

LA GOBERNANZA EN EL MUNDO DEL DEPORTE PROFESIONAL

Alberto Palomar Olmeda

Profesor Titular (Acred) de Derecho Administrativo. Magistrado (E.V). Abogado. Socio de Broseta

RESUMEN

Se analiza en el presente trabajo la necesidad del cambio de las formas actuales de gobernanza en el ámbito del deporte profesional y la necesidad de aproximar las reformas a lo que constituye la esencia de la regulación en el ámbito de las sociedades de capital y, en general, del mundo económico. Esta transformación debe aproximar las formas y los comportamientos del asociacionismo deportivo a las reglas comunes de la sociedad para asumir, en este ámbito, lo que para el conjunto de la actividad económica constituyen los elementos de garantía.

1. CONSIDERACIONES DE ALCANCE GENERAL

La actividad deportiva tiene una repercusión social tan evidente y nítida que se ha convertido en una especie de referente para muchos enfoques y muchas referencias hechas desde planos diferentes y esquemas, igualmente, diferentes.

Uno de estos es, sin duda, la gobernanza. Mucho se ha hablado en los medios de comunicación de la gobernanza en las federaciones y muchos ejemplos, probablemente no muy edificantes, se han conocido.

Es cierto que el tiempo ha ido pasando para todos y que algunas de las cuestiones que se presentaban como problemáticas se han ido depurando en la misma medida que muchas de las entidades deportivas han tenido una estructura estable y las cosas han podido realizarse bien. Queda mucho por hacer en todos los ámbitos, pero, especialmente en el ámbito del deporte profesional que es lo que nos ocupa en este comentario.

El deporte profesional ha sufrido una enorme transformación con el devenir de los tiempos. Su importancia en términos económicos se ha multiplicado y el carácter materialmente de la actividad profesional se ha extendido sobre muchas otras actividades que no son únicamente la tradicional de la modalidad del fútbol.

Es cierto, sin embargo, que efecto proyectivo y ejemplificativo del fútbol puede servir para formular algunas de las hipótesis que tratan de incluirse en el presente comentario.

2. LA RADICAL TRANSFORMACIÓN DE LAS FORMAS ASOCIATIVAS Y SOCIETARIAS DEL DEPORTE PROFESIONAL.

2.1. La necesidad de adaptación al marco normativo societario.

No es innecesario recordar que el actual Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de las sociedades de capital es una norma que tiene nítidas

diferencias con la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 que constituye el espejo en materia societaria en el que se mire la LD de 1990.

Este nuevo régimen plantea numerosos interrogantes entre los que están, por ejemplo, la propia elección de la forma societaria anónima como el modelo real de gestión del deporte profesional.

Sin embargo, la opción del legislador de la LD 1990 es la indicar que las entidades que participan en la competición profesional son sociedades anónimas como única opción lo que ya ha conducido a un problema en el ámbito del Derecho Comunitario sobre si dicha opción supone una discriminación favorable que puedan subsumirse en el concepto de ayuda. En especial nos referimos a la Decisión UE 2016/2391, de la Comisión de 4 de julio de 2016, relativa a la ayuda estatal SA 29769 (2013/C ex 2013/NN) concedida por España a determinados clubes de fútbol.

Al margen de las consideraciones concretas lo que resulta evidente es que los límites sobre las formas societarias se han desdibujado en el ámbito del mercado y de las sociedades de capital y este desdibujamiento conduce a una reflexión sobre el momento en el que debe producirse y cuando no la opción en exclusiva por una forma societaria.

2.2. Las modificaciones en materia de gobernanza

Las modificaciones que se han ido introduciendo en el ámbito societario son, realmente, de una complejidad y de un detalle que trascienden, en cada uno de los aspectos que analicemos, las pocas referencias que se contienen en la LD. Esta complejidad lleva a plantear una controversia interpretativa adicional consistente en determinar si las referencias que se contienen en la LD y el RDSAD constituyen un marco que debe o no considerarse derogado como consecuencia de la publicación de la norma general en la materia societaria. Estamos, de nuevo, ante la eterna discusión entre ley general y ley especial que, en este supuesto, cobra especial relevancia por la desactualización profunda de la ley especial frente a los criterios y los métodos de la ley general.

En este contexto general lo que resulta, sin duda, más relevante es la regulación de los administradores, la capacidad de que lo sean quienes ostenten la condición de persona jurídica (art.212 bis), las prohibiciones, la remuneración o la propia duración del cargo. Con carácter general habrá que entender que en lo que no sea formalmente opuesto a la regulación sectorial todas estas cuestiones serán de aplicación también al ámbito de la ordenación de las entidades societarias que se contiene en el bloque normativa de la LD.

Lo anterior nos permite indicar que ha existido un notable cambio en la gobernanza de las sociedades de capital que no se ha trasladado nítidamente al ámbito de la gestión y la conformación de las sociedades de capital en el ámbito de la regulación específica que se contiene en la LD.

2.3. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Otro de los elementos que justifican una notable desactualización es la que proviene del entorno de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Conviene recordar que la responsabilidad de las personas jurídicas es una de las novedades más visibles de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo que modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Es el artículo 31 bis del CP es que señala que las personas jurídicas serán penalmente responsables cuando se hayan cometido delitos cometidos en nombre o por cuenta de estas y beneficio directo o indirecto de sus representantes legales, delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales, etc...

Una consideración como la que se hace en el artículo 31 bis obliga a que el órgano de administración demuestre que ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Este programa debe ser supervisado por un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga legalmente encomendada la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica.

Esto nos conduce a la cuestión tan de moda en la sociedad española de las normas de cumplimiento o compliance como instrumento de garantía de la no afección de la actividad societaria como consecuencia de la actuación incorrecta de quienes la sirven o de quienes pueden llegar a eludir los controles.

2.4. La utilización de los mercados de capitales y la sostenibilidad de los esquemas equilibrados de financiación

La LD, tras la reforma operada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre establece en la Disposición transitoria sexta que <<...Sexta.1. Transcurridos tres años desde la entrada en vigor de la modificación de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, efectuada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, las sociedades anónimas deportivas que hayan cumplido con todas las obligaciones establecidas en la misma y que no hayan sido sancionadas por alguna de las infracciones previstas en el artículo 76.6 de la citada Ley, podrán solicitar la admisión a negociación de sus acciones en las Bolsas de Valores...>>.

El resultado de esta legislación de precaución es claro. Nada de lo que se decía ha visto la luz y el proceso de utilización de los mercados de capitales se ha ido alejando justo a la vez que la solvencia económica de las entidades deportivas -al menos en el fútbol- permitiría buscar soluciones de normalidad en el esquema financiero de las entidades deportivas.

En especial debe indicarse que la Disposición Transitoria Sexta delegaba en el Ministerio de Economía y hacienda o, con su habilitación expresa, en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la regulación de las especialidades que puedan concurrir en relación con el alcance y la frecuencia de información de las SAD que coticen en bolsa deberán hacer pública.

Nótese que el emplazamiento a la realización de normas complementarias está en relación con la información y que no afectan a la habilitación para el establecimiento de un régimen excepcional de presencia en los mercados de capitales de las entidades deportivas. Podría incluso decirse que, en una interpretación literal, solo la bolsa está afectada por las reglas adicionales que debe dictar el Ministerio de Economía y que, por tanto, los otros mercados de capitales no están dentro de las peculiaridades ni de las obligaciones de control informativo.

2.5. El control del capital de las entidades deportivas

En línea con lo que se estaba indicando podemos señalar que una de las preocupaciones que tuvo el legislador de la LD era la multipropiedad de capital para intentar que por la vía de la propiedad del capital pueda producirse una adulteración de la competición deportiva estrictamente considerada.

Los problemas de multipropiedad no han desaparecido, aunque pueden estar transformándose. Lo que era un problema de la competición nacional se puede haber convertido o estar convirtiéndose en un problema internacional de diferentes escalas y lo que afectaba a la conformación del mercado de las competiciones deportivas españolas deja de estar referido a este ámbito concreto para generalizarse respecto de mercados diversos.

Situado así el problema es cierto que su solución no puede encontrarse, probablemente, en una norma nacional, pero es cierto que las normas nacionales podrían encontrar alguna fórmula para la incidencia en estos fenómenos, especialmente, cuando se trate de mercados que pueden llegar a ser concurrentes y en los que pueden participar actores que puedan pertenecer “en mano común” a unas u otras fuentes de capital.

El problema es el mismo, aunque tiene, ahora, una dimensión que puede ser atacada desde una perspectiva internacional o puede ser atacada desde la perspectiva nacional de que los diferentes Estados piensen en clave de evitar el problema de la multipropiedad no solo en el ámbito interno sino también en el internacional.