para la actividad de Baloncesto profesional de la liga femenina (Código de Convenio n.º.9916915), suscrito con fecha de 22 de octubre de 2007, resolución de la Dirección General de Trabajo de 21 de diciembre de 2007, BOE 15 de enero de 2008.
- Convenio colectivo para la actividad de Baloncesto profesional (Código de Convenio n.º. 9908575), resolución de la Dirección General de Trabajo 18 de enero de 1994, BOE 13 de febrero de 1994.
- Convenio colectivo para la actividad de Balonmano profesional (Código de Convenio n.º.9911755), suscrito con fecha de 12 de mayo de 2006, resolución de la Dirección General de Trabajo de 28 de agosto de 2006, BOE 13 de septiembre de 2006.
- Convenio colectivo para la actividad de ciclismo profesional (Código de Convenio n.º.9907355), suscrito con fecha 18 de abril de 2006, resolución de la Dirección General de Trabajo de 11 de mayo de 2006, BOE 6 de junio de 2006.
- Convenio colectivo para la actividad de Fútbol profesional (Código de Convenio n.º. 9902305), suscrito con fecha de 31 de julio de 2008, resolución de la Dirección General de Trabajo de 21 de octubre de 2008, BOE 22 de septiembre de 2008.

Tras es examen de todos ellos debemos resaltar que sólo uno de los anteriores recoge en su articulado la posibilidad exigir derechos por formación deportiva. A saber:

Convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional (118). Así la redacción textual de su artículo 18.1 establece que:

1.º La LNFP y la AFE, de acuerdo con el artículo 14.1 del Real Decreto 1006/85, de 26 de junio, que regula la relación laboral de los deportistas profesionales, convienen establecer para el caso de que tras la extinción del contrato por expiración del tiempo convenido, el Futbolista Profesional estipulase un nuevo contrato con otro Club/SAD, que éste deberá abonar al Club/SAD de procedencia la compensación que libremente haya fijado en las listas de compensación, al final de la temporada.

A tal efecto, el Club/SAD de procedencia deberá notificar al jugador, a la L.N.F.P., y a la A.F.E., hasta el 30 de junio o siguiente hábil de cada año, su inclusión en la lista de compensación y el importe fijado.

En ningún caso podrá incluirse en la lista de compensación a un jugador, cuya edad sea igual o superior a 24 años (119), al 30 de Junio del año en que se incluya”.

Pues bien, al margen de consideraciones adicionales que nuevamente pusieran en duda la acomodación legal de la presente normativa, como por ejemplo la habilitación y capacitación de las entidades de origen para prestar y desarrollar labores formativas de calidad sin necesidad de justificar ni certificar dicha formación, debemos decir, que los presentes derechos en el ámbito del deporte profesional actualmente solo podrán ser exigidos para los que desarrollen su actividad en el deporte del fútbol (120) habida cuenta el resto de los Convenios colectivos no regulan esta figura, por lo que no pueden hacer uso de la facultad que atribuye el art. 14.1 del RD 1006/1985.

No obstante lo anterior, la Federación Española de Baloncesto en su Convenio colectivo (121), no recoge expresamente la compensación por formación deportiva,

¹¹⁸ También recogido en Reglamento General de Fútbol, edición febrero 2007, artículo 193.

¹¹⁹ La redacción del convenio anterior establecía la edad máxima de 25 años.

¹²⁰ Debemos, no obstante, objetar la inclusión de esta cláusula restrictiva para el trabajador precisamente en convenio colectivo, comulgando con CARDENAL CARRO, M.: *Derecho y deporte: las relaciones...*, *op. cit.*, pág. 219, “no deja de llamar la atención que, si las prórrogas se entienden como algo pernicioso para el deportista, de ahí sus restricciones, se prevea que el convenio colectivo sea la norma que empeore la condición de los deportistas; DURÁN LÓPEZ, F.: “La relación...”, *op. cit.*, pág. 280, “...el Convenio colectivo es un instrumento de regulación de las relaciones entre empresarios y trabajadores, y aquí lo encontramos desempeñando una inusual función de regulación de relaciones económicas de empresarios entre sí”.

¹²¹ *Vid.* Convenio Colectivo de trabajo ACB-ABP para la actividad de baloncesto profesional, artículos 13 y ss.

ahora bien no debemos dejar de referenciar su singular regulación por cuanto estructura un sistema que produce los mismos efectos: vincular al deportista a su entidad de origen, mediante la utilización de el “derecho de tanteo” y el “derecho de prórroga”, que faculta a la entidad de origen a prorrogar el contrato del baloncestista, igualando las condiciones de la oferta realizada por un tercero, impidiendo al jugador negarse a la prórroga de dicho contrato por cuanto el art. 14. 6 del CC permite a la entidad de origen mantener los derechos que les confiere el Convenio. Es más, para el caso que el club o SAD de origen renunciase definitivamente a ejercitar los derechos de prórroga o tanteo, el Convenio les otorga el derecho a percibir una “compensación”, que se constituirá en virtud de porcentajes sobre el montante de la retribución acordada para las temporadas de vigencia del contrato realizado con el nuevo club o SAD y hasta la edad de veinticinco años, inclusive, no teniendo los jugadores derecho a recibir cantidad alguna derivada de dicha compensación (a diferencia de lo que ocurre en fútbol donde el jugador tendrá derecho a recibir el 15% de la compensación).

Sin embargo y a pesar de que se dan los mismos condicionantes, efectos y consecuencias, la anterior compensación no se produce en mor de los derechos de formación.

IV.2 DEL AMATEURISMO COMPENSADO

Esta cuestión, lejos de ser nimia requiere de una mención especial en primer lugar, por cuanto que la aplicación de los derechos de formación es más restrictiva para los deportistas profesionales -debido a la exigencia imperativa de la existencia de Convenio colectivo en el que se encuentre contenida la compensación por formación- y en segundo lugar, porque representa una nueva zona gris (122) y frontera de conflicto, que no por ser más habitual, requiere de un menor tratamiento, como es el caso de los “deportistas amateurs compensados” en su consideración como deportistas profesionales o deportistas aficionados (123).

La delimitación práctica de esta consideración “deportista amateur versus deportista profesional”, es históricamente polémica y se originó ya en el siglo pasado en Inglaterra en respuesta a un marcado carácter clasista existente en el seno de los deportes de élite. Actualmente, y a excepción de los Estados Unidos que opta por un modelo privado empresarial y profesional de los deportes, en el resto de los países sigue existiendo dicotomía entre estas dos formas de práctica.

En aras a esclarecimiento debemos, como punto de partida, tomar en cuenta los dos siguientes aspectos:

1º. La calificación que las partes otorguen a la relación no es vinculante, es decir el hecho de que un club considere a sus deportistas como amateur no significa en realidad lo sean (124).

¹²² Vid. ALONSO GARCÍA, M.: Curso de Derecho del Trabajo..., *op. cit.*, págs. 334 y ss., en cuya denominación encuadra a aquellas personas o relaciones en las que no aparece del todo clara la naturaleza del vínculo.

¹²³ Es además de todo necesario resaltar la diferencia de protección que el ordenamiento laboral dispensa al deportista profesional: a) Mayores derechos laborales, habida cuenta les será de aplicación lo dispuesto en el RD 1006/85 dejando de estar sometidos en todo caso a la regulación civil del contrato. b) Mayor protección social, por cuanto los deportistas profesionales van a beneficiarse de la cobertura que el Régimen General de la Seguridad Social dispensa y no solo de la cobertura que a los deportistas amateurs otorga la Mutualidad General Deportiva y aquellos otros aseguramientos especiales que puedan establecerse. c) Mayores garantías jurisdiccionales, pudiendo el deportista acudir, a propósito de su relación deportivo/profesional, a la vía laboral y no a la exclusivamente civil.

¹²⁴ A este respecto se manifiestan numerosas sentencias entre ellas, la STSJ de Extremadura de 22 de octubre de 1990, la STSJ de Galicia de fecha 30 de junio de 1992, STSJ de Andalucía de 29 de septiembre de 1993, STSJ de Galicia de 23 de marzo de 1994, y la Sentencia del Juzgado de lo Social de Eibar de 12 de marzo de 1993; estableciendo que “lo que esencialmente determina la profesionalidad y consiguiente relación laboral no es la calificación de las partes como profesional o aficionado”.

2º. La calificación que las Federaciones otorguen a sus deportistas no produce efectos jurídicos ni vincula a los Tribunales de justicia; de hecho son éstos los que se vienen declarando competentes para conocer cuestiones de laboralidad sobre deportistas cuyas Federaciones califican de amateurs (125)

Sin embargo, aquí se nos plantea la problemática de encontrar la línea diferenciadora de ambas formas de práctica (126) eliminando los interrogantes que se nos suceden en orden a distinguir entre una verdadera relación laboral "aunque encubierta" o una relación exclusivamente deportivo-competitiva. A lo anterior debemos añadir que el amateurismo actual se estructura en el seno de un asociacionismo deportivo impregnado de profesionalidad, lo que complica, si cabe aún más, las relaciones derivadas de toda práctica deportiva. Por ello, en el esfuerzo de clarificar la lógica frontera delimitadora tomaremos como elemento prioritario -lo que hará inclinar la balanza en uno u otro sentido- la cuantía económica total que recibe el deportista por su actividad, los conceptos perceptivos y la periodicidad en su devengo.

Para lo anterior debemos aclarar qué tiene consideración de gastos compensables y, por tanto sujetos a una relación deportiva amateur, y qué compensaciones exceden de los mismos suponiendo verdaderas retribuciones encubiertas que serían plenamente coincidentes con la prestación profesional de la actividad deportiva (127).

De conformidad con el tratamiento jurisprudencial de los últimos tiempos nos atrevemos a afirmar que las cantidades que los deportistas reciben en compensación de gastos de viajes y desplazamientos, la manutención que originan entrenamiento y competiciones así como los gastos derivados de los estudios, tienen una clara finalidad compensatoria y no constituyen salario (128) de igual manera, sensu contrario, las cantidades recibidas por los deportistas que exceden de los gastos anteriormente citados tienen carácter salarial. Por lo demás, y en esta línea debemos afirmar que serán propios de una verdadera relación laboral las cantidades recibidas con carácter fijo y periódico en su devengo -la variación de cantidades es propia de la compensación de gastos-, así como, en virtud del principio Constitucional de suficiencia del salario (129), las cuantías de retribución que estén por encima del Salario Mínimo Interprofesional.

Por todo, podemos convenir en que son amateur los deportistas que se dediquen a la práctica del deporte dentro de un club con licencia federativa, desarrollando su actividad sin afán de lucro y, pese a que pueda abonárseles cantidades que sufraguen los gastos inherentes a tal ejercicio, en cualquier caso primará el interés competitivo frente al económico no pudiendo, en modo alguno, obtener una retribución que constituya un medio de vida.

Para finalizar este apartado diremos, que la aplicación de los derechos de formación deportivos solo podrá ser aplicable al deportista, de conformidad con su verdadera

¹²⁵ *Vid.* entre otras, las SSTCT de 14 de octubre de 1983 y de 3 de mayo de 1984.

¹²⁶ Sobre dicha barrera delimitadora *vid.* las siguientes reflexiones: CAGIGAL, J.M: *Deporte, pulso de nuestro tiempo*, Editora Nacional, Madrid 1972, pág. 133; MARANI TORO, A.B: *Deporte y Trabajo*, Citius, Altius, Fortius, Tomo XIV, INEF, Madrid 1972, págs. 288 y ss.

¹²⁷ En relación a la existencia del amateurismo compensado *vid.* CABRERA BAZÁN, J: *El contrato de trabajo deportivo*, I.E.P, Madrid 1981; DURÁN LÓPEZ, F: *La relación laboral...*, *op.cit.*, pág. 267; REAL FERRER, G: *Derecho público del deporte*, Editorial Civitas, Madrid 1991, págs. 170-171; SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. Y GUERRERO OSTOLAZA, J.M^º: *El contrato de trabajo...*, *op. cit.*, pág. 131; BERMEJO VERA, J: *Derecho Administrativo, Parte especial (Administración y Deporte)*, Enciclopedia jurídica básica, Vol. II, pág. 2130, Editorial Civitas, Madrid 1994; BASSOLS COMA, M: *Las ligas profesionales, sus relaciones jurídicas en los clubes y federaciones deportivas*, Editorial Civitas, Madrid 1994, pág. 276; CARDENAL CARRO, M: *Deporte y Derecho*, *op. cit.*, pág 131; ROQUETA BUJ, R: *El trabajo ...*, *op. cit.*, pág. 75 y ss.

¹²⁸ *Vid.* entre otras, Las SSTCT, de 13 de junio de 1983 y SSTCT, de 14 de octubre de 1983.

¹²⁹ A este respecto, *vid.* SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. Y GUERRERO OSTOLAZA, J.M^º: *El contrato de trabajo del deportista profesional...*, *op. cit.*, págs. 47 y ss.; CARDENAL CARRO, M: *Derecho y Deporte*, *op. Cit.*, págs. 131 y ss.; ROQUETA BUJ, R: *El trabajo de los deportistas profesionales...*, *op. cit.*, pág. 73 y ss.

relación como profesional o amateur y por aplicación de la normativa diferencial que al efecto se establece.

IV.3.APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE FORMACIÓN EN EL DEPORTE AMATEUR

Es deportista amateur, aquel que se dedica a la práctica del deporte dentro de un club o entidad, con licencia federativa que le habilita para la práctica deportivo-competitiva y que no recibe por tal dedicación cantidad económica alguna o, en todo caso, una cuantía simbólica como compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva (130).

El RD 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas, disposición adicional quinta, in fine, establece expresamente que los citados Reglamentos deberán recoger medidas de protección y apoyo a los clubes que formen deportistas.

Para este caso, las medidas de protección y apoyo se han concretado en la exigencia de una cantidad económica por el cambio de deportistas de un club a otro una vez finalizada la vigencia de la licencia. Esta concreción está suponiendo, en la mayor parte de los casos, una sujeción del deportista a la entidad hasta la edad en la cual el derecho de formación no sea exigible.

Así, las Federaciones que recogen en sus diferentes disposiciones reglamentarias los derechos de formación son (131):

- Real Federación Española de Atletismo (132).
- Federación Española de Badminton (133).
- Real Federación Española de Balonmano (134).
- Real Federación Española de Béisbol y Sófbol (135).
- Real Federación Española de Hockey (136).
- Real Federación Española de Natación (137).
- Federación Española de Tenis de mesa (138).
- Real Federación Española de Voleibol (139).

IV.4 APLICACIÓN DE LOS DERECHOS DE FORMACIÓN PARA DEPORTISTAS EN EDAD ESCOLAR

Los mayores, aunque tímidos, avances legislativos que, por su conflictividad, se han producido en los últimos tiempos son en la aplicación de los derechos de formación deportiva para aquellos que se encuentren en edad escolar, entendiendo que en estas edades el deporte es un medio de educación y no un fin en sí mismo.

¹³⁰ Estamos de acuerdo con SEMPERE NAVARRO, A.V: "Deportistas profesionales" en, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol.II, Madrid, Editorial Civitas, 1994, pág. 2130, al afirmar que "se excluyen del ámbito de esta relación especial quienes se dediquen a la práctica de un deporte en el ámbito de un club, pero recibiendo solo de éste la compensación de gastos derivados de su práctica deportiva...siempre que no perciban una retribución encubierta".

¹³¹ La Real Federación Española de Fútbol, si bien no contempla la posibilidad de exigir derechos de formación deportiva para los futbolistas amateurs, establece el derecho de los clubes a renovar *per se* las licencias a los futbolistas aficionados, los cuales, salvo baja concedida, quedarán afectos a sus clubes por las temporadas que para categoría se determinan. *Vid*, Reglamento General, edición febrero 2007, Libro XII, Título IV (de los efectos de las licencias), artículos 143 y ss.

¹³² Contemplados en su Reglamento de Licencias Federativas, temporada 2008/2009, artículos 41 y ss.

¹³³ Contemplado en su Normativa reguladora de derechos de formación, temporada 2007/2008, artículos 1 a 4.

¹³⁴ Contemplado en su Reglamento de Partidos y Competiciones, Edición 2007, artículos 79 y ss.

¹³⁵ Contemplado en su Reglamento General y Competiciones, 2007, artículos 118 y ss.

¹³⁶ Contemplado en su Reglamento de Derechos de Formación de Jugadores, edición 2007, artículos 1 a 5.

¹³⁷ Contemplado en su Reglamento General, 2007, artículos 23 y ss.

¹³⁸ Contemplado en su Reglamento General, artículos 365 y ss.

¹³⁹ Contemplado en su Reglamento General, Edición 2006, artículos 49 y ss.

A la luz de lo anterior que debemos partir por el reconocimiento de lo siguiente:

- La importancia del deporte está debidamente reconocida entre los principios rectores de la política social y económica, regulados en el capítulo tercero, del Título I de la Constitución, en su art. 43.3
- El deporte se constituye como un elemento fundamental en el sistema educativo.
- La aplicación de los derechos de formación para menores de dieciséis años (educación obligatoria) puede impedir o al menos limitar el ejercicio del deporte, viéndose en muchos casos carreras deportivas frustradas en una edad en la que el entrenamiento es básico para su futuro desarrollo.
- Los derechos e intereses de los deportistas en edad escolar deben tener un tratamiento preferente frente a los derechos e intereses de los clubes y entidades deportivas.
- Respecto de los menores de edad se debe obligada observancia al art. 39.4 CE (140) que expresamente garantiza la protección de los derechos de los niños previstos en los acuerdos internacionales. Entre los de aplicación necesaria y por lo que concierne al tema que nos ocupa, debemos referirnos a:

. La Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte (141), que proclama en su artículo 1.1 "Todo ser humano tiene el derecho fundamental de acceder a la educación física y al deporte, que son indispensables para el pleno desarrollo de su personalidad. El derecho a desarrollar las facultades físicas, intelectuales y morales por medio de la educación física y el deporte deberá garantizarse dentro del marco del sistema educativo como en el de los demás aspectos de la vida social".

Así mismo, su artículo 3.3 establece que "el deporte de competición, incluso en sus manifestaciones espectaculares debe seguir estando, según el ideal olímpico, al servicio del deporte educativo, del que es culminación y ejemplo, y ha de permanecer al margen de toda influencia de intereses comerciales fundados en la búsqueda de beneficios"

Más recientemente, el Consejo Europeo manifestó "su preocupación por las transacciones comerciales cuyo objeto son los deportistas menores de edad, por cuanto no se ajustan a la legislación laboral en vigor o ponen en peligro la salud y el bienestar de los jóvenes deportistas, y hace un llamamiento a las organizaciones deportivas y a los Estados miembros para que investiguen tales prácticas, las vigilen y adopten, en su caso, las medidas adecuadas; y así lo plasmó en la Declaración de Niza sobre el deporte, de diciembre de 2000, en su punto 13º.

De igual manera, en el punto nº. 11 reconoce las políticas de formación de jóvenes deportistas (142) estableciendo que "...son necesarias para vitalizar el deporte, los equipos nacionales y las prácticas de alto nivel, y deben fomentarse. Las Federaciones deportivas, en asociación con las autoridades públicas si es necesario, serán competentes para adoptar medidas precisas para la salvaguarda de sus clubes afiliados y de la calidad de dicha formación y siempre que actúen de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales y comunitarias.

. El Consejo Europeo, también en su punto 12º, "manifiesta su aprecio por la contribución aportada por las asociaciones y organizaciones que, mediante su labor de formación, responden a esas exigencias, proporcionando una contribución social inestimable".

Es por todo que debemos reconocer el trabajo de formación como necesario empero, retener a menores de edad en los clubes de origen por el impago de

¹⁴⁰ Dentro del capítulo tercero, del Título I de la Constitución Española "Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos"

¹⁴¹ Otorgada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en París de 21 de noviembre de 1978.

¹⁴² Sobre la política europea de protección de los jóvenes deportistas, *vid.* ALONSO MARTÍNEZ, R.: "la política europea de protección de los jóvenes deportistas", Revista digital de educación física y deportes, 2008

cuantías exigidas por este concepto, incide negativamente en el derecho a la educación y, por tanto, el hecho de que las Federaciones deportivas al aprobar sus reglamentos incorporen normas reguladoras que impliquen una práctica restrictiva y limitativa, supone una vulneración del derecho de los padres y de los hijos a obtener una educación idónea a través del deporte.

En la línea de lo anterior se han ido significando algunas de las Comunidades Autónomas en sus respectivas leyes del deporte, en virtud de la facultad que les confiere el artículo 148.1.19, CE:

- Ley 4/1993, de 20 de diciembre, del Deporte de la Comunidad Valenciana (143)
- Ley 15/1994, de 28 de diciembre, del Deporte de la Comunidad de Madrid (144)
- Ley 1/1995, de 2 de marzo, del Deporte de Castilla la Mancha (145)
- Ley 8/1995, de 2 de mayo, del Deporte de la Comunidad de la Rioja (146)
- Ley 11/1997, de 22 de agosto, general del Deporte de Galicia (147)
- Ley 14/1998, de 11 de junio, del Deporte del País Vasco (148)
- Ley 14/2006, de 17 de octubre, del Deporte de las Islas Baleares (149)
- Ley 2/2000, de 3 de julio, del Deporte de Cantabria (150)
- Ley Foral 15/2001, de 5 de julio, del Deporte de Navarra (151)

Por todo concluimos este apartado, en comunión con el Defensor del Pueblo, afirmando que "la exigencia del pago de una cantidad por derechos de formación como requisito para la tramitación de la licencia en favor de otro club, tratándose de deportistas aficionados y menores de edad, supone una colisión con derechos protegidos en la Constitución y en las leyes y por tanto no debe ser ni regulada ni exigida" ni pagada.

V. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE APLICACIÓN

Al servicio de facilitar un conocimiento mas profundo continuaremos por concretar los caracteres comunes a todas las regulaciones:

¹⁴³ Artículo 11 b): No podrán exigirse derechos de retención, formación o cualquier otro tipo de compensación económica por los deportistas menores de dieciséis años, entre entidades radicadas en la Comunidad Valenciana.

¹⁴⁴ Artículo 9. Derechos de formación: "Las entidades deportivas radicadas en la Comunidad de Madrid, no podrán exigir derechos de formación, retención o cualquier otro tipo de compensación económica por los deportistas menores de dieciséis años.

¹⁴⁵ Artículo 28 b) No podrán exigirse derechos de retención, formación o cualquier otro tipo de compensación económica por los deportistas menores de dieciséis años.

¹⁴⁶ Artículo 25.1. Queda prohibido, a entidades establecidas en la Comunidad Autónoma de la Rioja, exigir o pagar derechos de retención, formación o cualquier otro tipo de compensación económica respecto de deportistas menores de 16 años.

¹⁴⁷ Artículo 46.2, segunda parte: Las asociaciones deportivas no podrán exigir cantidad alguna en concepto de derechos de formación o retención ni cualquier otro tipo de compensación económica por los deportistas menores de dieciséis años.

¹⁴⁸ Artículo 67.1.- No podrán exigirse derechos de retención, de prórroga, de formación, de compensación o análogos por los deportistas menores de dieciséis años, entre entidades radicadas en la Comunidad Autónoma.

2.- Para los deportistas mayores de dieciséis años, y para el resto de los casos no previstos en el apartado anterior, se podrán establecer derechos de tal naturaleza según criterios, requisitos, límites y efectos previamente regulados por el Gobierno Vasco.

3.-. Los poderes públicos y las Federaciones deportivas deberán articular medidas de incentivación para que todas las asociaciones deportivas realicen una importante labor en el deporte de base. Así mismo, deberán adoptarse las medidas de protección al objeto de evitar que se explote abusivamente dicha labor de fomento del deporte de base de dichas asociaciones.

¹⁴⁹ Artículo 34. "Las Federaciones deportivas, previa autorización por parte de la consejería competente, pueden ordenar, establecer y regular en sus estatutos los límites a la percepción de los derechos de compensación entre entidades de las Illes Balears, con el respeto a las diferentes normativas reguladoras de los derechos de los y las deportistas menores de edad y sin que, en ningún caso, puedan verse lesionados los derechos legítimos de los y las deportistas.

¹⁵⁰ Artículo 10. "Las entidades deportivas cántabras no podrán exigir o pagar derechos de retención, formación o cualquier tipo de compensación económica por los deportistas menores de dieciséis años".

A este respecto la Orden CUL/43/2008, de 21 de agosto, por la que se regula la convocatoria y el régimen jurídico de los Juegos Deportivos Escolares del Gobierno de Cantabria para el curso académico 2008/2009, se establece en su artículo 4 – Derechos de retención y formación "Conforme a lo que establece el Art. 10 de la Ley de Cantabria 2/2000, de 3 de julio, del Deporte, queda prohibido que las entidades deportivas cántabras exijan o paguen derechos de retención, formación o cualquier otro tipo de compensación económica por los deportistas menores de dieciséis años."

¹⁵¹ Art. 17. "La Administración de la Comunidad Foral podrá ordenar y establecer límites a la percepción de los derechos de formación o cualquier otro tipo de compensación económica entre las Entidades Deportivas de Navarra respecto de los deportistas menores de dieciséis años".

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

- a) - Para todas las Federaciones, los derechos de formación deportiva consisten en una cantidad económica, como compensación, que el club de destino tiene que abonar al club de origen con carácter previo al cambio de un deportista.
- b) - Todas las Federaciones vinculan al deportista a su entidad de origen, durante el tiempo que les sea de aplicación los derechos de formación, naciendo la exigencia del derecho en el momento de solicitud de cambio, toda vez que el compromiso bien contractual, bien de licencia, se hallare extinto.
- c) - Todas las Federaciones establecen una edad como límite máximo a la aplicación de los derechos de formación que, por norma, es muy avanzada.
- d) Sin haber satisfecho la cuantía estipulada o sin que medie renuncia expresa a la misma, no podrá el deportista trasladarse de entidad.
- e)- Las Federaciones, además de arbitrar los derechos de formación, establecen los procedimientos a seguir en caso de no observar lo establecido para el pago de la cuantía.

VI. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LA ACTUAL REGULACIÓN Y REFLEXIONES NECESARIAS

Las anteriores características de aplicación generan, sin lugar a dudas, consecuencias derivadas diversas. Entre las principales, por su magnitud:

- La compensación económica que se deriva de los derechos de formación, establece un límite claro a la libertad de acción y a la libertad de asociación (152) sometiendo al deportista a una situación de vinculación plena para con su entidad.
- El deportista que tenga firmado un contrato para la realización profesional de su actividad, siempre que reúna los requisitos establecidos para encontrarse sujeto a derechos de formación y mientras se den estos, no podrá desvincularse de su club de origen aunque el contrato haya finalizado. Esto faculta a la entidad para obligar al deportista a seguir desarrollando su actividad para con ella, aun a su pesar, hasta que las circunstancias que motivaron los derechos de formación no se den o hasta que le desvincule un tercero mediante el abono de la cuantía económica al efecto establecida.
- El deportista, caso que lo sea de carácter profesional, verá reducida la cantidad económica a percibir con el nuevo club, ya que este siempre tendrá en cuenta el desembolso que previamente ha tenido que realizar.
- El deportista que realice su actividad de forma amateur, siempre que reúna los requisitos establecidos para encontrarse sujeto a derechos de formación y mientras se den estos, no podrá desvincularse de su club de origen aunque la vigencia de la licencia suscrita haya finalizado. Esto faculta a la entidad para obligar al deportista a seguir desarrollando su actividad para con ella, aun a su pesar, hasta que las circunstancias que motivaron los derechos de formación no se den o hasta que le desvincule un tercero mediante el abono de la cuantía económica al efecto establecida.
- El importe económico que habitualmente se exige por el trabajo que la entidad de procedencia ha realizado formando y preparando competitivamente al deportista, es desproporcionado al gasto real efectuado persiguiendo intereses distintos que no una mera compensación finalista.
- Por otra parte, los clubes podrán exigirse los derechos de formación en la cuantía que estimen por conveniente (que puede ser o no la resultante de la aplicación de la fórmula establecida), acordar compensaciones distintas de las económicas que tengan por equivalentes, así como renunciar a la misma, quedando las Federaciones al margen de la transacción y entrando solo a conocer en caso de

¹⁵² Establecido por el artículo 11 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y que además forma parte de los Derechos fundamentales de las Constituciones de los Estados miembros y del preámbulo del Acta Única Europea, así como del TUE en su artículo F, apartado 2.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

discrepancia de alguna de las partes. En puridad diremos que las resoluciones federativas, en caso de recurso, son en su mayoría favorables a las entidades deportivas en virtud de "la normativa propia aplicable al efecto" habida cuenta la proporción de representación de los deportistas en las Asambleas generales federativas, en un porcentaje inferior al de los clubes, (153) hace que sean prioritariamente protegibles los intereses de estos frente a los de aquellos.

- Para el caso de que se produjese un cambio de entidad y no se observase el pago de la cuantía las Federaciones, por regla general, niegan al club de destino la facultad de tramitar la licencia del deportista objeto de transacción y con ello la imposibilidad de participar en competiciones deportivas oficiales hasta que el trámite previo del abono de las cantidades determinadas por ambos clubes haya sido satisfecho.

- Las Federaciones no han arbitrado paralelamente a la regulación de los derechos de formación medidas de defensa a las que el deportista pueda acudir para hacer frente a las situaciones de abuso de poder que tal figura genera. Si bien el principio de tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE, no se ve vulnerado por cuanto no se produce ni impedimento ni obstáculo en el derecho de los deportistas a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones ante los órganos judiciales, de facto, la realidad es bien distinta: el deportista no tendrá defensa legal posible que le faculte para seguir desarrollando su actividad deportiva para otra entidad una vez finalizado su compromiso, ya que la defensa jurídica posible no suspende los efectos que la normativa genera y la sentencia favorable hacia el deportista no subsanará los perjuicios ocasionados en el ámbito de lo deportivo, dado que la inactividad le impedirá la realización de deporte en situaciones óptimas de competición.

En su justificación, debemos proclamar el principio deportivo de acción inversa o reversibilidad, que hace que la inactividad deportiva influya tan negativamente sobre la forma física que la mayoría de las adaptaciones que se logran tras muchas horas de entrenamiento se pierdan, necesitando por ejemplo, tres veces mas de tiempo en ganar resistencia que en perderla y respecto de la fuerza, aunque desciende mas lentamente, su no utilización causará atrofia aun en los músculos mejor entrenados. Por ello, la inactividad imposibilitará o complicará en exceso la reanudación de la práctica deportiva una vez resuelto legalmente el conflicto.

En suma, lo anterior desemboca a que necesariamente el deportista, o bien consienta en la prórroga del vínculo o proceda a su retirada del mundo de la competición.

- El deportista que consienta en la prórroga del vínculo, a su pesar, luchará adicionalmente, contra la existencia de barreras psicológicas que acarrearán, con toda probabilidad, efectos perniciosos en su rendimiento, mermando sobremanera su capacidad de autoconfianza y automotivación que, por cierto, son críticas a la hora de ganar o perder. Así, si el propósito del deporte de competición es maximizar el rendimiento, los posibles traumas emocionales como los que pueden conllevar el desarrollo de una actividad en una entidad o con técnicos impuestos, puede hacer fracasar el objetivo de "excelencia" que está implícito en toda filosofía del deporte de competición.

A resultas de todo lo anterior los deportistas sujetos a derechos de formación, una vez extinguida la vigencia del compromiso adquirido, (bien contractual, bien de licencia) tienen tres opciones:

1ª- Intentar que el club de origen les otorgue la CARTA DE LIBERTAD, lo que les facultaría para poder cambiar de entidad sin limitación alguna; cabe decir que esta carta es negada casi sistemáticamente ya que esta no comportaría a la entidad

¹⁵³ Entre el 25 y 40% para los deportistas *versus* 40 y 60% para los clubes en Federaciones de deportes individuales; y entre el 25 y 40 % para deportistas *versus* 49 y 60 % para clubes en Federaciones de deportes de equipo, de conformidad con la Orden de 11 de abril de 1996 (Educación y Ciencia) por la que se establecen los criterios para la elaboración de reglamentos y realización de los procesos electorales en las Federaciones deportivas españolas y agrupaciones de clubes.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

ningún beneficio y les impediría beneficiarse de los dos principales efectos que la regulación les aporta:

- a.- Posibilidad de tener sujeto al deportista en sus filas, impidiendo que otros se beneficien de sus resultados deportivos.
- b- Posibilidad de conseguir una cuantía económica como contraprestación a tener que renunciar al deportista y a sus futuros logros, (no como compensación al gasto real efectuado en formación).

2ª- Consentir con la prórroga del vínculo, limitando su libre movilidad, su libertad de asociación y/o su libertad contractual.

3ª- Abandonar la práctica deportiva ante la imposibilidad de desarrollar su actividad para con otra entidad distinta al no poder eludir la aplicación de un obstáculo reglamentario o convencional insalvable.

Pues bien, aquí, después de tantas cosas, debemos reflexionar sobre las siguientes cuestiones:

- a) Si en prioridad se trata de compensar los gastos soportados en formación. ¿Por que no se exige la justificación de dichos gastos?
- b) Si se está considerando a los clubes y entidades deportivas como organismos debidamente habilitados para el ejercicio de funciones educativo/formativas (nuestras objeciones al respecto) ¿Por qué no expiden las correspondientes certificaciones formativo/acreditativas? c) Si precisamente la inversión en la labor formativa es la que constituye el motivo de su exigibilidad ¿Por qué se permite exigir cuantías libres que no obedecen a ningún parámetro formativo o cuantías resultantes por aplicación de parámetros no formativos?

La realidad final es que no es necesario acreditar ni gasto formativo ni formación alguna en actividad docente o técnica por que lo que resulta obvio, que la intención última no es pues compensar el gasto realizado en formación.

VII. JUSTIFICACIÓN

VII.1 FEDERACIONES DEPORTIVAS: CONSIDERACIONES INICIALES

Son las Federaciones deportivas las que estructuran en sus diferentes reglamentos (además de en los Convenios colectivos) las regulaciones atinentes a derechos de formación en el desarrollo de la facultad que les otorga la disposición adicional quinta, del RD 1835/1991 y es por ello, que partimos por estar de acuerdo en que los reglamentos federativos "son fruto de una capacidad de autorregulación de estas organizaciones (154), pero no es menos cierto que su alcance y eficacia ha de estar limitado, en cualquier caso, por el ordenamiento superior" (155)

En todas las actuaciones reguladas por el derecho público, bien realizadas por la administración o por los sujetos privados a los que el Estado delega facultades públicas, se proscriben la posibilidad de que cualquier acto o decisión se produzcan al margen de la Ley y del Derecho. La instauración del principio de legalidad impone que todas las parcelas de actuación, públicas y privadas, no puedan válidamente surtir efecto, sino es con un escrupuloso respeto del ordenamiento

¹⁵⁴ La capacidad reguladora de las Federaciones consiste básicamente, de conformidad con el artículo 1.5 del RCL 1985/1533, en "la determinación de la forma, clase y naturaleza de las competiciones, su organización, el señalamiento de las reglas de juego y el régimen disciplinario aplicable a los infractores de tales reglas".

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 1988/1702. Sobre el infimo valor normativo de las disposiciones federativas *vid.* SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. Y GUERRERO OSTOLAZA, J.Mª. "El contrato de trabajo...", *op. cit.*, pág. 23; ROQUETA BUJ, R.: "El trabajo de los deportistas...", *op. cit.* pág. 103.

jurídico. Regla esta última reforzada en el ámbito público, por la aplicación de los artículos 9.1, 103.1 y 106.1 de la CE (156)

De conformidad con lo anterior, las Federaciones deportivas son entidades privadas de intereses públicos y sociales con personalidad jurídica y capacidad de obrar plena para el cumplimiento de sus fines que, ejercen por delegación funciones públicas de carácter administrativo.(157) Es por ello que deban situar sus actos dentro de la órbita de las funciones públicas o, en su caso, de las actividades consideradas como de relevante interés público, (158) respetando los principios contenidos para el desarrollo de estas funciones, en la Constitución y en las leyes.

En consecuencia podemos decir, que en el ámbito deportivo-federativo, las normas reglamentarias deben, concretar su actuación, de conformidad con los artículos 3.1 del RD 1835/1991, de 20 de diciembre, a la realización de actividades propias de gobierno, administración, gestión y organización de las especialidades deportivas que corresponden a cada una de sus modalidades, pero sin restringir el ejercicio de derechos legalmente establecidos, ni incluir previsiones desfavorables, habida cuenta y contrario sensu, la existencia de disposiciones reglamentarias federativas que actúen con ese trasfondo provocaría un fenómeno especialmente grave que como dice la mejor doctrina... "afectaría a la integridad de las leyes y perturbaría la recta constitución del ordenamiento jurídico".

VII.2. ARGUMENTOS A FAVOR DEL ACTUAL SISTEMA

Son varios los argumentos que esgrimen Federaciones, Asociaciones y Clubes deportivos en aras a la aplicación y mantenimiento de los derechos de formación deportiva; entre los principales:

1- Las normas relativas a los derechos de formación son necesarias en orden a mantener un lógico equilibrio financiero y deportivo inter clubes, alegando, es mas, que dichas normas persiguen el objetivo de garantizar la supervivencia de los clubes mas modestos, preservando cierta igualdad de oportunidades. Pues bien, en su contra diremos que si bien en inicio se trata de conseguir un fin muy justificable, el uso que de hábito se hace de la norma no impide que los clubes con mayor capacidad económica consigan los servicios de los mejores deportistas, ni que los medios económicos de que disponen los clubes modestos por este concepto sean un elemento decisivo en la competición deportiva que mejore sustancialmente sus posibilidades en la misma.

De ello se desprende que los derechos de formación como sistema corrector que rompa el nexo causal entre mayor capacidad económica y mejores deportistas no consigue lo pretendido ya que de las cantidades resultantes por aplicación de esta figura sólo pueden ser satisfechas por los clubes económicamente mas poderosos y los mas modestos normalmente utilizan estas cantidades o, en conseguir deportistas de menor nivel, debilitándose así en lo deportivo, o utilizar el montante económico obtenido para dedicarse a un labor exclusivamente formadora. Es por tanto que la aplicación de este sistema ni garantiza ni consigue mínimamente el pretendido equilibrio entre clubes.

¹⁵⁶ Así reconocido por lo demás, para el ámbito deportivo disciplinario, entre otras la STS de 12 de noviembre de 1990.

¹⁵⁷ Artículo 30.2 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte

¹⁵⁸ A este respecto *vid.* BERMEJO VERA, Prólogo al libro de CARRETERO LESTÓN, J.L.: Régimen Disciplinario en el ordenamiento deportivo español, Editorial Diputación Provincial de Málaga, Junta de Andalucía, Málaga 1985; CAMPS POVILL, A: " Las federaciones deportivas, régimen jurídico, Editorial Civitas, Madrid 1997, pág. 373; CARRETERO LESTÓN, J.L.: Régimen Disciplinario..., *op. cit.*, págs. 63 y ss; GARCÍA DE ENTERRIA, E. FÉRNANDEZ, T.R: "Curso de Derecho Administrativo" I, Editorial Civitas, Madrid 1996, pág. 325.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

2- Las compensaciones por formación se utilizan como medida que impulsa la búsqueda de deportistas con talento y alienta la selección y formación de nuevos deportistas.

Sin embargo, la imposibilidad de prever con certeza el futuro deportivo de los jóvenes unido al número limitado de deportistas que en edad adulta continúan desarrollando su actividad competitiva y reforzado por el número ínfimo de estos que llegan a serlo de alto nivel, hacen que las referidas compensaciones se caractericen por su naturaleza absolutamente eventual y aleatoria no pudiendo constituir un elemento determinante para la selección y la formación por cuanto que, en la mayor parte de los casos dicha aportación no va a tener una aplicación directa, ni práctica, ni de rentabilidad deportiva.

3- Las Federaciones defienden que la exigencia de los derechos de formación ofrecen una compensación financiera a los clubes que dedican medios y esfuerzos a esta labor. De esta manera se busca seguir estimulando a los clubes para que continúen desarrollando la tan importante labor de base, ya que dicha inversión no compensada supone un montante económico que el club no puede desechar, suponiendo una descapitalización inaceptable para el mismo que pondría en peligro la continuidad de las canteras.

Precisamente es pues la labor formativo/compensatoria la que constituye el motivo de su exigibilidad y lo que en principio es justificado y reconocido por las instituciones públicas se convierte en el argumento más sólido de su quiebra, pues por todos es sabido que en ninguno de los casos se atiende a la formación ni a los gastos reales originados en la misma por lo que debemos concluir diciendo que una cosa es el actual sistema de derechos de formación y otra muy distinta la indemnización objetiva por los gastos de un joven en formación.

4- Las Federaciones deportivas alegan que las reglamentaciones relativas a los derechos de formación han sido aprobadas por la Administración pública, e incluso han sido aceptadas, al menos implícitamente, por los deportistas a la hora de suscribir sus licencias.

Sin embargo, y aun reconociendo que las normas federativas producen, sin lugar a dudas efectos jurídicos, dichas reglamentaciones no pueden ser contrarias a las normas imperativas de la legislación vigente, debiendo en cualquier caso primar el principio de jerarquía normativa y debiendo considerarse como no válidas aquellas que las contraríen.

5- Las Federaciones y Asociaciones deportivas alegan, de hábito, la autonomía del movimiento deportivo y el respeto que a éste deberían guardar las legislaciones ya que la aplicación estricta de normativas puede poner en entredicho la organización deportiva en su conjunto, por tanto se pide la flexibilidad en la aplicación de las diferentes normativas por consideración a la especificidad del deporte.

No obstante lo anterior y a este respecto, existe jurisprudencia reiterada que determina que la aplicación flexible de las normas en atención a la especificidad de determinados sectores puede llegar a distorsionar la objetividad del Derecho y poner en peligro su aplicación futura por causa de las repercusiones derivadas, lo que nos lleva a determinar que la aplicación de la norma debe darse con el mismo rigor con independencia del sector al que se aplique.

VIII. SUGERENCIAS

La dualidad de criterios tan contrapuestos y contradictorios dificultan una salida consensuada de solución, por lo que deberán in fine ser las autoridades públicas las

que, en el ejercicio de su función tuteladora y de control, adopten medidas de protección al objeto de evitar que se explote abusivamente de la labor de fomento de base.

Pues bien, en este totum revolutum en aras a aportar posibles soluciones de conciliación y con el fin de hacer factible una armonización de todos los intereses que se concitan, me permito el atrevimiento de presentar tres posibilidades:

a) LA MÁS SENCILLA: ELIMINACIÓN DEL ACTUAL SISTEMA

Dejando así a la finalización del compromiso voluntariamente contraído, libertad absoluta para que el deportista desarrolle su actividad en aquella entidad que considere, por intereses propios e impropios, más conveniente.

b) LA MÁS COMPLEJA: MODIFICACIÓN DEL ACTUAL SISTEMA DE COMPENSACIÓN POR FORMACIÓN

Para aplicar esta opción debemos reconocer la contraprestación del trabajo de formación como necesidad imperativa, estructurando para ello un sistema que sí compense realmente los gastos realizados por este concepto eliminando cualquier parámetro aleatorio y no determinista, que exija obligatoriamente, la justificación del gasto y la acreditación fehaciente de dicha formación. Así:

1º- Las cuantías libres deben ser eliminadas; estas ni cuantifican, ni justifican, ni acreditan la labor formadora.

2º- Exigir a las entidades de origen los certificados correspondientes por la formación aportada, instituyendo en las Federaciones un registro al efecto que estructure la formación a nivel curricular y que en cualquier caso incluya objetivos, contenidos, metodología, criterios de evaluación y procedimientos de control y verificación de la actividad formadora.

3º- Reconocer a los clubes y entidades deportivas, capacidad formadora, habilitando un registro para la inscripción de todas aquellas que reúnan los requisitos que al efecto se exijan, que deberán constar debidamente en los reglamentos federativos.

Aquí surgen nuevamente interrogantes:

¿Actualmente, la capacidad formadora de clubes y entidades deportivas, a propósito del tema objeto del presente artículo, se presume? ¿Están los clubes y entidades deportivas habilitados y capacitados para aportar una formación de calidad y exigir contraprestación por la misma?

Creemos que la respuesta es negativa y que en puridad todo ello debería establecerse de manera legalmente habilitante.

4º- Exigir que la formación sea impartida por profesionales técnicos con la titulación exigida que le habilite para el ejercicio profesional de la labor deportivo-formadora, de conformidad con lo dispuesto en el RD 1913/1997, de 19 de diciembre, por el que se configuran como enseñanzas de régimen especial, las conducentes a la obtención de titulaciones de técnicos deportivos.

5º- Eliminar cualquier parámetro de cómputo cuyo fin sea obtener una cuantía desproporcionada al gasto o que pretenda una cuantía sin atender al mismo.

6º- Estructurar una fórmula de cálculo correcto del gasto real que debería, en todo caso (159):

6.1. Del presupuesto:

Hallar el cálculo del coste del deportista respecto a las partidas presupuestarias, dividiendo el gasto presupuestario total para cada categoría entre el número de deportistas.

¹⁵⁹ Para un mayor conocimiento, *vid.* GARCÍA BRAVO, S: Naturaleza y regulación de los derechos de formación... *op. cit.*, págs. 2 y ss.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Sumar el número de temporadas de permanencia en el club, estableciendo un límite temporal.

Restar del presupuesto anual y para cada año, todo el gasto presupuestario que corresponda a otras partidas no formativas, (becas, viajes, equipamiento deportivo...)

Sumar el porcentaje correspondiente de sueldo del Director técnico, médico, psicólogo, etc. y de todo aquello que hubiera tenido incidencia y repercusión directa en la formación del deportista.

6.2. De las cuotas:

Restar el abono de las cuotas del deportista para el desarrollo de su actividad, teniendo en cuenta que en algunos casos la cuantía por gastos de formación podría resultar negativa (160), teniendo aquí, por la misma razón y en sentido inverso, que devolver las cantidades sobrepagadas.

6.3. De lo amortizado

Restar de la cuantía los beneficios económicos y deportivos obtenidos por el club de origen por la actividad del deportista.

6.4. De las subvenciones públicas y/o federativas.

Restar las cantidades de aportación por parte de estos organismos públicos o federativos para la ayuda de formación de los deportistas.

c) LA MÁS PLAUSIBLE: SUSTITUCIÓN DEL ACTUAL SISTEMA DE COMPENSACIÓN POR FORMACIÓN

Al servicio de garantizar un buen orden y contribuir a una correcta protección y promoción de los clubes que desarrollan un trabajo de base, se podrían adoptar las siguientes medidas de sustitución de la actual normativa:

- Compensación por subvenciones públicas, en virtud proporcional a la labor formativa, atendiendo al número de licencias en las categorías inferiores.
- Reducción o gratuidad de las licencias federativas para las categorías inferiores.
- Dotación de un fondo económico federativo para la formación deportiva.

IX. CONCLUSIONES

El loable pilar instituido para la compensación de gastos reales en formación, así concebido por el legislador, se derrumba ante el uso indebido que de ello están haciendo los clubes y asociaciones en connivencia con las Federaciones deportivas, que lo separa peligrosamente de su principio y fin atendiendo prioritaria y desmedidamente los intereses de los clubes frente a los de la otra parte: los deportistas.

La aplicación de las diferentes regulaciones deriva a la escasez de demanda de deportistas sujetos a elevadas compensaciones; esto unido al altísimo factor riesgo de resultados que es concomitante al deporte de competición desemboca, como ya está demostrado, en una vinculación inevitable del deportista a su club de origen.

Deviene por tanto, la necesidad de que a la vez que se estructuren nuevas medidas federativas que aporten coherencia y sirvan realmente para fomentar y potenciar la labor de base en el deporte, se arbitren medidas de protección al deportista al objeto de evitar la explotación abusiva de dicha labor de fomento por parte de los clubes y asociaciones deportivas.

¹⁶⁰ En el deporte no profesional es muy frecuente que los gastos totales de los clubes sean íntegramente sufragados mediante un sistema de cuotas satisfechas por los deportistas.

DERECHO DEPORTIVO EN LÍNEA

ISSN: 1579-2668

Para lo anterior, las administraciones públicas competentes en materia deportiva, deben en este caso, como en otros, ejercer las facultades de tutela y supervisión de las funciones públicas delegadas exigiendo a las Federaciones deportivas una reglamentación estrictamente finalista, velando a su vez por el correcto funcionamiento de la norma.

En suma, parece claro que el uso de la regulación actual no es el mecanismo adecuado para proteger ni los intereses de los clubes ni los derechos de los deportistas por lo que deviene necesario, de lege ferenda, una modificación de la normativa que sea capaz potenciar y fomentar el trabajo de base y conseguir simultáneamente que la protección de los deportistas en el deporte no sea una mera cuestión programática.

Y terminaré citando a Thomas Hobbes que bien dijo “un hombre libre es aquel que, teniendo fuerza y talento para hacer una cosa, no encuentra trabas a su voluntad” procuremos por todos, que no sea precisamente en el deporte donde dicha voluntad se encuentre mermada y donde la fuerza y el talento se vean afectados.

Susana García Bravo