

La causa fin en las contrataciones deportivas

Sebastián Pini

1. Introducción [\[arriba\]](#)

El presente trabajo tiene por objeto revisar el concepto y alcances del elemento causal de los contratos celebrados en esta materia¹ y con énfasis en el fútbol profesional.

Dadas las diferentes acepciones del término "causa" en derecho adelantamos que el mismo es entendido, en este trabajo, como causa fin, como el móvil o finalidad determinante de la contratación.

Actualmente es común advertir la utilización de calificaciones basadas en los conceptos de negocio indirecto, simulación, abuso del derecho, fraude a la ley y otras aplicadas a algunas variantes, intereses o motivaciones diferentes en contratos deportivos², especialmente cuando el contrato no tiene principio de ejecución o, en rigor, el jugador no participa a las órdenes del club contratante³.

Por otro lado, es usual advertir que muchas diferencias de opinión en cuestiones concretas de esta materia se explican por la falta de un acuerdo previo sobre la concepción de esta actividad de quienes argumentan.

En efecto, el deporte es principalmente un derecho social, es parte del acervo cultural y una actividad lúdica y desinteresada pero también es hoy una industria de entretenimiento y un mercado regulado inserto en una economía global.

En general, la cuestión entre el interés deportivo y el interés patrimonial del derecho federativo o, en caso de profesionales, del contrato de trabajo inscripto del deportista encierra ese debate anterior, verdadera tensión dialéctica de nuestra materia que no ha encontrado a la fecha su síntesis superadora.

Esta característica multifacética torna dificultoso el análisis de una cuestión sobre la base de una síntesis equilibrada de ambas premisas.

Lo expuesto se refleja en la concepción de las federaciones en sus reglamentos, de las instancias deportivas jurisdiccionales en sus decisiones, de los jugadores, sindicatos y clubes en sus reclamos y demandas sin una directiva o norma uniforme previa y clara que otorgue previsibilidad. La actividad reguladora en esta materia es, por lo general, de reacción a conflictos concretos.

Podemos decir que en el tratamiento de institutos centrales del deporte incluye siempre el esfuerzo por armonizar ambos extremos⁴.

No obstante lo expuesto, bajo cualquier paradigma los clubes deben generar cuantiosos ingresos para sostener, especialmente, el fútbol profesional. De esta forma, existen ligas que bajo una mayor importancia de la concepción del fútbol como industria de entretenimiento han conseguido, en términos generales, optimizar los ingresos ordinarios de los clubes, especialmente los derechos audiovisuales, venta de tickets, abonados y hospitality, así como los publicitarios. Otras ligas, en parte por su impronta social y en parte por razones históricas dada la calidad, cantidad y adaptabilidad de sus jugadores han enfocado la generación

de ingresos con mayor énfasis en la transferencia de jugadores, siendo éste un mercado directamente relacionado con dos principios basales que inspiraron la reforma del Reglamento Sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de F.I.F.A. (2001): la estabilidad contractual (vinculado a los ingresos por traspasos) y la promoción de la formación (vinculado a los ingresos por indemnización por formación y contribución de solidaridad).

Ahora bien, el contrato de trabajo del futbolista profesional y el fichaje del futbolista aficionado así como el plexo de contratos relacionados con éstos (contratos de transferencia federativa a préstamo o definitiva, contratos de cesión de derechos económicos y, yendo más lejos, contratos de scouting, prácticas de “filialización” federativa, figuras relacionadas con el gerenciamiento de clubes, etc.) constituyen convenciones que sirven a funciones e intereses diferentes al típico asignado por la ley o los reglamentos, aun cuando en algunos casos son figuras no tipificadas.

Un ejemplo claro en la materia es el desmembramiento entre el interés deportivo y el interés en el valor patrimonial de la exclusividad laboral⁵.

Al regular la rescisión por causa deportiva justificada en el art. 15 del RETJ de F.I.F.A. pareciera preservarse la esfera patrimonial de la contratación, aun cuando el interés deportivo es inexistente estableciendo la posibilidad de que, pese a no ser tenido en cuenta, el jugador deba indemnizar al club empleador. Sin embargo, en el Comentario a la norma se afirma que “El club puede perder su derecho a indemnización si el jugador puede probar que el club ha desatendido al jugador desde un punto de vista deportivo, ya que no estaba interesado en sus servicios.”⁶ (el subrayado es nuestro)

Nos concentraremos en la contratación laboral de un jugador profesional, sin dejar de advertir que la ficha federativa de un jugador amateur es también generadora de valor patrimonial ya sea por su formación⁷ como por la exclusividad que las reglamentaciones deportivas nacionales prevén⁸.

Si bien el tema tiene cierto tratamiento dentro del análisis de la cuestionada figura de los derechos económicos⁹ o bien en materia de

habilitaciones provisionales de F.I.F.A.¹⁰, no ha merecido una atención específica.

La cuestión lleva ínsito, como se señalara, el debate sobre los distintos paradigmas sobre este deporte y su proyección como mercado regulado y con una especificidad propia.

Recordemos que en 1880, aproximadamente, se difunde la práctica conocida como “poaching” en Inglaterra y definía la conducta de los clubes más poderosos del norte que tentaban a los jugadores de otros clubes a que abandonaran su club y jugaran para ellos con ofertas de empleo o dinero.

Ello ocasionó que a fines de 1890, la Association ordenara que ningún jugador pudiera jugar otro club en partidos oficiales sin haberlo avisado por escrito a la asociación un mes antes¹¹.

Con el tiempo, esta regla fue el origen de la exclusividad de la prestación deportiva propia de este contrato especial, encarnada en sus comienzos y por mucho tiempo en el derecho de retención.

El derecho de no competencia y la consiguiente exclusividad para el club genera a favor de él una prerrogativa que, según el jugador de que se trate y las circunstancias deportivas y de mercado, puede tener apreciación pecuniaria considerable.

Asimismo, la exclusividad respecto de la prestación del futbolista se ve reforzada por la exclusividad de contratación a favor de los clubes derivada de las disposiciones reglamentarias deportivas.

En efecto, sólo los clubes pueden ser titulares de derechos federativos.

Esa exclusividad frente a los demás clubes y frente a todo otro tercero que no reviste condición de club afiliado indirectamente a F.I.F.A., convierte al derecho federativo en una herramienta generadora de valor para ellos.

Demás está decir que no se persigue la mercantilización de la persona del jugador con esta noción pues se reconoce que, si bien resulta ser un activo de los clubes, al tratarse de prestación laboral comprometida deben salvaguardarse los derechos del jugador y, claro está, el señorío de su consentimiento se mantiene en todo momento de esta secuencia.

Este aspecto del derecho federativo en tanto generador de valor no resulta tan claro en la dinámica de la actividad y no siempre es tenido en consideración¹².

El mercado de transferencias sustentado ahora en la estabilidad contractual reforzada por un sistema resarcitorio y sancionatorio previsto para la parte que lo incumpla¹³, genera un mercado complejo cuyas cifras astronómicas reflejan los reportes del Transfer Matching System (T.M.S.)¹⁴ y constituye un flujo de principal financiamiento de ligas formadoras, muy por encima de la indemnización por formación y contribución de solidaridad que, paradójicamente, pretendía sustituir esos precios de transferencia.

De lo expuesto, surge lógicamente que el club contratante pueda tener su interés desmembrado.

Puede querer tanto contar con la prestación deportiva (lo que se retribuye con el salario) o con el valor económico de la exclusividad de dicha prestación, o con ambas.

¿Qué sucede cuando el derecho económico entendido como el producido patrimonial de una futura transferencia federativa, de naturaleza accesorio, es la razón principal del derecho federativo? Cuando lo accesorio se torna principal erigiéndose en causa final de la contratación federativa.

En estos supuestos de interés desmembrado, que se presentan en numerosas variantes, lo cierto es que la finalidad del negocio jurídico puede no coincidir enteramente con la causa objetiva y principal asignada al tipo contractual.

Es así que muchos clubes contratan jugadores con un interés deportivo mediato y ceden su prestación a otros clubes a préstamo para formarlos¹⁵, o bien contratan futbolistas sólo para una necesidad concreta y específica (vg. lesión de otro jugador o requerimiento particular del entrenador) pero su contrato es por un plazo mayor (generalmente por exigencia de un mínimo legal).

Esta insinceridad del plazo se verifica en los hechos. En rigor, la mayoría de los clubes que firman contratos por más de 3 años no esperan cumplirlos en su totalidad y prueba de ello es que el salario se negocia básicamente por los primeros años¹⁶. Es evidente que los últimos años, por lo general, no se vinculan con ningún interés deportivo sino que principalmente responden a la posibilidad de asegurarse el valor de transferencia del jugador.

Otras veces, los clubes suscriben contratos con sus jugadores juveniles sin tener otro interés ni motivación que conservarlos en sus planteles al sólo efecto de proteger el aspecto patrimonial de una posible cesión futura y en base a la ineficiencia o insuficiencia de los regímenes de compensación por formación. Esta función de “cerrojo” tampoco coincide enteramente con la finalidad típica del contrato laboral.

Finalmente, existen contrataciones que tienen su causa en las limitaciones de cupos o límites de contratos que las reglamentaciones prevén¹⁷.

Como se advierte, existe en esta materia un sinnúmero de motivaciones e intereses que no se corresponden enteramente con la causa objetiva del contrato de trabajo ordinario.

Asimismo, estas consideraciones se acentúan aún más cuando la causa de la contratación se integra con el interés de un tercero ajeno a dicho contrato, es decir, cuando el valor patrimonial de la futura transferencia del derecho federativo corresponde a un tercero en virtud de una convención¹⁸.

No nos ocuparemos aquí de la función contractual relativa a la cesión de derechos económicos a terceros de fuente convencional pues constituye, por su dimensión, complejidad y actualidad, un tema que merece un trabajo específico y más extenso.

Sin embargo, muchas consideraciones aquí vertidas son plenamente válidas a dicho negocio, sin perjuicio de su prohibición por la inclusión del art. 18 ter del RETJ de F.I.F.A.

Como se dijo más arriba, advertimos que la contratación de un futbolista con énfasis en el interés económico de su prestación exclusiva es asimilada genéricamente a conceptos como la simulación, el fraude o el abuso del derecho, especialmente cuando el contrato de trabajo no llega a tener principio de ejecución o cuando, efectivamente, el jugador no participa en las competencias a favor de su club empleador.

De ahí que el objetivo de este trabajo consiste en revisar esos conceptos a la luz del caso señalado con la pretensión de facilitar el análisis de las distintas variantes que las contrataciones deportivas reflejan en cuanto la divergencia entre la causa de las mismas y los fines perseguidos por las partes.

2. Teoría de la causa. Voluntad real y declarada [\[arriba\]](#)

Señalamos en la introducción que la causa fin, en tanto motivo determinante de las partes al contratar, se relaciona con la faz volitiva de la contratación. Los institutos que analizamos más adelante participan de dicha característica.

De las potencias que informan el alma, la voluntad es materia directa de la propia ciencia jurídica la cual no hace sino encauzar y limitar el querer del individuo.

La revelación de la voluntad se efectúa mediante la declaración que constituye, en rigor, la mera exteriorización de la primera.

Una voluntad no declarada no interesa principalmente al derecho pues queda en la órbita de reserva mental de cada individuo¹⁹

Por su parte, una declaración sin voluntad no es humana, es inimputable y no debe confundirse con la declaración de una voluntad viciada en algunos de sus elementos esenciales (discernimiento, intención o libertad).

Lo ordinario es que la declaración sea fidedigna o se identifique con la voluntad.

Pero, en ciertas ocasiones, la declaración difiere de lo querido por las partes y se produce un quiebre entre la voluntad y lo declarado.

Esta fractura del acto volitivo es muchas veces mal interpretada y se confunde con el fraude a la ley, el abuso del derecho, la nulidad, etc.

La reserva mental, es decir, cuando la declaración no es sincera con el querer interno de una sola de las partes, rara vez es relevante para el derecho. La otra parte desconoce esa discordancia, es unilateral.

Ello puede producirse cuando un club contrata a un jugador, pero no para que dicho contrato tenga el efecto que le es propio, sino para ostentar el derecho federativo como generador de valor, sin que el jugador conozca dicha finalidad ni sepa los planes que el club ha considerado para su carrera.

La voluntad real del club es, en rigor, la de poder transferir dicho derecho de forma onerosa y no que el jugador se desempeñe en su primer equipo.

Es probable, también, que el jugador sea quien contrate y en su esfera de reserva mental no quiera principalmente cumplir su prestación en ese club. Es el caso del futbolista que por diversas razones no encuentra club de su pretensión y termina aceptando la contratación de otro club para buscar una eventual transferencia posterior, pero bajo el amparo del contrato celebrado que le permite poder tener entrenamiento adecuado, no perder media temporada sin jugar, tener seguridad de cobro de salario y beneficios previsionales, recuperarse de una lesión o inactividad, etc.

Descartada la esfera de la reserva mental, el acto voluntario se integra, como se dijo, con la condición externa de su declaración o manifestación²⁰.

Dentro del ámbito negocial, la voluntad encuentra un amplio margen para su desarrollo.

En uso de esa autonomía, las partes pueden dotar de contenido al contrato negociado con los límites que la ley impone. Es por eso que los institutos que se verán más adelante pertenecen al derecho civil.

Sucede que si bien se trata de un contrato de trabajo, el interés en el caso propuesto es netamente patrimonial. De ahí que usualmente se vea vinculado a institutos propios de la esfera civil pero debe tenerse presente que es un efecto emergente de un vínculo laboral.

Es por eso que, tratándose de un contrato de trabajo, la autonomía de la voluntad se encuentra fuertemente restringida por la ley nacional así como por las reglamentaciones deportivas locales (que hasta predisponen el contenido de sus cláusulas) y por las emanadas de F.I.F.A.

Poco queda, entonces, de margen negocial.

Sin embargo, los contratos que se relacionan indirectamente con el vínculo laboral del jugador con el club (por ej. contratos de transferencia federativa a préstamo, definitivos o con opciones de compra, contratos de cesión de derechos económicos a terceros, contratos de scouting, etc.) permiten una mayor autonomía, aunque nunca tan flexible como en la órbita civil ordinaria.

Esta coexistencia de aspectos laborales y civiles generó el debate sobre la naturaleza del negocio jurídico de la transferencia del derecho federativo, esbozándose posturas inmersas en el derecho laboral y otras de impronta civilista²¹. Lo cierto es que, a nuestro juicio, la transferencia del derecho federativo (o del pase) de un jugador es un negocio complejo de naturaleza civil cuyo objeto puede contener prestaciones de índole laboral en el caso de profesionales para el perfeccionamiento del negocio.

Si la propia transferencia del derecho federativo es un negocio complejo, la contratación con fines de traspaso ab initio también lo es, pues constituye un negocio de interés patrimonial que tiene como presupuesto necesario el cumplimiento de obligaciones laborales.

El interés en la faz patrimonial de la exclusividad que dicho contrato otorga surge tanto del contrato de trabajo (naturaleza laboral) como del sistema reglamentario dispuesto por la F.I.F.A. (naturaleza civil y deportiva) y que genera el particular mercado de transferencias.

En general, la contratación de un futbolista con interés netamente patrimonial se armoniza con el cumplimiento de las obligaciones laborales típicas mediante la cesión a préstamo o definitiva, o bien la prestación de servicios en filiales, reservas o categorías juveniles en caso que se permita.

Es decir que, a diferencia de otras figuras que veremos, el contrato de trabajo no se lo desconoce sino que se ejecuta íntegramente o se lo suspende válidamente por el préstamo federativo a otro club o bien se extingue por cesión definitiva.

Dada la naturaleza laboral del contrato que permite el nacimiento de esa exclusividad y el orden público propio de dicha esfera, la autonomía de la voluntad se encuentra fuertemente restringida, reservándose gran parte de dicha libertad negocial para los contratos de transferencia federativa.

Es por eso que muchas figuras, propias del ámbito civil, no pueden ser estrictamente aplicadas a este tipo de contratación. Los principios protectorios laborales, especialmente el de irrenunciabilidad, impiden la existencia de contradocumentos (comunes en los negocios simulados) o renunciaciones anticipadas de derechos como forma de instrumentar negocios indirectos.

El art. 18bis del R.E.T.J. es una muestra de la confluencia de los intereses laborales y patrimoniales en este tipo de contratos. En efecto, pretende salvaguardar la esfera laboral de cualquier injerencia de terceros que, en interés patrimonial, persiga influenciar en una decisión que compete exclusivamente al club empleador y su trabajador. Refleja la preeminencia lógica de la causa final típica del contrato de trabajo por sobre el efecto patrimonial que el mismo contrato genera, con fundamento en la integridad de la competencia y la autonomía de los clubes.

En síntesis, la causa final típica del contrato de trabajo no es, en la hipótesis planteada, la pretendida principalmente por las partes.

3. La causa fin y sus manifestaciones jurídicas [\[arriba\]](#)

3.1. Los negocios indirectos.

Si bien reconocida doctrina argentina niega la calidad de categoría jurídica autónoma a los negocios indirectos, pues considera que no son sino modos en que pueden manifestarse todos los negocios jurídicos, gran parte de autores extranjeros los define como aquél que emplean las partes para conseguir fines diversos de aquellos que le son propios, habida cuenta de su típica estructura²².

Asimismo, es dable recordar que “...El negocio jurídico indirecto es una modalidad lícita, en tanto permite utilizar un instrumento previsto por el legislador para una finalidad distinta. Lo que resulta lícito o ilícito es su finalidad.”²³

Ahora bien, en el ejemplo de la contratación de un jugador con el sólo interés en el valor de su transferencia federativa futura, el caso presenta alguna distinción.

La estructura típica del contrato del futbolista profesional participa del género del contrato de trabajo, con algunas particularidades que le son propias como, por ejemplo, su plazo o bien la onerosidad de su cesión.

Casi todas las legislaciones prevén este aspecto, asignando al jugador un porcentaje de la misma²⁴.

Este es un efecto propio de este tipo de contrato, si bien no su causa principal típica que implica, claro está, el cumplimiento de la prestación del trabajo del jugador a favor del club empleador.

Sin embargo, en los negocios indirectos las partes persiguen una finalidad ajena a la causa objetiva del tipo contractual y utilizan una vía oblicua o indirecta para la

finalidad propuesta. En nuestro caso, no se echa mano a una solución indirecta, sino que sólo el contrato de trabajo de un futbolista puede dotar de ese aspecto patrimonial al negocio perseguido por las partes.

No existe para un club una vía directa o un contrato distinto que de nacimiento al valor patrimonial de la exclusividad.

En ese sentido, coincidimos con Rubino²⁵ al considerar que no puede denominarse negocio indirecto a aquél cuyo resultado, aun no exactamente el típico del negocio empleado, derive por ley de manera inmediata de dicho negocio como un efecto secundario, en cuanto derivación de sus consecuencias primeras.

En rigor, el efecto patrimonial de la exclusividad que genera para el club se genera a partir del propio contrato de trabajo.

Sin embargo, dentro del amplio margen de contrataciones en el deporte, el préstamo de derechos federativos con opción de compra como forma de instrumentar una transferencia definitiva pagadera en cuotas puede considerarse un negocio indirecto y, dentro de sus especies, una simulación al verificarse un fin distinto al propio de la figura del préstamo consistente en asegurarse el cobro del cargo antes del envío del Certificado de Transferencia Internacional (C.T.I.) definitivo²⁶.

Pero, cuando el negocio indirecto persigue la finalidad de violar prohibiciones legales y las partes pretenden lograr por vía indirecta lo que no pueden conseguir directamente por un impedimento legal, el negocio indirecto (el cual no tiene categoría autónoma) pasa a identificarse con los negocios fraudulentos.

3.2. Negocios fraudulentos.

Si bien el fraude durante mucho tiempo no se diferenciaba claramente de la simulación ilícita, su concepción restringida permite resaltar que el negocio fraudulento es un negocio verdadero, real y viciado.

Mientras que la simulación puede ser lícita, el fraude nunca lo es. No tiene una estructura dual ni se pretende ocultar un segundo negocio, sino la intención fraudulenta.

Es dable, también, distinguir el fraude a la ley del fraude a los acreedores. En el primer caso, el negocio fraudulento pretende eludir una norma imperativa considerada objetivamente mientras que en el segundo supuesto, se persigue principalmente frustrar los derechos del acreedor. De ahí que en el fraude a la ley no se exige la intención de defraudar pues es una evaluación que hace hincapié en el elemento objetivo mientras que en fraude a los acreedores el elemento subjetivo, el ánimo de defraudar es necesario junto con el concilio fraudulento del tercero²⁷.

Sin embargo, el análisis objetivo del fraude a una norma imperativa no debe limitarse a su texto sino que también requiere un análisis teleológico pues, en rigor, el fraude se realiza al espíritu o a la finalidad legal perseguida.

Adquiere particular relevancia el distingo entre normas imperativas y meramente dispositivas en materia deportiva, reconociendo la existencia y alcances de las

primeras en aras a ciertos bienes o valores jurídicos específicos (por ejemplo, la integridad de la competencia).

Sin embargo, se advierte que generalmente los tribunales jurisdiccionales deportivos no suelen avanzar sobre la indagación causal teleológica y se rigen por un formalismo estricto que impide la consideración del fraude a la ley²⁸.

En la hipótesis de este trabajo, la contratación con fines de traspaso con inexistencia de interés deportivo o interés mediato en la prestación laboral no conculca ni se pretende vulnerar ninguna norma imperativa.

Es dable recordar que con el traspaso se garantizan los derechos fundamentales de orden laboral del jugador y, en caso de que fracase dicha transferencia, el club deberá cumplir con el contrato siendo nula toda cláusula o documento adicional donde se pretenda quitar virtualidad al mismo. Esta es una característica esencial para el análisis de los institutos aquí mencionados. Se trata de una contratación real, vinculante en sus términos predispuestos y que, de frustrarse el interés patrimonial en el traspaso (que puede ser de ambas partes) la causa final típica mantiene en todo momento su vigencia y validez.

3.3. Negocios simulados.

A nuestro entender, la simulación es una especie del negocio indirecto pues participa de la divergencia entre la causa típica del contrato y el fin inmediato perseguido²⁹.

La diferencia con los negocios indirectos radica en la seriedad y sinceridad de dicha divergencia. Los negocios indirectos son enteramente reales y no se estructuran sobre la base de ninguna simulación, apariencia u ocultamiento.

En el caso de la simulación lícita, la estructura dual que presenta el acto se diferencia del negocio indirecto.

El negocio simulado presenta una estructura compuesta por una faz interna (el acuerdo simulatorio) y una faz externa (el negocio simulado). No obstante esta dualidad, el negocio simulado es producto de un acto volitivo único y eficaz³⁰.

Mientras que en la disimulación se persigue ocultar, en la simulación se pretende aparentar.

La causa simulandi es el interés que motiva a las partes a celebrar el contrato simulado, el cual puede ser justificado y aceptable, lícito y no causar daño a terceros o, por el contrario, puede ser ilícita en caso de violar la ley o dañar a terceros.

Es usual que el acuerdo simulatorio no sea sino verbal y, por lo tanto, no resulta fácil determinar y probar la causa simulandi.

En el caso de la contratación de un futbolista con el sólo interés en la faz patrimonial de su traspaso ya se sostuvo que no sería a nuestro entender un caso de negocio indirecto por ser dicho aspecto una consecuencia directa y propia del contrato con las particularidades que tiene en la esfera deportiva y, al no

pertenecer al género de los negocios indirectos, mal podríamos sostener que fuera parte de su especie.

Sin embargo, es cierto que las partes no quieren la prestación inmediata del jugador y dicho contrato laboral se complementa con otro que lo suspende (préstamo) o lo extingue (cesión definitiva).

En este caso, quizás pueda suponerse que la dualidad de contratos se asemeje a la simulación. Pero debe destacarse que no existe una situación de apariencia, ni un aspecto interno y otro externo, sino que ambos contratos son exteriorizados y forman parte de un mismo negocio, el cual es en principio lícito y no causa perjuicio a terceros.

Decimos en principio porque, como toda contratación, puede perseguir fines ilícitos y ser un contrato celebrado para frustrar derechos de terceros o violar la ley, en cuyo caso deberá existir, siquiera verbalmente, el acuerdo simulatorio oculto que refleje el negocio real pretendido torcidamente por las partes.

3.4. El abuso del derecho.

Si bien en sus comienzos se lo encuadraba como un factor de atribución de la responsabilidad civil, actualmente es mayoritaria la posición que lo eleva a un principio general del derecho.

Como fuente del derecho, su valor es relativo pero como pauta de interpretación consiste en un corolario más del criterio finalista o teleológico y constituye un elemento coadyuvante en los casos en que la ley o el reglamento no establece un límite al ejercicio de un derecho determinado.

Por ejemplo, en relación al derecho a contratar jugadores, algunas reglamentaciones establecen cupos máximos mientras otras nada dicen al respecto. Un club que, con ánimo de perjudicar a los competidores, contrata un número desmesurado de jugadores en una posición determinada podría constituir un ejercicio abusivo del derecho a contratar.

Se lo ha considerado un acto ilícito sui generis³¹ dando cuenta de una ilicitud solapada, ya que en apariencia se respeta la letra de la ley pero se quebranta su espíritu o finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico³².

Es decir, este instituto obliga a preguntarse también acerca de los fines de la norma y los del acto bajo análisis.

Sin embargo, consideramos que el abuso del derecho constituye un principio general que informa un determinado ordenamiento jurídico y no debe confundirse con la conducta abusiva que puede constituir un acto ilícito³³.

Por otro lado, la contratación de jugadores, aún por encima del cupo necesario para afrontar determinada competencia, persiguiendo el interés económico de su traspaso, no constituye un ejercicio abusivo en tanto no contraría ni se opone los fines de normativa que da origen a dicha figura contractual, no colisiona el interés de un tercero, no es contraria ni a la moral ni se vulnera la buena fe contractual.

4. Conclusión [\[arriba\]](#)

Por lo general, el terreno de los negocios indirectos lo constituye el extenso marco de la autonomía de la voluntad en materia contractual, pues los escasos límites del orden público o normas imperativas permiten una mayor flexibilidad para la proliferación de estos negocios.

Sin embargo, en esta materia la autonomía de la voluntad se encuentra fuertemente acotada.

En primer lugar, por los límites del orden público laboral en el contenido de la relación objeto del caso planteado que participa de dicha naturaleza. De ahí que no exista posibilidad de acordar, en uso de una autonomía muy restringida, un contrato de trabajo en el que su objeto no sea exigible por las partes, un plazo mayor al permitido, etc. y sólo pretender la vigencia de un efecto secundario como su virtualidad patrimonial en caso de traspaso del derecho federativo.

En segundo lugar, por las limitaciones de las reglamentaciones deportivas tanto en la esfera internacional como locales recogidas por leyes en sentido formal, convenios colectivos de trabajo o reglamentos de las federaciones deportivas que regulan fuertemente los contratos vinculados con la transferencia jugadores de fútbol, limitando los cupos de contratos profesionales, restringiendo la cantidad de contratos de préstamo, desterrando actualmente toda posibilidad de ceder a terceros el producido de las transferencias, etc.

En efecto, los llamados derechos económicos nacen como una solución financiera frente a la restricción de transferir derechos federativos fuera de los periodos de transferencias. Dichos periodos de inscripción tienen su fundamento en la integridad e igualdad de las competiciones, un valor o bien jurídico deportivo que inspira la mayoría de las limitaciones federativas. Sin embargo, la finalidad de los derechos económicos no es violar dichos límites buscando una vía oblicua para transferir jugadores fuera de periodo, sino poder descontar o anticipar el producido económico de las eventuales transferencias que en el futuro el club pueda efectuar. Paradójicamente, hoy son proscritos por la reglamentación federativa internacional supuestamente por afectar la integridad de la competencia pero por criterios diferentes a los expuestos ut supra.

La figura en análisis puede ser de imposible concreción en el caso de los clubes que adoptan la forma asociativa sin fines de lucro, ya que la preeminencia del interés patrimonial en las contrataciones podría conculcar con la prohibición de lucrar según se interprete como fin exclusivo del negocio.

No obstante las fuertes limitaciones señaladas a la autonomía de la voluntad en esta materia, existe un margen de flexibilidad tanto en la utilización de las herramientas contractuales disponibles para fines distintos a los típicamente asignados como por la circunstancia de que el contrato laboral se inserta en el iter de un negocio más amplio, de naturaleza civil y federativa, complementada por los contratos de transferencia a préstamo o definitiva.

Sin embargo, la contratación de un jugador con preeminencia, o exclusividad, del interés patrimonial en su futuro traspaso no constituye por sí solo un acto ilícito, ni vulnera ninguna norma, no es contrario a la buena fe ni perjudica a terceros. Todo ello, claro está, siempre que no se excluya la virtualidad efectiva del contrato de

trabajo en cuestión siendo enteramente exigible por ambas partes y siempre que se respete, aún en caso de préstamo o cesión definitiva de los derechos federativos, las garantías y derechos del jugador.

Por eso, entendemos que la esfera patrimonial de la contratación de un jugador emergente principalmente del juego de normas específicas de esta materia que determinan su exclusividad y la onerosidad de su cesión, integra la causa del negocio jurídico analizado, siendo la misma lícita en principio.

Lo expuesto no obsta a que la contratación pretenda vulnerar una norma imperativa aún de naturaleza federativa³⁴ y pueda constituir un acto en fraude a la ley. Usualmente se presenta en materia fiscal ya que puede ocurrir que alguna contratación de interés netamente patrimonial en el futuro traspaso traiga aparejado, además, una ventaja impositiva para alguna de las partes, pudiendo ser éste el móvil y causa fin principal o secundario e inevitable por la imperatividad de la ley fiscal.

Pero, en el caso de la utilización de las contrataciones deportivas para fines ilícitos, la calificación de las mismas requiere de una actividad probatoria e investigativa ardua y, necesariamente, posterior pues aún cuando la causa expresada en la contratación sea falsa, el acto sería igualmente válido si se funda en otra causa verdadera (arg. art. 282, segundo párrafo C.C.C.) y lícita.

De lo expuesto, advertimos la necesidad de dotar de mayor relevancia del elemento causal, no sólo como criterio de la hermética jurídica o parámetro de interpretación, sino de juzgamiento y calificación de las relaciones jurídicas deportivas a fin de discernir las diferencias entre los institutos reseñados.

De ese modo, poder discriminar las contrataciones lícitas de las que persiguen fines ilícitos sin echar mano a criterios simplistas o fácticos que, por su generalidad, pueden resultar inadecuados como, por ejemplo, el hecho de que el jugador no participe por su club empleador.

Un puntapié inicial puede ser el análisis del desmembramiento de interés en la contratación deportiva que efectúa el TAS en CAS 2014/A/3536 Racing Club Asociación Civil v. FIFA³⁵ relativa a la práctica denominada pases puente, concepto globalizador de un sinnúmero de intereses y fines distintos.

En efecto, se trató de una apelación contra la decisión de la Comisión Disciplinaria de FIFA que sancionó a varios clubes por haber detectado traspasos con “fines ilícitos” (supuesto fraude a la ley deportiva), “...por motivos no deportivos” insinuando, si bien en forma difusa, el desmembramiento antes analizado y considerando que la causa que dio origen a ese proceso fue el uso indebido o abuso del sistema de transferencias (abuso del derecho). El fundamento de la Comisión Disciplinaria sintetiza peligrosamente asimilando el hecho de que los jugadores en cuestión no habrían participado para el club contratando a la ausencia de todo interés deportivo y, además, que dicha ausencia sería violatoria de los reglamentos.

El TAS, a su turno, señaló que no existe prohibición alguna respecto de transferencias efectuadas con un interés exclusivamente económico y que esa falta de previsión, impedía sancionar a los clubes en el sentido efectuado por la Comisión, especialmente en materia disciplinaria en virtud del principio de

legalidad. De todas maneras, señala, la falta de una regulación expresa no autorizaba un uso secundario del sistema de transferencias para fines ilícitos con lo que se vislumbra cierta indagación causal más profunda que otros fallos.

Lo expuesto puede ser el inicio del debate que podrá (o no) ir perfilando una línea jurisprudencial sobre la teoría de la causa, los negocios indirectos, la simulación, el fraude y el abuso del derecho en materia deportiva y podrían arrojar luz y previsibilidad para los actores del sistema (clubes) al momento de contratar.

No desconocemos que, contra lo expuesto, se erige la dinámica específica de esta actividad, la necesaria celeridad en la resolución de los conflictos deportivos y que la indagación y prueba de los extremos de estos institutos son por demás tortuosos.

Por último, la causa de la contratación laboral no debe buscarse en la consideración aislada de dicho vínculo en el marco de la normativa del trabajo específica, pues se trata de un negocio complejo de naturaleza principalmente patrimonial de concreción diferida en el tiempo y cuya instrumentación se sustenta en la celebración de contratos de naturaleza laboral y civil y en la realización de actos jurídicos propios del ámbito deportivo (especialmente aquellos tendientes a la habilitación federativa).

En ese sentido, los institutos analizados y que refieren a la causa del contrato pueden ser plenamente aplicables a esta figura y, una elaboración reglamentaria o jurisprudencial de ellas por parte de las autoridades federativas o jurisdiccionales podría dotar de mayor previsibilidad y justicia material en la resolución de casos que, si bien presentan un patrón común formal, sus causas, motivaciones y finalidades son muy diversas.

Notas [\[arriba\]](#)

1 Es dable tener presente, en especial dentro de la órbita del derecho argentino, la diferencia entre la causa como fuente de las obligaciones del elemento causal teleológico de los contratos. En efecto, en el derecho argentino la "...causa impulsiva, el móvil o fin determinante de la actividad, queda comprendida en la noción más amplia de la intención..." (LLAMBIAS, Jorge J., Tratado de Derecho Civil, To. I, pág. 61, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1967) y del objeto, al haberse fundado nuestro codificador en el Esbozo de Freitas quien consideraba que "la causa ilícita de los contratos entra en el objeto de los actos jurídicos cuando él es ilícito" (FREITAS, Esbozo, To. I, pág. 246, Ed. Buenos Aires, 1909). Sin embargo, debe destacarse que Borda objeta la compenetración del objeto con la causa en el sistema de nuestro Código Civil incluyendo la causa dentro del fenómeno volitivo y dejando al objeto en el plano exterior a la personalidad de las partes en tanto designa sólo la materia de la obligación (BORDA, Guillermo A., Manual de Obligaciones, p. 28, Ed. Perrot, Buenos Aires). El mismo Llambías, de todas maneras, reconoce la diferencia entre ambos conceptos habiendo dedicado normas diferentes al objeto y a la causa de los actos jurídicos en el Anteproyecto de Código Civil de 1954 (arts. 157 y 158). Quizás la doctrina del objeto como fin social del acto jurídico (antiguo art. 953 C.C.), esbozada en nuestro país por Spota sintetizó dentro de dicho elemento esencial el sentido finalista. Actualmente,

predomina la interpretación de causa final de los arts. 281 y 282 de nuestro Código Civil y Comercial como elemento estructural de los contratos y también ahora como elemento autónomo en el nuevo Código Civil y Comercial, a diferencia del anterior. La desinteligencia tiene raíz también en el derecho francés en torno al art. 1108 que exige, como elemento esencial del contrato, la existencia de una causa lícita. La ardua disputa sobre los alcances de la norma empezó a despejarse recién con el neocausalismo francés iniciado por Henri Capitant sosteniendo que la causa del art. 1108 debía ser entendida como los fines concretos perseguidos personalmente por las partes (CAPITANT, Henri, De la causa de las obligaciones, trad. al castellano de Eugenio Tarragato y Contreras, Ed. Góngora, Madrid). El Código Suizo de las Obligaciones, fuente importante en nuestra materia en caso de intervención del Tribunal Arbitral del Deporte por vía de apelación (art. 66.2. Estatutos de F.I.F.A.) incluye el sentido finalista como criterio de interpretación de los contratos (art. 18, ac. 1) y en conexión con los límites a la autonomía de la voluntad al prohibir cláusulas contrarias al orden público, a la moral o a los derechos de la intimidad personal (arts. 19 y 20).

2 Es una característica propia de esta materia su proyección internacional y su naturaleza de derecho privado, con contadas excepciones. Si bien se trata de un esquema normativo elaborado sobre la base de reglamentos de asociaciones de derecho privado, su enorme dimensión (y perplejidad de los tribunales locales al resolver los casos deportivos) genera un verdadero sistema de derecho internacional privado de base material, dando soluciones materiales directas a los conflictos iusprivatistas (art. 1.1 y ss del Reglamento Sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de F.I.F.A.) o bien designando el derecho material aplicable con cierta imprecisión (art. 2 del Código de Procedimiento de la CRD), prorrogando la jurisdicción a favor de órganos jurisdiccionales propios (art. 22 y ss. RETJ de F.I.F.A.) aún en materias improrrogables (especialmente laborales) mediante procedimientos sancionatorios en caso de recurrir al juez natural (art. 68 Estatutos de F.I.F.A.). En general, la creación de soluciones materiales para casos internacionales limitando la autonomía de reglamentación, implica una "...suerte de policía internacional uniforme rígidamente impuesta por vía convencional..." (BOGGIANO, Antonio, Curso de Derecho Internacional Privado, p.52, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993). Y agrega el autor citado "...La unificación sólo está justificada cuando en alguna materia existe un fondo común de principios. Si falta esa coincidencia de ideas de justicia material, no sería justo sacrificar algunas concepciones nacionales, aunque parezcan injustas desde la perspectiva de las otras, en aras de estas últimas...En realidad, las diferencias de ideas materiales de justicia, en cuanto viven y son practicadas por determinadas sociedades, entran en el ámbito de lo sociológico y son, exactamente valoraciones de justicia...El principio de independencia nacional debe ser armonizado con el principio de interdependencia de los sistemas jurídicos nacionales, si es que se persiguen fines de cooperación internacional y solidaridad entre los países" (el subrayado es nuestro). Es una cita interesante para analizar en el marco de la prohibición de los derechos económicos por imperio del art. 18 ter del RETJ de F.I.F.A. y las distintas finalidades a las que sirven dicha figura atípica. No obstante la polémica desatada en orden a dicha norma, la F.I.F.A. ha llevado a cabo la labor unificadora con notable eficacia en este deporte. No es de extrañar que sea una asociación civil constituida bajo las leyes de Suiza, país que ha armonizado las normas de 25 cantones y semicantones a través de su Código Civil.

3 El hecho de que el jugador no participe por su club empleador no es, per se, una prueba de la falta de interés deportivo en su prestación por parte del club. En los hechos existen diversos motivos que así lo demuestran. Por ejemplo, puede deberse a la existencia de un interés inicial y posterior cambio de planificación del club, cambios en los sistemas de juego del entrenador y variantes o preferencias

deportivas, falta de adaptación del jugador o simplemente la aparición posterior del interés de un tercer club en adquirir sus derechos federativos. Asimismo, la reglamentación de F.I.F.A. prevé que un jugador pueda ser contratado y no participe por su club empleador (art. 5.3. RETJ de F.I.F.A.).

4 Un ejemplo es la propia concepción jurídica de los clubes. En efecto, F.I.F.A. nada dispone al respecto y las legislaciones nacionales o reglamentaciones federativas de cada país han optado por formas disímiles y mixtas. Desde la asociación civil sin fin de lucro (Argentina) hasta la adopción de sociedades comunes con fin de lucro (Inglaterra, Escocia), pasando por tipos sociales específicos con fin de lucro (SAD España, SADP Chile, SAD Uruguay). Aún en casos de sociedades con fin de lucro las reglamentaciones buscan armonizar el aspecto social y cultural con exigencias rígidas sobre el respeto a los colores, escudos, domicilio, estadio, etc. de cada club o bien de armonizar mediante la limitación de la participación concentrada en un sujeto (regla del 50+1 de Alemania) permitiendo la atomización de la mayoría accionaria en aficionados. Asimismo, aún en las figuras societarias lucrativas más amplias como en Inglaterra y Escocia se advierte un proceso de adquisición de acciones por parte de organizaciones de aficionados (fan ownership) existiendo ya varios clubes con forma societaria empresarial pero accionistas aficionados, por lo general organizados en formas asociativas diferentes (pueden consultarse ejemplos en <http://www.supporters^direct.org/> así como los avances del proyecto de instauración legal del derecho de compra preferente a favor de organizaciones de aficionados en [http://www.scottish.parliament.uk/S4_Bills/Community%20Empowerment%20\(Scotland\)%20Bill/b52s4^stage2^g3^LG.pdf](http://www.scottish.parliament.uk/S4_Bills/Community%20Empowerment%20(Scotland)%20Bill/b52s4^stage2^g3^LG.pdf)).

5 F.I.F.A. permite que el interés deportivo sea mediato cuando no lejano al entender que el préstamo tiene un carácter eminentemente formativo y de promoción (ver Comentario al art.10 del RETJ de F.I.F.A.).

6 Del mismo modo, puede sostenerse que la exigencia de ofrecer contrato al jugador como presupuesto para el cobro de indemnización por formación (art. 6.3. Anexo IV del RETJ de F.I.F.A.) descarta el fichaje de jugadores aficionados con el sólo interés patrimonial del cobro futuro por su formación.

7 En efecto, el fichaje del jugador a favor de un club legitima en muchos ordenamientos deportivos locales el reclamo de indemnizaciones por formación y, su incorporación al pasaporte deportivo del jugador, genera la presunción a los efectos de reclamar dicho resarcimiento según el régimen de F.I.F.A.

8 Por ejemplo, los arts. 207, 210 y 2011 del Reglamento General de A.F.A.

9 En efecto, el interés patrimonial en el futuro traspaso del club coincide con el interés especulativo del tercero titular de derechos económicos por lo que, algunas de las críticas esbozadas contra este último podrían ser de aplicación al caso. Sin embargo, debe destacarse que el interés del club nace de un contrato laboral que es plenamente vinculante entre las partes por lo que no se excluyen las obligaciones laborales concretas que nacen de él, aun cuando no exista interés deportivo alguno.

10 CLUB Pumas UNAM, MEX / Club Colon, ARG, caso Nro. 08/00650, relativo al jugador Martín Bravo.

11 ABREU, Gustavo A., "El fútbol y su ordenamiento jurídico. Origen en Inglaterra e implantación en Argentina", p. 208, nota 535, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2012.

12 Ello sin perjuicio de que muchas veces resulta ponderado en el juzgamiento con otras garantías, especialmente de naturaleza laboral, para resolver un conflicto determinado.

13 Arts. 13, 16 y 17 del RETJ de F.I.F.A.

14 <http://www.fifatms.com/en/Reports/reports^2014/>

15 El préstamo tiene un carácter netamente formativo en la concepción del RETJ

de F.I.F.A. (ver punto 4.3. del Comentario al art. 10 de mismo). Por ello, la causa objetiva del contrato no sólo puede presentarse diluida en materia de contratos laborales entre clubes y jugadores. Los contratos entre clubes referidos a la cesión definitiva o transitoria (préstamo) de los derechos federativos también participan de dicha particularidad. Actualmente, gran parte de los contratos de préstamo entre clubes no persiguen la finalidad formativa enunciada. En efecto, son objeto de este tipo de contratos jugadores ya formados, cedidos a ligas deportivamente superiores y se orientan a un sinnúmero de finalidades. Constituye, por ejemplo, una solución para advertir la adaptación del futbolista a otra competición, la posibilidad del club de financiarse, la opción de contar con un jugador sin desembolsar el valor del “pase”, o una venta en cubierta cuando existen cuotas en el precio para asegurar el cobro de las mismas (usualmente, la última cuota constituye la opción de compra definitiva), o una forma de liberar cupos o evitarse el pago de salarios de jugadores que no serán considerados por el cuerpo técnico de ocasión.

16 Puede establecerse, asimismo, cierta relación entre el plazo de periodo protegido (definición 7ma. RETJ), que tiende a reforzar el principio de estabilidad contractual y el interés deportivo de ambas partes en la prestación. La protección del interés en la prestación deportiva del contrato presupone un plazo protegido mediante la imposición de sanciones disciplinarias. El interés en el valor económico de la misma conllevaría una protección meramente indemnizatoria.

17 Existe la “venta” de cupo en fútbol italiano o la contratación en el libro “largo” de varios futbolistas y su préstamo posterior para que su regreso no ocupe cupo de incorporación.

18 Reservamos la denominación de tercero de fuente convencional para diferenciar a los terceros cuyo derecho sobre el producido de una transferencia federativa está reconocido por una ley en sentido material (por ej. AFIP según Dec. 1212/03 o por imperio de un Reglamento de FIFA en el caso de los clubes formadores y la contribución de solidaridad, o los jugadores por CCT 557/09, o la AFA y Agremiados por un Reglamento de una Asociación Nacional). Los terceros de fuente convencional son titulares de derechos económicos por el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad.

19 Con alguna excepción en el derecho canónico como causal de nulidad del matrimonio y aún en el derecho civil (VERDA Y BEAMONTE, José R., Reserva mental y matrimonio civil (comentario a la SAP de Madrid del 30 de septiembre de 1997, págs. 1511 y ss., Nro. LI³, Anuario de Derecho Civil, Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, Julio 1998). También habría que mencionar ciertos efectos jurídicos de los motivos ilícitos no declarados de una de las partes a la luz del nuevo art. 1014 del Código Civil y Comercial en tanto, si bien no importa la nulidad del contrato, a la parte que ha obrado con dichas motivaciones contrarias a derecho o inmorales de todo derecho a invocar el contrato frente a la otra.

20 Es clásica la oposición de la teoría francesa y alemana en esta materia. En el primer caso, derivada de las enseñanzas de Savigny, la preponderancia de las condiciones internas de la voluntad primaban sobre su declaración, en especial la intención del agente siendo su manifestación sólo el medio de prueba de su voluntad interna. En el caso de la doctrina alemana, preocupada por la seguridad jurídica, la declaración es lo que realmente importa al derecho con independencia de la efectiva voluntad interna del sujeto. Lo cierto es que, con el tiempo, ambos sistemas fueron haciendo concesiones a su antítesis tratando de armonizar la real intención de las partes con la seguridad y confianza que deben prevalecer en las relaciones humanas (Conf. ORGAZ, A., El acto o negocio jurídico, L.L., To. 68, pág. 871). Mientras nuestro codificador ha seguido la orientación francesa haciendo predominar la voluntad real del agente sobre la declaración, es necesario tener

presente estos antecedentes a fin de comprender la concepción jurídica en algunos fallos del TAS o de los órganos jurisdiccionales de F.I.F.A. donde la voluntad declarada prima sobre la real intención de las partes. El Código Suizo de las Obligaciones tiene entre sus principales fuentes de inspiración al Código alemán de 1896.

21 ABREU, Gustavo A., "Las transferencias de futbolistas en Argentina", Revista del Derecho del Deporte, IJ Editores, IJ^LXV^312. Por un lado, se considera a la transferencia de los derechos federativos como cesión de contrato laboral (arg. conf. CCT 557/09 argentino). Una teoría intermedia considera que se trata de la cesión del derecho a contratar mientras que otra parte estima que se trata de un derecho de naturaleza civil en los términos del antiguo art. 1444 C.C. argentino dado que, entre otros argumentos, el mismo negocio se verifica respecto de jugadores amateurs.

22 MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios", p. 261, to. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1975. El mismo autor transcribe la definición expresada y compartida por juristas como Enneccerus, Kohler, Regelsberger, Ferrara y Messina.

23 Despacho de la Comisión Nro. 3 de las XVI Jornadas Nacionales de 1997.

24 Ej. art. 8 CCT 557/09 argentino, art. 152 bis I Código del Trabajo chileno (art. inc. por ley 20.178), art. 11.4 Real Decreto 1006/85 español.

25 RUBINO, Domenico, El negocio jurídico indirecto, p. 23, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.

26 Este tipo de contratos, en el que se estipula que la falta de pago de una de las cuotas del préstamo importa la pérdida del derecho de opción de compra definitiva, puede suponer la elusión del art. 9.1. del RETJ que prohíbe condicionar el envío del C.T.I. Por otra parte, también se trata de dotar al contrato de los efectos retroactivos de la resolución contra suesencia. A su vez, puede asimilarse a los denominados negocios indirectos de garantía (entre los que encontramos ciertos negocios fiduciarios o el pacto de retroventa) dada la función que desempeña de asegurar el cobro mediante la retención del C.T.I. hasta el ejercicio de la opción de compra (última cuota), junto con otra.

27 Más allá de que muchas veces se presumen como en el caso de los actos a título gratuito (art. 967 C.C.)

28 Un apego exegético a la letra de la ley dificulta la figura del fraude a la ley ya que éste se caracteriza, precisamente, por el cumplimiento del texto normativo y requiere de un análisis causal y teleológico de la norma para vislumbrar su violación. Posiblemente, dado que la infracción a una norma imperativa deportiva ocasiona normalmente consecuencias disciplinarias se confunden los criterios de interpretación de un sistema sancionatorio (signado por principios del derecho punitivo) con los de un régimen resarcitorio y patrimonial. Por su parte, el cierto grado de inseguridad jurídica que introduce esta figura al permitir el cuestionamiento de actos jurídicos que cumplen con el texto legal, puede ser una razón de la reticencia en su aplicación.

29 Tradicionalmente se la considera un vicio, no ya de la voluntad, sino de los actos jurídicos junto con el fraude (LLAMBIAS, Jorge J., Tratado de Derecho Civil, To. I, pág. 94, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1967)

30 Si bien hay divergencia entre la causa típica del negocio y la finalidad querida por las partes, no hay divergencia en las declaraciones relativas al negocio simulado y al acuerdo simulatorio ya que ambas son queridas por las partes. Si bien autores colocan la teoría de la simulación dentro de la teoría de la apariencia, especialmente por la faz externa del fenómeno y sus efectos sobre los terceros de buena fe (buena fe^ creencia, siempre que sea jurídicamente excusable), preferimos ubicarla dentro de la teoría de la causa ya que constituye un negocio complejo que afecta la causa fin típica del contrato utilizando los efectos del

acuerdo simulado para arribar a una finalidad real distinta.

31 FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, Abuso del Derecho, p. 150 y ss., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

32 Conf. PIZARRO, Ramón Daniel, Ejercicio abusivo del derecho de informar, p. 173, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nro. 16, Abuso del derecho, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998.

33 Recordemos que el Código de Vélez era contrario a la admisión de este principio en su art. 1071 C.C. La reforma moralizadora de la ley 17.711 incluyó ideas solidaristas que consagraron la reforma del artículo mencionado reconociendo este instituto, si bien lo incorporó dentro del articulado referido a hechos ilícitos adicionando el término “regular” entendido como ejercicio razonable. Existió un antecedente del abuso del derecho en la Constitución de 1949 al regular en el art. 35 la limitación al poder reglamentario de las leyes. Por lo expuesto, consideramos más apropiada la ubicación de este principio en la parte general del ordenamiento, como lo hace el Código Civil Suizo en su art. 2 al decir que “Toda persona debe actuar de buena fe en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones. El abuso manifiesto de un derecho no es protegido por la ley.” (la traducción es nuestra).

35 [http:// www.tas^ cas.org/ fileadmin/ user_upload/ Award_ Final_ 3536__ internet _.pdf](http://www.tas^cas.org/fileadmin/user_upload/Award_Final_3536_internet_.pdf)