

EL CONCURSO YA NO SIRVE DE EXCUSA ANTE FIFA

UN BREVE ANÁLISIS DEL LAUDO DEL TAS 2754

UC Sampdoria v. Club San Lorenzo de Almagro & FIFA

Por Lucas Ferrer de Robles.

Abstract: El fútbol no escapa de la crisis económica global que nos acompaña desde hace ya algunos años y es cada vez más frecuente encontrar clubes de fútbol que se encuentran inmersos en procesos concursales o bajo intervención judicial debido a sus problemas económicos. En el caso objeto de estudio del presente artículo el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) establece cuál debe ser el comportamiento de FIFA en aquéllos casos en los que una de las partes se encuentre en dicha situación y deja muy claro que no todos los casos deben tratarse del mismo modo, tal y como la Asociación Internacional de Fútbol venía haciendo hasta la fecha.

Palabras claves: Concurso de acreedores. FIFA. Insolvencia. Incumplimiento de contrato. Norma consuetudinaria. Admisibilidad. Alcance de revisión. Ex novo. Sanciones disciplinarias. Cláusula Penal. Intereses de demora.

I. INTRODUCCIÓN

FIFA recibe a lo largo del año un ingente número de reclamaciones relativas a disputas entre clubes, jugadores, agentes de jugadores, agentes de partidos, etc. El año pasado se contabilizaron, sólo en el Departamento del Estatuto del Jugador, cerca de 2.000 reclamaciones y por lo que parece esa cifra puede verse incluso superada en el ejercicio en curso. Quizás por esa inmensa carga de trabajo de sus servicios jurídicos o quizás para evitar asuntos de tanta complejidad, FIFA tenía establecido de forma protocolaria que debía dar por concluido cualquier procedimiento en el que alguna de las partes estuviese en situación de quiebra o bajo administración judicial. Sin ni siquiera discernir entre el tipo de reclamación planteada o las circunstancias de la situación de insolvencia del club en cuestión, a FIFA le bastaba una carta de la federación de origen del club intervenido confirmando dicha situación de insolvencia para poner fin al procedimiento mediante una breve misiva, generalmente firmada por el Director de Asuntos Legales, en la que manifestaba:

“como regla general nuestros servicios legales y órganos decisorios (es decir, la Comisión del Estatuto del Jugador y la Cámara de Resolución de Disputas así como la Comisión Disciplinaria) no pueden intervenir en aquellos asuntos en que se vean involucrados clubes que se encuentren inmersos en procedimientos concursales¹”.

II. ANTECEDENTES DE HECHO DEL CASO RESUELTO

¹ Extracto de la carta de fecha 5 de octubre de 2011 Ref 10-02941/mis Monzon /Club Real Betis Balompié SAD.

Los hechos que dieron lugar a la disputa que será objeto de análisis en el presente artículo se remontan a agosto de 2009, cuando el club italiano UC Sampdoria (en lo sucesivo, Sampdoria) llegó a un acuerdo con el Club San Lorenzo de Almagro de Argentina (en lo sucesivo, San Lorenzo) por el traspaso del jugador Jonathan Pablo Bottinelli (en adelante, Bottinelli). En virtud del citado acuerdo el club italiano traspasó los derechos federativos de Bottinelli a San Lorenzo por un total de 1.400.000 Euros, que se debía pagar de forma aplazada según el siguiente calendario de pagos:

- 200.000 € pagaderos antes del 21 de agosto 2009
- 300.000 € pagaderos antes del 31 de enero de 2010
- 300.000 € pagaderos antes del 31 de enero de 2011
- 300.000 € pagaderos antes del 31 de enero de 2012
- 300.000 € pagaderos antes del 31 de diciembre de 2012

Además las partes incluyeron en el contrato una cláusula penal por la cual se establecía que *“la falta de cumplimiento oportuno de una de estas obligaciones generará una multa a favor de la Sampdoria equivalente a la suma de EUR 600,000 [...] dentro del término de 20 días de incumplidas las obligaciones”*.

San Lorenzo pagó la primera cuota pero impagó a su vencimiento el segundo pago pactado en el contrato. Tras varias reclamaciones extrajudiciales infructuosas por parte de Sampdoria, y de conformidad con la cláusula 6 del contrato² suscrito con San Lorenzo, el club italiano decidió interponer una reclamación ante FIFA denunciando el incumplimiento de San Lorenzo y reclamando el pago de las cantidades pendientes de pago junto con la cláusula penal (1.200.000.-€ + 600.000.-€).

III. EL PROCEDIMIENTO ANTE FIFA

Al objeto de analizar el posterior laudo del TAS se hace necesario dedicar un breve apartado a repasar el procedimiento sustanciado ante FIFA, lo que nos permitirá comprender las diversas cuestiones que fueron objeto de análisis y discusión en el posterior procedimiento ante el TAS.

La reclamación ante FIFA fue interpuesta por Sampdoria el 14 de julio 2010 y, tras 20 meses de procedimiento lento y lleno de obstáculos, el 1 de marzo de 2012 FIFA comunicó al club italiano a través de una breve carta que no podía continuar con la investigación del caso. FIFA ponía de relieve que la Asociación de Fútbol Argentina (AFA) les había confirmado que el club San Lorenzo se encontraba inmerso en un concurso preventivo de acreedores (Ley de Concursos y Quiebras 24.522³) desde el 19 de julio de 2002 y que por lo tanto, en base a la regla general de sus servicios jurídicos y órganos decisorios, éstos no podían intervenir para resolver la disputa surgida.

² “6.1 En caso de litigios entre las partes, la toma de decisiones al respecto le corresponde a los órganos de FIFA.

6.2 En caso de una falta de competencia de los órganos de FIFA, por cualquier motivo, sustancial y/o de procedimiento, los propios litigios serán directa y obligatoriamente trasladados a la atención del Tribunal Arbitral du Sport (TAS) en Lausanne cuya jurisdicción y competencia se declara de forma voluntaria e irrevocable aceptada por las partes firmantes [...]”

³<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm>

Finalmente, FIFA añadía en su correspondencia que dicha comunicación era de naturaleza informativa y que su contenido se fundamentaba en la información disponible y remitida por la AFA, sin que implicara prejuzgar el fondo del caso. Además, invitaba a la Sampdoria a contactar directamente a la AFA para que ésta le indicara las autoridades o foros competentes en los que hacer valer sus pretendidos derechos.

Ante esta situación el club italiano decidió recurrir la decisión ante el TAS.

IV. EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TAS

El recurso interpuesto por Sampdoria dio lugar al procedimiento TAS 2012/A/2754, en el que eran partes demandadas tanto el club argentino como la propia FIFA. Puede llamar la atención la inclusión de FIFA como codemandada en dicha apelación, pero ello se fundamenta en la propia jurisprudencia del TAS⁴ sobre legitimación pasiva en procedimientos de apelación, que establece que, de acuerdo con la Ley Suiza y a falta de disposición específica en la normativa del TAS o de la propia FIFA, la parte demandada tendrá legitimación pasiva siempre que pueda verse directamente afectada por el resultado del procedimiento, o si alguna de las pretensiones se dirige contra ella.

Analizamos a continuación los argumentos esgrimidos por las partes en el procedimiento arbitral.

IV.I ARGUMENTOS DE SAMPDORIA

En primer lugar, Sampdoria alega que la carta remitida por FIFA en fecha 1 de Marzo de 2012 es en realidad una decisión, y como tal, es recurrible ante el TAS a los efectos del artículo 63 de los Estatutos de FIFA y del artículo R47 del propio Código del TAS.

De acuerdo con su planteamiento, la decisión tomada por FIFA de no proceder con la investigación del caso y de no resolver la disputa es incorrecta. Según indica el club italiano, no existe ninguna disposición en los diferentes reglamentos de FIFA aplicables al caso que establezca que dicha asociación no pueda intervenir o enjuiciar casos en los que una de las partes se encuentre en situación de concurso o intervención judicial. Además, en todo caso debería haber sido el órgano decisorio de FIFA competente – en este caso el Comité del Estatuto del Jugador – quien dictase la resolución final sobre el caso, y no la secretaría de FIFA a través, en este caso, de su Director de Asuntos Legales.

De acuerdo con el planteamiento de Sampdoria, el hecho de que el club argentino se encontrase en una situación de concurso preventivo no afectaba en nada al procedimiento ante FIFA, donde única y exclusivamente se pretendía dirimir una cuestión contractual relacionada con el reconocimiento de una deuda, sin que se hubiese planteado cuestión disciplinaria alguna que pudiera acarrear la imposición de sanciones para el demandado.

⁴CAS 2009/A/1991 Kuwait Sporting Club v. FC Flora Tallinn & FIFA, CAS 2008/A/1708 Football Federation Islamic Republic of Iran v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA), CAS 2008/A/1639 RCD Mallorca v. The Football Association (FA) & Newcastle United.

Un argumento importante de las alegaciones de la Sampdoria era que el contrato se había suscrito en el año 2009, cuando San Lorenzo ya se encontraba inmerso en situación de concurso preventivo desde hacía 7 años, por lo que difícilmente dicha situación podía ahora invocarse para justificar el incumplimiento del mismo. En este mismo orden de cosas el club italiano puso de manifiesto que FIFA no debería inhibirse en todas las situaciones donde haya una parte en situación de insolvencia o concurso, puesto que hay casos, como el presente, en los que ello crea un resultado manifiestamente injusto y contrario a Derecho y en beneficio del club incumplidor.

En base a los argumentos precedentes y de conformidad al artículo R57 del Código del TAS⁵ Sampdoria razonaba que, a pesar de que no hubiera habido un pronunciamiento sobre el fondo del asunto en la instancia precedente (i.e. FIFA), el Panel arbitral no debía devolver el caso a FIFA. La jurisprudencia del TAS⁶ en casos similares es pacífica y reconoce la competencia del TAS para llevar a cabo una revisión plena del caso, *ex novo*, de acuerdo con el citado artículo R57, permitiéndose así subsanar cualquier tipo de vicio o error procesal ocurrido en la instancia precedente.

En cuanto al fondo del asunto alegaba que la existencia de la deuda era una cuestión incontrovertida, limitándose la discusión al *quantum* de la misma. Para la Sampdoria San Lorenzo debía pagar además de las cantidades que estaban pendientes de pago (1.200.000.-€), la cláusula penal pactada en el contrato para casos de incumplimiento, que ascendía a 600.000 Euros. Por todo ello solicitaba que se condenara a San Lorenzo al pago de un total de 1.800.000 Euros, junto con los intereses devengados al tipo del 5% anual según establece el derecho suizo.

IV.II ARGUMENTOS DEL CLUB SAN LORENZO DE ALMAGRO

La defensa principal de San Lorenzo frente a la apelación de Sampdoria se fundamentaba en la falta de competencia del TAS en el asunto. Para el club argentino la carta remitida por FIFA en fecha 1 de marzo de 2012 no cumplía con los requisitos básicos requeridos para ser considerada como una decisión final, en el sentido del artículo R47 del Código del TAS y del artículo 63 de los Estatutos de la FIFA. A su juicio se trataba de una notificación meramente informativa de la imposibilidad transitoria por parte de FIFA para decidir sobre la cuestión, con causa en a situación concursal del demandado.

Además, San Lorenzo manifestó que su intención no era en ningún caso eludir sus obligaciones para con Sampdoria, sino que simplemente, debido a su situación económica, en este momento no podía hacer frente a las mismas.

⁵“R57 - El Panel arbitral tiene pleno poder para revisar los hechos y el derecho. Puede emitir una nueva decisión que sustituya la decisión recurrida o puede anular la decisión y devolver el caso a la instancia precedente. [...]”

⁶ CAS 2008/A/1574 Nicholas D’Arcy v Australian Olympic Committee, CAS 1998/A/211 Michelle Smith De Bruin vs FINA, CAS 2004/A/714 Fazekas vs IOC, CAS 2007/A/1394 Landis vs USADA.

Por último, y en relación a la cantidad reclamada por Sampdoria, alegaba que en ningún caso se le podía reclamar el pago de la cláusula penal (600,000.-€) y además intereses de demora, puesto que ello constituiría una doble penalización por el mismo concepto.

IV.III ARGUMENTOS DE FIFA

Para FIFA la apelación planteada por Sampdoria era inadmisibile puesto que tenía su origen en una carta que no podía considerarse como una decisión a los efectos del artículo R47 del Código del TAS y del artículo 63 de los Estatutos FIFA. Concretamente, la carta remitida por sus servicios jurídicos en fecha 1 de marzo de 2012 tenía carácter meramente informativo y carecía de cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado por la Sampdoria. Su objeto era simple y llanamente informar a las partes sobre la imposibilidad de FIFA de conocer dicho asunto debido a la situación concursal en que se encontraba el club demandado.

Además, para el supuesto caso que el TAS entendiera que la controvertida carta de 1 de marzo era una decisión recurrible, FIFA añadía que en todo caso la decisión de abstenerse y cerrar el procedimiento fue correcta. En tal sentido, a pesar de reconocer que en la normativa aplicable al caso (i.e. Reglamento del Estatuto y Transferencia de Jugadores y Reglamento de Procedimiento de la Comité del Estatuto del Jugador y la Cámara de Resolución de Disputas) no existía ningún precepto que determinara cuáles eran las consecuencias previstas para los casos en los que una parte se encuentre bajo la intervención judicial, manifestaba que dicha laguna había sido cubierta por la práctica constante e ininterrumpida de la institución al respecto, que había adquirido la categoría de norma consuetudinaria. En virtud de dicha práctica, cualquier procedimiento ante los órganos decisorios de FIFA en el que una de las partes se encontrase en situación de intervención judicial debe suspenderse.

Las razones por las que FIFA justifica dicha práctica son las siguientes:

- Al abstenerse, FIFA no deniega justicia, simplemente deriva la disputa al foro competente. Lo anterior teniendo en cuenta que en el país de origen de la parte en situación de concurso existía un procedimiento abierto en el que cualquiera que lo considerase oportuno puede comparecer para ejercitar allí sus derechos.
- FIFA debe abstenerse en estos casos para así evitar que haya el riesgo de decisiones contradictorias en dos jurisdicciones distintas e igualmente para respetar la competencia exclusiva de los tribunales ordinarios en este tipo de materia ya que, sin duda, FIFA no puede ni debe interferir en las medidas adoptadas por los Estados para reestructurar y rehabilitar a empresas en situación de insolvencia.
- Existe además una razón de tipo funcional y es que FIFA debe adoptar una práctica unitaria y consistente que pueda aplicarse a todas las reclamaciones que recibe sin importar el origen de la misma. No se le puede pedir a FIFA que estudie y conozca todos los ordenamientos jurídicos del mundo en relación con las situaciones de insolvencia.

Como argumento de cierre, FIFA alegó que en todo caso era responsabilidad de la Sampdoria verificar la situación financiera de San Lorenzo antes de cerrar cualquier acuerdo con éste y que, por lo tanto, no era legítimo responsabilizar después a FIFA de la situación en la que se había visto envuelto.

V. EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL: LOS FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN

(i) *Cuestiones previas: ¿qué es una decisión?*

Antes de entrar a decidir sobre el fondo del asunto, el Panel debía pronunciarse, como cuestión previa, sobre la admisibilidad de la apelación planteada por Sampdoria. Para ello debía determinar si la discutida carta de FIFA fechada en 1 de marzo de 2012 se debía considerar como una decisión final sujeta a recurso ante el TAS.

El primer elemento de consideración por parte de los Árbitros para determinar la naturaleza jurídica de dicha correspondencia es que la noción de “*decisión*” no aparece como tal definida en la normativa de FIFA y, por lo tanto, de conformidad con el artículo R58 del Código del TAS, dicha definición debe buscarse en el derecho suizo que se aplica de forma subsidiaria al procedimiento. En tal sentido, el Tribunal Federal Suizo ha determinado que una decisión es un acto de soberanía individual dirigida a un individuo, en virtud del cual una relación de tipo administrativo que fija una determinada situación legal, se resuelve de forma obligatoria y taxativa siendo los efectos dimanantes de la misma vinculantes tanto para el receptor como para la autoridad emisora⁷.

La cuestión debatida tampoco es nueva para el TAS. Las cada vez más habituales cartas de FIFA y la discusión sobre su naturaleza jurídica han sido objeto de discusión de varias formaciones arbitrales⁸ que han llegado a las siguientes conclusiones:

- a) La forma de la comunicación es irrelevante a efectos de establecer si se trata de una decisión. En concreto, el hecho de que se haga en forma de carta en ningún caso excluye la posibilidad de que la misma pueda considerarse una decisión recurrible según la normativa aplicable.
- b) En principio, para que una correspondencia pueda ser considerada una decisión, ésta debe contener un pronunciamiento que afecte a la situación jurídica del destinatario o de alguna otra parte.

Después de un exhaustivo análisis general por parte de la formación arbitral de esta cuestión, a continuación se analizó el caso concreto, resolviendo que, en la discutida carta, de forma inequívoca FIFA manifestaba que no podía intervenir en la disputa entre Sampdoria y San Lorenzo, lo que, a efectos prácticos, constituía la terminación del

⁷ ATF 101 Ia 73 (traducción libre por el autor)

⁸ CAS 2004/A/659 Galatasaray v FIFA & Vasco da Gama, CAS 2005/A/899 Aris Thessaloniki v FIFA & New Panionios, CAS 2008/A/1633 FC Schalke 04 vs CBF, CAS 2011/A/2343 Universidad Católica v FIFA, etc...

procedimiento. A su vez, ello suponía una afectación de la situación jurídica del club italiano, que no tendría recurso interno alguno ante dicha decisión.

Para el Panel resulta incuestionable que FIFA toma una determinación final sobre la cuestión a pesar de que en la carta afirme lo contrario (“*without prejudice whatsoever*”). El Panel arbitral critica abiertamente este tipo de acotaciones que no sólo son incompatibles con el contenido real de la carta sino que además son ambiguas y pueden llevar a las partes a malinterpretar su contenido. En este mismo sentido, ya en el caso CAS 2012/A/2854 Horacio Rolla vs Palermo & FIFA se resolvió que el “*animus decidendi*” que se requiere para considerar la correspondencia como una decisión, viene marcado no por la literalidad de la correspondencia sino por el efecto real que la misma produce en la esfera jurídica de sus destinatarios.

Volviendo al caso que nos ocupa, el Panel concluyó que la carta remitida por la administración de FIFA dejaba a Sampdoria en un callejón sin salida ya que la solución propuesta, consistente en remitir el caso a los Tribunales ordinarios argentinos, suponía a su vez una flagrante vulneración del artículo 64 de los Estatutos de FIFA⁹, que de forma clara establece la prohibición a sus afiliados de acudir a la jurisdicción ordinaria. Dicha norma, aunque de dudosa legalidad, no deja lugar a la ambigüedad y conlleva para quienes la incumplan la imposición de sanciones disciplinarias por parte de los órganos competentes de FIFA. Además, en el caso concreto, el Panel manifiesta sus dudas respecto a la posible competencia de cualquier tribunal argentino en el asunto en cuestión, máxime cuando las partes incluyeron una cláusula arbitral en el contrato a favor de FIFA o, en su caso, del TAS.

En base a todo lo expuesto, la conclusión alcanzada por la formación arbitral de forma unánime respecto de esta cuestión previa fue que la carta de fecha 1 de marzo remitida por FIFA debía ser considerada como una decisión susceptible de ser recurrida ante el TAS.

Esta decisión viene a confirmar el criterio seguido por el TAS en casos muy similares, como en los asuntos CAS 2011/A/2343 CD Universidad Católica v FIFA y CAS 2011/A/2586 William Lanes v FIFA & Real Betis Balompié.

(ii) *Jurisdicción: ¿cuál es el alcance de la revisión de la formación arbitral?*

Una vez resuelto que la carta de 1 de marzo es una decisión apelable ante el TAS, la jurisdicción del tribunal deriva de los artículos 62 y siguientes de los Estatutos de FIFA y del artículo R47 del Código del TAS. La única cuestión por determinar al respecto es la relativa al alcance del poder de revisión del tribunal en el caso concreto. En ese sentido el artículo R57 antes citado (ver nota al pie 5) otorga al Panel arbitral la potestad de revisar los hechos y el derecho, para emitir una nueva decisión sobre el fondo, o la posibilidad alternativa de devolver el caso a la instancia precedente.

La defensa de San Lorenzo hacía referencia a la obligación del TAS de remitir el caso a FIFA para no vulnerar el derecho a la doble instancia que se recoge en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles. Sin embargo, el Panel arbitral

⁹ Art 64.2 Estatutos FIFA 2010: “*Se prohíbe el recurso ante tribunales ordinarios, a menos que se especifique en la reglamentación FIFA*”

resolvió que dicho convenio internacional no era de aplicación en el caso concreto puesto que el “derecho a la doble instancia” opera exclusivamente en el ámbito penal. Además, de conformidad con la propia jurisprudencia del TAS, que es compatible con la del Tribunal Federal¹⁰ suizo, una revisión plena llevada a cabo por el tribunal de apelación puede, en determinados supuestos, subsanar algunos errores procesales cometidos en la primera instancia.

El propio TAS ha invocado el llamado “efecto sanador” operado por sus procedimientos arbitrales en múltiples ocasiones¹¹, en virtud del cual, al amparo del artículo R57 y de su capacidad de revisar *ex novo* no sólo el derecho sino también los hechos del caso, han subsanado irregularidades procesales cometidas en instancias precedentes.

En relación con el caso concreto, la propia representante de FIFA en la audiencia había mostrado su conformidad respecto de la posibilidad de que el Panel arbitral entrara a resolver el fondo de la disputa en el marco del procedimiento arbitral de apelación. Por todo ello, y teniendo en cuenta la conformidad expresada por la propia FIFA, el Panel arbitral decidió que era competente en este caso para revisar el fondo del caso y adoptar una decisión final sobre el objeto del mismo.

(iii) *¿Existe una norma consuetudinaria que obligue a FIFA a terminar aquellos procedimientos en los que una parte se encuentra en situación de insolvencia o concurso?*

Llegados a este punto, resueltas ya las cuestiones de admisibilidad y jurisdicción, el Panel arbitral se centró en determinar si la decisión adoptada por FIFA de no resolver la disputa a causa de la situación concursal que atravesaba San Lorenzo, fue la correcta.

Es un hecho indiscutido entre las partes que no existía ninguna regulación específica al respecto para cuestiones de naturaleza contractual, a diferencia de lo que sucede en el plano disciplinario de FIFA, donde el artículo 107 del Código Disciplinario expresamente otorga a la autoridad competente la facultad de dar por terminado el procedimiento en caso de que una de las partes “*se declare en quiebra*”. Así, a pesar de que ni el Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores ni en el Reglamento de Procedimiento de la Comisión del Estatuto del Jugador y la Cámara de Resolución de Disputas contienen ningún artículo análogo, sin embargo, FIFA no hacía distinciones y acordaba la terminación de cualquier procedimiento en el que hubiese una parte en situación de insolvencia o de intervención judicial. Como hemos visto, FIFA alegaba que dicha práctica se había convertido en una norma consuetudinaria, aceptada y vinculante para sus miembros, y que por lo tanto la decisión adoptada en la carta de fecha 1 de marzo de 2012 debía ser confirmada.

Tras analizar los argumentos de las partes, el Panel arbitral pasó a valorar si verdaderamente existía dicha discutida norma consuetudinaria, tal y como afirmaba FIFA. Para ello acude de nuevo al Derecho Suizo y a la doctrina respecto de esta

¹⁰ Ver la sentencia ATF 4A_386/2010

¹¹ Sirvan como ejemplo: CAS 2004/A/607 Galbin Boevski v IWF; CAS 2004/A/633 IAAF v FFA & Mr Chouki; CAS 2005/A/1001 Fulham FC (1887) Lmt; CAS2006/A/1153 WADA v Assis & FPF; CAS 2010/A/2188 Gen Taweev v AIBA.

particular figura jurídica, que admite la posibilidad de que una práctica continuada en una asociación adquiera la fuerza de una norma. En tales casos, se habla de una fuente normativa marginal y excepcional, en la que será fundamental para su apreciación el contexto normativo en el que dicha práctica continuada se encuadra, así como el ámbito subjetivo de aplicación¹².

En estas circunstancias, el Panel identifica dos requisitos que deberán cumplirse de forma cumulativa para que la práctica invocada por FIFA se pueda considerar una norma vinculante:

- a. La existencia de una práctica uniforme y extendida (*longa consuetude*) percibida como obligatoria (*opinio necessitatis*) por parte de los miembros de FIFA.

De conformidad con el artículo 8 del Código Civil Suizo, la carga de la prueba al respecto de este punto la ostenta quien invoca dicha práctica consuetudinaria, por lo que no será suficiente con su mera alegación sino que deberá acreditarse su existencia.

En el caso objeto de análisis, el Panel arbitral deja constancia de la insuficiente actividad probatoria de FIFA y, en concreto, resuelve que no ha quedado acreditada la existencia de una práctica intensa y reiterada que reúna el elemento objetivo (*inveterata consuetudo*) necesario para poder establecer la existencia de una norma consuetudinaria.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el elemento objetivo no había quedado acreditado, ya no resultaba necesario para el Panel analizar si concurría en el caso enjuiciado el elemento subjetivo requerido (*opinio iuris sive necessitatis*), referente a la percepción de obligatoriedad jurídica por parte de los destinatarios de la práctica invocada. Sin embargo, el Panel Arbitral niega también la concurrencia de este elemento ya que, tal y como fue recogido en la audiencia del caso, el número de recursos por parte de clubes frente a este tipo de prácticas de FIFA va en aumento. En consecuencia parece difícil hablar de una convicción por parte de los miembros de FIFA de que exista una obligatoriedad jurídica. El ejemplo más claro al respecto son los casos resueltos recientemente por el TAS que tienen por objeto esta misma cuestión: CAS 2011/A/2343 CD Universidad Católica v FIFA y CAS 2011/A/2586 William Linares v FIFA & Real Betis Balompié.

- b. Una laguna normativa

De nuevo, y a pesar de haber sido ya rechazada la teoría de la norma consuetudinaria presentada por FIFA, el Panel decide proseguir con su análisis de la cuestión.

Considera el Panel que FIFA debería diferenciar entre los casos en los que se solicita el reconocimiento de una deuda (procedimiento ordinario) de los casos en los que se solicita la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimiento de una decisión (procedimiento disciplinario de ejecución). Ambos procedimientos

¹² ATF 3 mayo 2012, 2C1016/2011, consid. 4.5.4.

están claramente diferenciados y tienen objetos diferentes, por lo que no pueden tratarse del mismo modo. Dicha distinción coincide además con la propia normativa de FIFA que, como ha sido explicado anteriormente, sólo prevé la posibilidad de terminar el procedimiento en caso de insolvencia de una de las partes cuando se trate de un procedimiento disciplinario (*vide* artículo 107 del Código Disciplinario de FIFA). Ello es perfectamente lógico puesto que desde un punto de vista eminentemente práctico sólo la aplicación de medidas disciplinarias por parte de FIFA puede, en principio, interferir con las medidas acordadas por la autoridad judicial o concursal, destinadas a reestructurar al club concursado.

En el caso concreto, estaríamos claramente ante un procedimiento ordinario en el cual Sampdoria simplemente solicita a FIFA que se le reconozca su derecho de crédito frente a San Lorenzo, en virtud del incumplimiento por parte de éste del contrato suscrito entre ambos, y de conformidad con la cláusula de sumisión expresa a la jurisdicción de FIFA en él contenida.

Además, otro elemento subrayado por el Panel arbitral y que FIFA no tuvo en consideración a la hora de acordar la terminación del procedimiento, es que el concurso preventivo de acreedores en el que se encontraba San Lorenzo se había iniciado mucho antes de que se firmara el contrato entre las partes y, por lo tanto, era lógico concluir que dicho contrato había sido aprobado por los administradores concursales.

En base a todo lo antedicho, el Panel arbitral resuelve que FIFA erró al no entrar a resolver la reclamación planteada por Sampdoria en relación a su disputa con San Lorenzo, ya que no existe norma consuetudinaria alguna que justifique dicha práctica.

(iv) *La deuda*

Una vez llegados a este punto y tras haber determinado que no existe razón alguna para no entrar a decidir sobre la reclamación planteada por Sampdoria, el Panel toma como punto de partida los siguientes hechos incontrovertidos: (a) que el contrato fue suscrito entre las partes de forma válida y legal, (b) que Sampdoria cumplió con las obligaciones contractuales derivadas de dicho contrato y (c) que San Lorenzo sólo pagó el primero de los pagos pactados, incumpliendo así sus obligaciones contractuales.

En vista de ello, y teniendo en cuenta que San Lorenzo había reconocido su incumplimiento contractual, sólo quedaba establecer la cuantía que debía pagar a Sampdoria por los dos conceptos reclamados. En primer lugar, el Panel resuelve que no hay duda respecto a las cantidades debidas en virtud de los pagos aplazados vencidos: i.e. 1.200.000 Euros.

En segundo lugar, respecto de la cláusula penal reclamada, prevista en el artículo 4.2 del contrato (600.000 Euros), existían discrepancias entre las partes respecto de su alcance e interpretación. Por ello, en aplicación de los principios de interpretación de derecho suizo (artículo 18 del Código Civil), el Panel analiza cuál fue la verdadera intención de las partes al redactar dicha cláusula. Tras examinar la literalidad del artículo en cuestión, el Panel concluye que el pago de la cláusula penal quedaba vinculado directa e intrínsecamente al incumplimiento por parte de San Lorenzo de sus obligaciones de pago. Según se desprende de la propia literalidad de la cláusula controvertida, y

contrariamente a las alegaciones de San Lorenzo, no parece que el contrato prohíba a Sampdoria reclamar de forma cumulativa en caso de incumplimiento del contrato (i) la satisfacción íntegra de todas las cantidades acordadas (ii) la cláusula penal así como (iii) los intereses de demora. Entiende el Panel arbitral que la cláusula penal fijada de común acuerdo por las partes es compatible con el derecho Suizo (artículo 160 y ss. del Código de Obligaciones) y que, además, no se ha pedido por parte de San Lorenzo su moderación.

Por todo ello, el Panel arbitral decidió que San Lorenzo debía pagar a Sampdoria la cantidad de 1.800.000 Euros más el 5% de intereses devengados desde las respectivas fechas de vencimiento de los pagos acordados.

VI. CONCLUSIÓN

Tal y como explicábamos en la introducción de este comentario, dado el momento que vivimos y las graves dificultades económicas que están atravesando muchos clubes, este tipo de reclamaciones son y serán cada vez más frecuentes. Es por ello que este laudo cobra, si cabe, mayor importancia ya que supone para FIFA un punto de inflexión y un aviso claro y contundente por parte del TAS respecto a cómo deben tratarse los casos “ordinarios” en los que una parte se encuentra en situación concursal o de intervención judicial. La práctica, erróneamente considerada por FIFA como “norma consuetudinaria”, consistente en rechazar todos y cada uno de los casos en los que alguna de las partes se encuentre en situación declarada de insolvencia parece destinada a terminar tras este laudo. Tal y como parece sugerir la formación arbitral, si FIFA quiere seguir sin resolver dichos casos la única posibilidad que tiene es modificar su normativa e incluir en su Reglamento del Procedimiento de la Comisión del Estatuto del Jugador y la Cámara de Resolución de Disputas un artículo similar al 107 del Código Disciplinario. A día de hoy esta modificación no ha sido introducida por lo que FIFA parece haber aceptado el camino marcado por el TAS.

No hay duda de que la cuestión suscitada es ciertamente interesante y vuelve a poner de relieve esa ya clásica lucha entre los poderes públicos del Estado y las normas privadas del sector deportivo. La compatibilidad de estos dos ordenamientos que conviven en aparente paz se pone en entredicho cuando deben interactuar ya que afloran todos sus puntos de conflicto. La realidad es que jurídicamente hay pocas dudas sobre cuál debe prevalecer, pero en la práctica las cosas cambian y nos encontramos en situaciones, como la del presente laudo, que nos invitan a reflexionar.

Por motivos que podemos imaginar, FIFA, que siempre se ha mostrado desafiante con el poder público y mucho más con los tribunales ordinarios, nos sorprende ahora con su voluntad de inhibirse a favor de los mismos en estos casos y es justamente en este supuesto que ahora el TAS la obliga a cambiar dicha práctica. No es la primera vez que FIFA busca amparo, respecto a una práctica jurídicamente dudosa, alegando la existencia de una norma consuetudinaria. Ese mismo fue el argumento utilizado en el llamado “caso Messi¹³” para tratar de justificar el origen de la obligación de los clubes de liberar a sus jugadores mayores de 23 años a los equipos nacionales durante los JJOO, a pesar de que no existía una norma escrita que así lo estableciera. En ese caso, que sin duda los árbitros del caso objeto de análisis conocían, el resultado fue similar y

¹³ CAS 2008/A/1622-1623-1624 FC Schalke 04, SV Werder Bremen, FC Barcelona vs FIFA

FIFA vio desacreditado y rechazado su argumento. La creación de una norma consuetudinaria por parte de una asociación, si bien es posible, queda configurada después de estas dos decisiones como algo excepcional y que debe ser probado de forma clara y fehaciente por parte de quién lo alega.

Ahora queda la incógnita de saber qué ocurrirá si este caso que hemos comentado finalmente llega a la Comisión Disciplinaria de la FIFA en el supuesto de que San Lorenzo siga sin cumplir con el laudo del TAS. La cuestión no es baladí puesto que no podemos perder de vista que el ya citado artículo 107 del Código Disciplinario otorga a FIFA la potestad – que no la obligación – de terminar el procedimiento y por lo tanto cabe la posibilidad de que un día, ya sea por decisión propia o a instancia del propio TAS, FIFA decida imponer alguna sanción disciplinaria a un club concursado y bajo administración judicial. Las consecuencias de dicha decisión, y su impacto en el ámbito nacional, serán, sin ninguna duda, muy interesantes y abrirán un nuevo capítulo de esa recurrente batalla entre el poder público estatal y las normas privadas del ámbito deportivo.

Lucas Ferrer de Robles^o

^o Abogado, Director Departamento Derecho Deportivo en el despacho Pintó Ruiz & Del Valle.