

El pacto comisorio en las transferencias de futbolistas

Ariel N. Reck

No es necesario resaltar la importancia que tienen para los clubes argentinos las transferencias de sus futbolistas al extranjero. De acuerdo a los reportes de FIFA, y salvo la merma sufrida en la última temporada, los futbolistas argentinos se encuentran siempre entre los más transferidos a nivel mundial y Argentina es el mayor exportador de futbolistas (disputándose cada año el primer puesto de ese ranking con Brasil).

En estas transferencias, desde la perspectiva del club cedente, el principal foco de atención se centra en tratar de asegurar el cobro de las sumas pactadas como precio del traspaso. La cuestión se ha venido complicando en los últimos años, desde que los pagos “a la firma” y/o los avales bancarios o de otro tipo han desaparecido y han sido reemplazados por acuerdos de “ingeniería financiera”, en virtud de los cuales los clubes “compradores” ofrecen cancelar el precio de transferencia en plazos que a veces llegan hasta los tres o cuatro años desde el momento de la transferencia. Estas circunstancias, sumadas a la crisis financiera existente a nivel mundial y también al abuso que muchos clubes hacen del sistema de resolución de controversias de FIFA, explotando sus fallas, han incrementado fuertemente la morosidad en los pagos.

Hace algunas décadas era habitual para los clubes incluir una cláusula en los contratos de transferencia indicando que en caso de impago el futbolista debía regresar al club cedente. Eran tiempos anteriores a la sentencia Bosman y al reglamento de transferencia de FIFA de 2001, en los que aún no reinaba el principio de la estabilidad contractual. Desde ya que esta cláusula carece hoy día de cualquier valor. Pese a ello no es inusual encontrarla todavía en algunos contratos. Los clubes “compradores”, que están ciertamente al tanto de su invalidez, consienten su inserción a sabiendas de que llegado el caso la misma será inejecutable y por ende resultará inocua.

La situación que describimos coloca a los clubes cedentes en clara desventaja en cuanto a la protección de su patrimonio. Si analizamos las consecuencias de un incumplimiento de una u otra parte del contrato de transferencia, tenemos que el incumplimiento de los pasos para la remisión en fecha del Certificado de Transferencia Internacional (CTI) repercutirá en multas al club moroso instándolo a cumplir con los trámites para la creación de dicho CTI y -en el peor de los supuestos- en un procedimiento de habilitación provisional que FIFA resolverá en menos de un mes, permitiendo al futbolista desempeñarse para su nuevo club.

Como contrapartida, un proceso de reclamación ante la Comisión del Estatuto del Jugador de FIFA por deudas derivadas de una transferencia puede demorar hasta tres años (y hay que agregar un año más en caso de apelación al TAS y unos meses más por el proceso disciplinario posterior hasta el pago). Durante todo ese plazo la deuda devenga en principio un módico interés del 5% anual. En algunos casos incluso, antes de pagarse la transferencia originaria, el futbolista es sujeto de una nueva transferencia onerosa del club deudor a un tercer club, dándose la paradoja de que el club deudor puede cobrar íntegramente la transferencia a un tercer club antes de siquiera empezar a pagar la transferencia originaria.

Esta práctica abusiva se conoce en la jerga como el “préstamo FIFA”[1] y genera un financiamiento forzado del club “vendedor” a favor del club “comprador”. El desbalance que provoca la situación excede a los clubes involucrados en la transferencia y se extiende a las ligas en las que éstos compiten. El club “vendedor” pierde los servicios de un futbolista y no recibe las sumas que necesita para reemplazarlo o para mantener al resto del plantel, quedando en desventaja dentro de su propia liga. Además, deberá procurarse ese dinero por otros medios de financiación con un costo sin dudas más elevado que el 5% de interés que recibirá en la decisión de FIFA.

Más evidente es el indebido beneficio que recibe el nuevo club, que obtiene la prestación del futbolista sin pagar por su transferencia, en un claro caso de ventaja desleal frente a los restantes clubes de su competición que sí cumplen con sus obligaciones. El club que utiliza estas prácticas puede hacerse con los servicios de un futbolista cuyo costo quizás no podría afrontar de tener que cumplir en tiempo y forma con los pagos. Así, puede gastar por encima de sus posibilidades actuales a la espera de una futura nueva transferencia o bien considerar la deuda como un crédito a baja tasa de interés que ninguna entidad financiera le otorgaría voluntariamente.

El panorama descrito resalta las dificultades de los clubes “vendedores” para asegurar el cobro de las sumas pactadas por transferencias. Tanto es así que la mayor protección con la que cuentan hoy estos clubes acreedores es indirecta: la obligación que UEFA impone reglamentariamente a aquellos clubes que participan de sus competiciones de no tener deudas derivadas de una transferencia. En virtud de esta disposición, el club que mantiene una deuda por transferencias ve en riesgo la concesión de su licencia y, por ende, su participación en las competencias UEFA. Este riesgo constituye en la práctica el mayor incentivo para estar al corriente en sus obligaciones con otros clubes. Lamentablemente esta “garantía indirecta” se limita a aquellos clubes que participan en las competiciones europeas (en realidad alcanza a algunos clubes más ya que la licencia UEFA comienza a tramitarse con seis meses de antelación al torneo para el que se solicita y ello provoca que apliquen para la misma todos los clubes con posibilidades de clasificar, aún aquellos que finalmente no logran alcanzar “puestos europeos”).

Si bien el régimen de licencias, que según FIFA[2] debía implementarse a nivel continental desde la temporada 2009-2010 y a nivel nacional desde la temporada 2010-2011, está también vigente en otras confederaciones y está comenzando a instaurarse a nivel de las principales ligas nacionales, lo cierto es que por ahora sólo la UEFA ejerce un control con el rigor necesario para obligar a los clubes a cumplir con estas obligaciones.

Otra variante para proteger los cobros del precio de transferencia es incluir cláusulas de penalidad para el caso de incumplimiento en los pagos, pero este tipo de multas son en general difíciles de imponer en un contrato desde el punto de vista comercial y de la posición usualmente “débil” del club cedente. Sobre estas cláusulas cabe señalar que si bien FIFA ha sido hasta ahora renuente a aplicarlas, la más reciente jurisprudencia del CAS[3] va en sentido opuesto, admitiendo su pertinencia. Habrá que estar a la evolución jurisprudencial del tema y esperar a ver si los órganos decisorios de FIFA reaccionan frente al criterio sentado por el CAS.

Con el difícil escenario actual descrito, retomo el tema de la pretensión de hacer regresar forzosamente al futbolista en caso de impago de la transferencia para

reiterar que la misma es absolutamente nula e inválida. Cuando ambos clubes completan la transferencia el contrato de trabajo del futbolista con el club cedente se extingue y nace un nuevo contrato entre él y su nuevo club. Frente a ello no es posible reclamar el retorno del jugador ya que el contrato laboral anterior está extinguido. Igualmente, desde el punto de vista del derecho del trabajo, no sería posible en ningún caso forzar a un trabajador a desempeñarse donde no lo desea, correspondiendo a lo sumo sanciones deportivas y/o económicas por ruptura de contrato[4].

Ahora bien, que por falta de pago del precio no pueda obligarse al jugador a retornar al club anterior una vez que la transferencia ha sido completada no implica que no pueda condicionarse la transferencia propiamente dicha a un previo pago. Se trata a mi juicio de dos situaciones totalmente distintas que más abajo analizo. Sin embargo una reciente decisión disciplinaria de FIFA sugiere lo contrario.

Es el caso de los clubes Independiente de Argentina y Genoa de Italia, por la transferencia del futbolista Julián Velázquez en la que ambas instituciones fueron sancionadas con una multa por uso indebido del TMS[5]. La sanción a Independiente, que es la que importa a los fines de este trabajo, se basó en la invalidez (según el criterio de la Comisión Disciplinaria de FIFA) de la cláusula contractual incluida en el acuerdo de transferencia del futbolista, que permitía al club argentino resolver el contrato de transferencia en el supuesto de que Genoa no efectuara el primer pago de los pactados. El contrato establecía también que, hasta tanto dicho pago no se efectuara, Independiente no estaba obligado a remitir el certificado de transferencia internacional del futbolista (CTI).

El club italiano no efectuó dicho pago pero igualmente requirió el CTI del jugador a través del sistema de correlación de transferencias de FIFA (TMS por sus siglas en inglés). Frente a este incumplimiento de pago de Genoa, que se mantuvo aún luego de una intimación, Independiente notificó al club italiano que resolvía el contrato de transferencia en virtud de las estipulaciones señaladas.

FIFA, por su parte, ante la falta de carga del sistema, inquirió a Independiente por los motivos de su conducta, respondiendo el club que el contrato de transferencia había sido resuelto ante el incumplimiento de Genoa.

La defensa del club argentino no fue aceptada. Para la Comisión Disciplinaria de FIFA las condiciones fijadas en el contrato de transferencia suponían una violación de lo dispuesto en el Art. 9.1 del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores y constituían un uso indebido del TMS merecedor de una multa.

El Art. 9.1 de dicho reglamento dispone: “Los jugadores inscritos en una asociación podrán registrarse en una nueva asociación sólo cuando esta última haya recibido un certificado de transferencia internacional (en adelante, CTI) de la asociación anterior. El CTI se expedirá gratuitamente, sin condiciones ni plazos. Cualquier disposición en contra se considerará nula y sin efecto. La asociación que expide el CTI remitirá una copia a la FIFA. Los procedimientos administrativos para la expedición del CTI se encuentran definidos en el Anexo 3 del presente reglamento”.

Sobre la base del texto del artículo supuestamente violado por Independiente cabe preguntarse realmente si la conducta del club argentino encuadró en tal supuesto.

Entiendo que Independiente no estaba condicionando el envío del CTI a un pago, sino que estaba condicionando el propio contrato de transferencia a ese primer pago y esta diferencia es sustancial.

El Art. 9.1 del reglamento FIFA tiene una raíz histórica evidente. Tras la instauración del principio de estabilidad contractual en el reglamento de 2001 y la plena abolición del “derecho de retención” en todas sus formas, muchos clubes (en ocasiones con la anuencia de las federaciones) empezaron a reclamar un arancel o derecho de emisión del CTI como forma de obtener compensación por las transferencias de los futbolistas, aún de aquellos “libres” cuyos contratos ya habían expirado. El artículo 9.1 fue la reacción de FIFA frente a esas prácticas claramente abusivas.

La cláusula contractual cuestionada por FIFA, que indicaba que Independiente no expediría el CTI hasta que Genoa efectuara el pago, debe leerse en coordinación y como lógica consecuencia de la estipulación que establecía la facultad de resolver el contrato en caso de incumplimiento del primer pago. Si la transferencia no se efectivizó, entonces el club cedente no debe enviar el CTI, justamente porque el envío del CTI marca el momento en el que el contrato laboral anterior se extingue (o suspende en caso de préstamo) y cesan las facultades del club empleador anterior.

El propio reglamento FIFA parece confirmar esta interpretación. El Anexo 3 dedicado al TMS establece en su artículo 2.4 que “En caso de que se realice una transferencia internacional mediante acuerdo de transferencia, los dos clubes involucrados deberán, de forma independiente el uno del otro, enviar información y, cuando proceda, cargar en el TMS ciertos documentos relacionados con la transferencia, tan pronto como el acuerdo de transferencia se haya concretado”. Entonces hasta tanto el acuerdo de transferencia no se encuentre “concretado” (que no es lo mismo que “firmado”) no hay obligación reglamentaria de cargar el TMS.

Por estas consideraciones entiendo que el contrato de transferencia sí puede someterse a una condición suspensiva (el primer pago), pero no a una resolutoria ya que los efectos que produce la expedición del CTI (esencialmente la extinción del contrato anterior y el inicio del nuevo vínculo laboral) son irreversibles y en el mejor de los casos sujetos exclusivamente a indemnización y/o sanciones deportivas.

Reitero que lo que se condiciona es la propia transferencia (no la emisión del CTI) y ésta se condiciona a que se efectivice en cierto tiempo un pago, lo que no constituye en absoluto una conducta abusiva ni encuadrable en la norma del art. 9.1. Condicionar la transferencia a un pago no es más que la aplicación del pacto comisorio al caso de las transferencias de futbolistas.

Como lo explicara reciente y magistralmente el colega y amigo Daniel Cravo[6]: Si una transferencia puede condicionarse a la aprobación de un examen médico, si un club puede decidir condicionar una transferencia a recibir una oferta económica determinada y si un club puede hasta optar por no transferir al futbolista con independencia de las sumas que le ofrezcan, ¿Por qué no sería posible condicionar la transferencia a que se efectivice un pago?

Asimismo, entiende el prestigioso especialista brasilero que el art.9.1 tiene como destinatarias a las federaciones y por ende no es aplicable a los clubes. El propio comentario FIFA al reglamento avala esta interpretación ya que señala que “El CTI no puede hacerse bajo ciertas condiciones. En concreto, la validez de un CTI no puede limitarse a un período determinado y cualesquiera cláusulas a estos efectos que se añadan al certificado se considerarán nulas de pleno derecho. Además, se prohíbe a las asociaciones que carguen gastos o soliciten el pago de derechos por la expedición del CTI para un jugador.”[7]

Al impecable razonamiento de Cravo agrego tan sólo la referencia al art.18.4 del reglamento FIFA, que prohíbe condicionar la validez del contrato de trabajo al examen médico o permiso de trabajo pero no prohíbe condicionar la validez del contrato de transferencia a dicha aprobación[8]. Si el futbolista no supera el examen médico o no obtiene el permiso de trabajo la transferencia no se produce y continúa la vigencia del contrato laboral anterior, lo que confirma que dicho contrato sólo se extingue una vez cumplida la condición que permite concretar la transferencia y emitido el CTI correspondiente. El mismo principio debiera aplicarse entonces sin inconvenientes al pago establecido como condición previa a la que la transferencia se sujeta.

El primer pago en una transferencia (sea por el total, sea una de varias cuotas) es especialmente relevante en Argentina ya que, de acuerdo a las normas laborales, fiscales y reglamentarias, las cargas por la transferencia deben abonarse en su totalidad con anterioridad a la emisión del CTI por parte de AFA.

El art. 8 del Convenio Colectivo de Trabajo N° 557/09 establece: “CESIÓN DE CONTRATO: El contrato de un futbolista podrá ser objeto, estando vigente el plazo de su duración, de cesión a otro club, con el consentimiento expreso y por escrito de aquél. En ese caso, corresponderá al futbolista, como mínimo, el quince por ciento (15%) bruto del monto total de la cesión, sea esta temporaria o definitiva, que el club cedente deberá depositar en la sede de FAA. La AFA se obliga a no autorizar la cesión y no habilitar al futbolista para incorporarse al club cesionario hasta que se acredite debidamente el depósito del respectivo importe en la sede de FAA, careciendo de toda validez el pago directo al futbolista y el recibo firmado por éste y siendo válido, únicamente, el otorgado por FAA. Si la AFA autorizara la cesión sin previo cumplimiento de tal condición, quedará solidariamente obligada al pago de la suma correspondiente, sin necesidad de intimación previa alguna”.

Por su parte, el fisco argentino ha dictaminado[9] que las sumas correspondientes al decreto 1212/03 deben ser percibidas por AFA al autorizar la transferencia, con prescindencia de que las mismas se encuentren canceladas y que de lo contrario la AFA resultará responsable solidaria por el tributo que dejó de retener o percibir e incurso en la infracción del art. 45 de la Ley N° 11.683.

Estas circunstancias determinan en la práctica que, en muchas de las transferencias de futbolistas desde clubes argentinos, la primera cuota se destine íntegra y exclusivamente al pago de estas cargas y obligaciones.

El pacto comisorio se encuentra consagrado y reconocido por el derecho suizo (art. 107 y concordantes del Código de las Obligaciones) y por ende es aplicable en subsidio al reglamento y debe ser obligatoriamente respetado por FIFA y por el CAS en sus decisiones. En la práctica pocos precedentes se han ocupado de la cuestión del pacto comisorio, en general como obiter dictum[10], pero en todos estos casos

se admitió invariablemente el derecho del acreedor a resolver el contrato frente al incumplimiento de las obligaciones pendientes de su contraparte.

Sin dudas el caso más relevante sobre el tema es un antiguo laudo CAS 2004/A/572 Arsenal Football Club v RCD Espanyol de Barcelona SAD. En dicho laudo el CAS sentenció que el club español tenía derecho a resolver un contrato de transferencia frente al incumplimiento de su contraparte, que no remitía el CTI del futbolista Alex Manninger pese a que el acuerdo de transferencia había sido firmado por ambos clubes. Cabe aclarar que en el contrato de transferencia había sido acordado que el pago del precio era posterior a la remisión del CTI.

Arsenal argumentaba que por un contrato “verbal” posterior entre los clubes se había acordado poner en cabeza del Espanyol parte de una deuda que el club inglés mantenía con el futbolista. Por eso se negaba a remitir el CTI (que en ese entonces se generaba “manualmente” y no de forma automática vía el TMS) hasta tanto Espanyol cancelara dicha deuda supuestamente asumida.

En su análisis el panel actuante señaló que el contrato verbal no había sido probado por Arsenal y que, a fin de determinar si Espanyol tenía derecho a resolver el contrato, debía examinarse si se daban las condiciones establecidas en los arts. 102, 107 y 108 del código de las obligaciones suizo, es decir si el deudor estaba en mora en el cumplimiento de sus obligaciones en un contrato bilateral y había sido debidamente intimado a cumplir.

Habiéndose acreditado que en el caso el acreedor intimó al deudor repetidamente para que cumpliera con su obligación, recibiendo en cada ocasión la misma respuesta negativa, el tribunal entendió que, en esas circunstancias, Espanyol tenía derecho a asumir que la conducta de Arsenal no se modificaría y que, en virtud de ello, estaba legitimado para resolver el contrato y dejar sin efecto la transferencia.

Si bien en ese caso se admitió la resolución del contrato en una situación “inversa” a la que en este artículo planteo, es decir por parte del club “deudor” del precio de transferencia porque el club “acreedor” que debía enviar el CTI con anterioridad al pago no lo hizo, no hay diferencia en cuanto al razonamiento y al principio jurídico aplicado. Si un club sujeta la transferencia a un pago anterior a la emisión del CTI, puede resolver dicho contrato si el pago no se produce conforme lo acordado. Desde ya que esta posibilidad debe limitarse al primer pago o pago total pactado a efectuarse con anterioridad a la emisión del CTI tal como lo señalé anteriormente.

En conclusión, entiendo que debe distinguirse entre el condicionamiento a la emisión del CTI y la sujeción de un contrato de transferencia a la condición de que previamente se pague una determinada suma. Mientras que el primer supuesto constituye una práctica abusiva y reprochable, el segundo caso no es más que la legítima aplicación del pacto comisorio al particular caso de las transferencias internacionales de futbolistas.

-
- [1] Ver CAS 2012/A/2824 Beşiktaş JK v UEFA Pár.127
 - [2] Ver Circular FIFA 1128 del 28 diciembre 2007 y reglamento adjunto
 - [3] CAS 2012/A/2847 Hammarby Fotboll AB v. Besiktas Futbol y CAS 2012/A/2754 U.C. Sampdoria v Club San Lorenzo de Almagro & Fédération Internationale de Football Association (FIFA).
 - [4] Ver en particular CAS 2007/A/1388 & 1389 Racing de Strasbourg v Ismaily SC. En un elocuente párrafo señala el Panel “A todo evento debe resaltarse que dado el principio de libertad de trabajo no es legalmente posible exigir a un futbolista que se desempeñe para el club A o el club B. En el supuesto de una ruptura del contrato de trabajo, o de cualquier otra relación contractual, los únicos medios a disposición de las partes, que consideren que han sufrido por ello daños y perjuicios, es recurrir a los tribunales competentes para obtener una indemnización por el daño, incluyendo la imposición de sanciones deportivas al futbolista incumplidor si correspondiera”.
 - [5] <http://es.fifa.com/aboutfifa/organisation/news/newsid=1998816/>
 - [6] <http://www.football-law.com/wp-content/uploads/Daniel-Cravo.pdf>
 - [7] FIFA Comentario acerca del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores, pág. 29.
 - [8] CAS 2007/A/1334 y 1335, Alejandro Rubén Bouza y Alberto Cayetano Lavalle v Real Madrid
 - [9] Dictamen N° 31/07 (DI ALIR) del 05.06.2007
 - [10] Ver por ejemplo CAS 2011/A/2451 Recreativo de Huelva SAD v Trabzonspor SK