

# LOS DEPORTISTAS PROFESIONALES NO COMUNITARIOS EN NUESTRO DERECHO DEL TRABAJO: EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS

**JOSÉ M<sup>º</sup> CASTRO PASCUAL**

*Letrado de la Junta de Andalucía*

## EXTRACTO

En el marco de las incesantes innovaciones incorporadas al ordenamiento jurídico español a raíz de la plena integración de España en las Comunidades Europeas, merece especial atención, dentro del llamado “Derecho del Deporte”, la progresiva adquisición, por parte de los deportistas no nacionales, de un régimen de derechos similar al que disfrutaban los nacionales.

Este trabajo pretende ofrecer una recapitulación de las referidas innovaciones, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Al tiempo que se plantean los términos esenciales del debate jurídico originado en relación con los deportistas profesionales comunitarios y con aquellos que son nacionales de países que han firmado acuerdos de asociación con la Unión Europea, se intenta vislumbrar cuál puede ser la situación de los restantes deportistas no nacionales que compiten o pretenden competir en nuestro país y, finalmente, se aportan algunas ideas en torno a posibles actuaciones que permitan la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico deportivo a los avances registrados hasta el día de hoy; insertamos, en fin, nuestra argumentación en el ámbito de la disputa entre los partidarios de incluir al deporte dentro del amplio conjunto de actividades económicas, y los que, en contraste, defienden su intrínseca especificidad.

## ÍNDICE

1. El deporte como actividad laboral
2. La relevancia del TJCE: la sentencia *Bosman* como primera fractura en el particularismo del deporte: 2.1. Premisas previas. Situación a la sazón de la normativa relativa al fútbol. 2.2. Hechos. 2.3. Pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo: 2.3.1. El art. 39 (antiguo art. 48) y la libre circulación de los trabajadores. 2.3.2 El art. 39 y las cláusulas de nacionalidad. 2.3.3. Efectos de la sentencia y su retroactividad parcial
3. Los denominados “comunitarios B” y la sentencia *Kolpak*: una segunda fractura inevitable: 3.1. Introducción. 3.2. Excurso sobre la jurisdicción competente 3.3. Sentencia *Kolpak*: Hechos. 3.4. Pronunciamiento del TJCE. 3.5. Comentario personal
4. La anquilosada regulación de las competiciones deportivas. El extranjero como perjudicado: 4.1. Avances en la legislación general sobre los extranjeros y su necesaria repercusión en el ámbito deportivo. 4.2. La licencia como instrumento jurídico canalizador de las pretensiones de particularismo. 4.3. Consideraciones finales y algunas propuestas: 4.3.1 Opinión personal: la necesidad de una mayor apertura. 4.3.2. Breve análisis crítico de algunas ideas tradicionales

### 1. EL DEPORTE COMO ACTIVIDAD LABORAL

Ha sido tradicional la distinción entre el deporte amateur o aficionado y el deporte profesional. De hecho, hasta tiempos no muy lejanos competiciones del más alto nivel excluían la participación de quienes tuvieran la condición de profesionales; los juegos olímpicos son históricamente el mejor exponente de ello. La profesionalización del deporte ha ido arrinconando cada vez más al deporte aficionado, y ello determinó en su día que la prohibición de la participación de profesionales fuese definitivamente levantada, por constituir un puro anacronismo. También ha determinado la creciente preocupación del Derecho Comunitario sobre un sector que, en principio, no aparece en los tratados constitutivos como competencia comunitaria propiamente dicha. Sin embargo, en nuestros tiempos es un hecho incontestable la *comunitarización* del deporte, en tanto que actividad con relevancia económica de primer orden<sup>1</sup>. Junto a esta relevancia verificable en términos puramente económicos ha de consignarse su creciente importancia como espectáculo o entretenimiento de masas, lo que a su vez ha convertido al hecho deportivo en una realidad socialmente

---

<sup>1</sup> Nos remitimos, a estos efectos, al trabajo “*Función social y perspectiva económica del deporte en el marco comunitario. Especial referencia a los casos Lehtonen y Deliege*”, publicado por Iñaki AGIRREAZKUENAGA en la Revista de Administración Pública, n° 152, mayo-agosto 2000, págs. 109-124, en el que su autor expone algunos hitos de esta preocupación: desde la Declaración 29ª adjunta al Tratado de Amsterdam, las conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Viena en diciembre de 1998, el Informe de Helsinki de diciembre de 1999 sobre el Deporte, etc. Ello no obstante, como se pondrá de manifiesto a través de estas líneas, sin duda ha sido un órgano jurisdiccional, el Tribunal de Justicia de las Comunidades, el que ha asumido un protagonismo principal a la hora de delimitar y caracterizar las notas esenciales de la actividad deportiva, mediante la jurisprudencia que, de modo parcial y sin pretensiones de exhaustividad, vamos a examinar en este trabajo.

relevante, con unas potencialidades y con un nivel de conflictividad que difícilmente podrán imaginar sus pioneros<sup>2</sup>.

En este marco cobra sentido el título de nuestro trabajo: sin entrar en cuestiones terminológicas estériles, pretendemos examinar –desde un prisma jurídico, claro es– la actividad deportiva en la medida en que es una actividad *profesional*, y en nuestro caso este concepto ha de identificarse con el de *laboral*, no en vano el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Luxemburgo (supremo órgano jurisdiccional de las Comunidades Europeas; de aquí en adelante, TJCE), define la relación laboral como aquella en la que una persona realiza, durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales recibe una remuneración. Definición, como se ve, perfectamente aplicable a los deportistas profesionales, que en consecuencia son trabajadores en sentido estricto, más allá de las particularidades que las regulaciones singulares que cada país miembro de la Unión Europea (UE) pueda establecer a efectos clasificatorios y sustantivos.

Por otro lado, dadas la amplitud y variedad de enfoques jurídicos<sup>3</sup> de que la materia objeto de nuestra exposición es susceptible, y en aras de la necesaria brevedad, prescindiremos de hacer un recorrido histórico exhaustivo, que tendría que remontarse a la situación preconstitucional de las competiciones deportivas en España; es más, ni siquiera vamos a caracterizar las notas esenciales de dicha situación al advenimiento de la Constitución en 1978, ni del *statu quo* inmediatamente posterior a ésta, ni vamos a concentrar nuestra atención en las consecuencias que en el ámbito deportivo produjo la entrada de nuestro país en las Comunidades Europeas, que como es sabido tuvo lugar, de forma efectiva, el 1-1-1986.

Nuestro esquema será, a partir de las premisas que acabamos de sentar, el siguiente: partiremos de 1995, para recordar el avance<sup>4</sup> que supuso la sentencia Bosman dictada aquel año por el Tribunal de Luxemburgo, a partir de la cual se consagró la plena equiparación entre nacionales y comunitarios; a continuación examinaremos la situación de los denominados “comunitarios B”<sup>5</sup>, cuyos derechos han sido objeto de atención en la muy reciente sentencia

---

<sup>2</sup> Evidentemente, se trata de circunstancias *extrajurídicas* que no pueden ser analizadas en este trabajo. Es quizá en el fútbol –por ser el deporte más popular– donde se aprecia mejor que en ningún otro la virtualidad del deporte como factor de cohesión o integración social (e incluso política), y al mismo tiempo, como factor desencadenante (o reflector) de múltiples conflictos sociales que, en el ámbito de sociedades abiertas, cambiantes y complejas encuentran en el mundo del deporte uno de sus canales de expresión más visibles.

<sup>3</sup> Lo social, lo administrativo, lo constitucional y lo comunitario confluyen en la problemática que constituye nuestro objeto de estudio: y es que la relación laboral, la licencia deportiva, el derecho a la libre circulación (de los trabajadores comunitarios) y los derechos de los genuinos extranjeros son los conceptos jurídicos básicos que han de ser convenientemente relacionados para analizar el status de los deportistas profesionales, y extraer las oportunas consecuencias.

<sup>4</sup> Para nosotros, la evolución que vamos a glosar constituye un avance desde todos los puntos de vista: nos interesa, obviamente, el avance en términos jurídicos, como interpretación progresiva e históricamente en sintonía con los tiempos, de una normativa determinada; pero también desde un punto de vista general, atento a las circunstancias económicas y deportivas afectadas; la racionalización y la seguridad jurídica que sin duda proporciona la evolución orientada a hacer desaparecer las restricciones en la participación de, primero, deportistas no nacionales y, después, no comunitarios, no son en modo alguno desdeñables.

<sup>5</sup> Somos conscientes de que la terminología es equívoca y no es la más acertada a efectos expositivos, por cuanto precisamente de nuestra argumentación se desprende que, en realidad, en el ámbito que aquí nos ocupa, los comunitarios B actúan como auténticos comunitarios. En cualquier caso, la expresión es gráfica y sobre todo económica y concisa, de ahí que optemos por su empleo.

del TJCE de 8 de mayo de 2003<sup>6</sup>sobre el caso Kolpak. Finalmente, justo es que nos detengamos en la situación laboral de aquellos a los que aún no se les reconocen, en el ámbito del deporte profesional, derechos laborales que deben considerarse esenciales: nos referimos al resto de los extranjeros y sus problemas de inserción en las competiciones deportivas nacionales, originados por la restricción articulada a través del denominado “cupo”.

## **2. LA RELEVANCIA DEL TJCE: LA SENTENCIA BOSMAN COMO PRIMERA FACTURA EN EL PARTICULARISMO DEL DEPORTE**

### **4.3. Premisas previas. Situación a la sazón de la normativa relativa al fútbol**

Hacia 1990, según el reglamento de la federación belga, los contratos de los futbolistas, que duraban entre 1 y 5 años, expiraban el 30 de junio de cada año, de suerte que antes del 26 de abril el club proponía nuevo contrato y si el jugador no lo aceptaba (o no se proponía este nuevo contrato), el jugador podía ser objeto de transferencia forzosa entre el 1 y el 31 de mayo; no era necesario el acuerdo del club originario pero sí el pago al mismo de una *compensación por formación*, que se hallaba al multiplicar los ingresos del jugador por diferentes coeficientes en función de su edad. Si el nuevo club no pagaba esta cantidad, el asunto se sometía a la comisión de control y disciplina de la Unión Europea de Federaciones Nacionales de Fútbol (UEFA).

De otro lado, existían cláusulas de nacionalidad, introducidas en las diferentes federaciones nacionales a partir de los años sesenta, que limitaban el número de jugadores extranjeros a alinear. En 1991, el límite establecido por la UEFA -en tanto que confederación de las diferentes federaciones europeas- era de tres.

### **4.3. Hechos**

Bosman era un jugador belga del Lieja, club de la 1<sup>a</sup> división de este país, cuyo contrato expiraba el 30-6-1990. El 21 de abril de ese año se le propuso un contrato en el que sus retribuciones disminuían un 75%; al negarse a rubricar ese nuevo contrato, se le puso en la lista de transferible. Pero es el club francés Dunkerque, de 2<sup>a</sup> división, el que decide adquirirlo; se firma contrato entre el Lieja y el Dunkerque y se pacta una transferencia temporal convertible en definitiva, aunque con cantidades distintas de las establecidas por el reglamento de la federación belga. El problema, así las cosas, se planteó por una circunstancia casi anecdótica: el Lieja dudaba de la solvencia del Dunkerque, y por ello no solicitó a la federación belga la remisión del certificado de transferencia a la federación francesa, trámite burocrático inexcusable para jugar en Francia, por lo que tanto el contrato entre los clubes como el de Bosman con el Dunkerque quedaron sin efecto, y el Lieja, además, suspendió al jugador el 31-7-1990, que de este modo estuvo un año sin jugar.

En agosto, el jugador plantea demanda ante el Tribunal de Primera Instancia de Lieja contra la federación belga pidiendo que se condene a ésta y al Lieja a que le paguen 100.000

---

<sup>6</sup> El dictado de dicha sentencia, que viene a poner fin, a nuestro juicio, al debate jurídico que se había planteado en torno a los deportistas nacionales de países que tienen firmados acuerdos de asociación con las Comunidades Europeas, ha sido de hecho la causa que nos ha impelido a hacer este análisis, que por tanto pretende tener un carácter diacrónico, a la par que prospectivo.

francos belgas hasta que encuentre nuevo empresario, que se prohíba a las demandadas obstaculizar su libertad de contratación (o de ser contratado) y que se plantee cuestión prejudicial ante el TJCE.

Sin abordar los avatares del procedimiento seguido ante los tribunales belgas, nos interesa examinar el pronunciamiento del TJCE sobre la cuestión prejudicial, planteada finalmente respecto de los artículos 48, 85 y 86 (antigua numeración) del Tratado CE.

#### 4.4. Pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo

Dado lo limitado de nuestro espacio, prescindimos de los numerosos avatares procedimentales, de la aparición en escena de la UEFA y de algunos gobiernos europeos, de las excepciones esgrimidas en relación con la presunta falta de competencia, de la petición de pruebas, de las argumentaciones de las partes, incluso de la literalidad de los preceptos invocados, pues lo que nos interesa es extraer la sustancia del pronunciamiento y su influencia, directa e indirecta, sobre una regulación que hasta entonces se había caracterizado por su inmovilismo en lo que hace al tratamiento de los no nacionales como sujetos de derechos.

##### 2.3.1. El art. 39 (antiguo art. 48) y la libre circulación de trabajadores

Con carácter previo, la sentencia (15-12-1995) se cuestionó si la controversia planteada podía tener carácter puramente interno, resolviendo en sentido negativo, toda vez que Bosman había fichado por un club no belga sino francés (el Dunkerque).

El art. 48 del Tratado de Roma es el que podría ser violentado por la exigencia de *la compensación por la formación*. Aunque la sentencia admite la dimensión cultural del deporte como signo de identidad, expresivo de la diversidad regional y nacional, el TJCE consideró que la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de personas entre los estados miembros correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal podía ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realizados en el ejercicio de su autonomía jurídica por organismos (en este caso, las federaciones de fútbol, o las ligas profesionales) que no están sometidos, al menos enteramente, al Derecho Público. Por tanto, el tribunal entendió que se había obstaculizado el derecho a la libre circulación del trabajador porque, aunque el tratado atiende sobre todo -en esencia- a la situación del trabajador en un estado miembro de acogida, otra manifestación del principio de libertad de circulación es que el Estado de origen no obstaculice el establecimiento en otro estado miembro de uno de sus nacionales, o de una de sus empresas, y es patente que la compensación por transferencia convenida por los clubes o fijada por la federación correspondiente constituye un obstáculo para este establecimiento<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> La problemática de las restricciones a la libertad de circulación de los trabajadores es compleja. En este trabajo dedicamos nuestra atención a una modalidad o mecanismo restrictivo específico, como es el de las limitaciones por razón de nacionalidad, pero ello no significa que no existan otros mecanismos que obstaculizan esa libertad. Nos parece especialmente interesante, a estos efectos, el trabajo de GARCIA GARNICA, María del Carmen, y PALAZON GARRIDO, María Luisa, intitulado "*Las restricciones a la libertad contractual de los deportistas profesionales*", en Revista Española de Derecho Deportivo, Civitas, n° 13, 2001, pág. 41-49, en el que se hace un recorrido exhaustivo por las diferentes particularidades del Derecho del Deporte que siguen constituyendo obstáculos a la libertad de circulación de los deportistas: se detiene, esencialmente, en la *cláusula de rescisión* y en la indemnización por promoción y/o formación en caso de transferencia del deportista profesional. Esta indemnización es tratada por la sentencia Bosman, pero casi tangencialmente y sin que se establezcan criterios categóricos o definitivos. No parece objetable, en cualquier caso, la posibilidad de que se normativicen algunos criterios al respecto, pues la indemnización no

Contra la tesis de la UEFA y de la federación belga de que las normas impugnadas se preocupan por mantener el equilibrio financiero y deportivo entre los clubes, sustentar la búsqueda de jugadores de talento y formar a jóvenes jugadores, favoreciendo además los intereses de la selección nacional, el tribunal argumentó que estos (legítimos) propósitos debían perseguirse a través de otros medios.

### 2.3.2. *El art. 39 y las cláusulas de nacionalidad*

La segunda cuestión –la que aquí más nos interesa– se centró en la legalidad de la limitación de jugadores extranjeros en las competiciones, tomando como referencia que, ya en 1968, a través del Reglamento CEE nº 1612/68, de 15 de octubre, se había materializado la igualdad entre nacionales de países miembros<sup>8</sup>; pues bien, el tribunal estimó que aunque la limitación afecta a las alineaciones y no al hecho de la contratación, es evidente que de modo indirecto esta limitación también afecta a la contratación o empleo de jugadores procedentes de otros países comunitarios, tratándose, en fin, de una restricción cuya aplicación debe ceñirse, por razones obvias, al ámbito de las selecciones nacionales; es cierto –arguye– que la apertura del mercado puede perjudicar a los jugadores nacionales en la competición de su país, pero en contraste puede permitir que estos puedan participar en las competiciones de otros países miembros. Además, es rechazable el argumento de la igualdad de la competición, esgrimido en defensa de las cláusulas de nacionalidad, dado que los clubes más ricos siempre podrán adquirir a los jugadores más sobresalientes del mercado nacional (dicho de otro modo: no porque se les impida fichar a muchos jugadores extranjeros van a dejar de tener las mejores plantillas).

---

carece de fundamento. La sentencia que comentamos tuvo la virtualidad de excluir la nacionalidad como factor influyente en la fijación de la indemnización; si en principio sus efectos lógicamente se redujeron al ámbito comunitario, al cabo del tiempo el Acuerdo UEFA/FIFA/Comisión Europea, de 5 de marzo de 2001, que se tradujo en la revisión del Reglamento sobre el Estatuto y las Transferencias de Jugadores en julio de 2001, asumirá en buena medida la sensibilidad mostrada por la sentencia Bosman en este punto.

<sup>8</sup> Este dato revela indirectamente el inmovilismo propio de las autoridades deportivas europeas; los campeonatos de fútbol habían ignorado durante casi tres décadas este reglamento, si bien es justo reconocer que las sentencias del TJCE en los asuntos *Walrave* (1974) y *Dona* (1976) habían suavizado el rigor en la aplicación del reglamento a las competiciones deportivas sobre la base de la especificidad de todo lo relacionado con el deporte. Esta especificidad o particularismo del deporte ha sido tradicionalmente un caballo de batalla utilizado por los estados miembros –principalmente, por sus federaciones– y contra el mismo las instituciones comunitarias han guardado una actitud muy prudente. De hecho, en el Informe de Helsinki sobre el deporte (1999), ya citado, se establece expresamente que “*podrían no verse afectados por las normas de competencia los reglamentos de las organizaciones deportivas que establecen normas sin las que un deporte no podría existir, o que son necesarias para su organización o para la organización de competiciones*”. Claro que “*las normas inherentes al deporte son, ante todo, las reglas de juego cuyo objeto es no adular la competencia*”, y se ponen como ejemplos las reglas puramente deportivas o reglas del juego, las cláusulas de nacionalidad en competiciones entre combinados nacionales, las reglas de selección individuales sobre bases objetivas y criterios de no discriminación, la fijación de periodos de transferencias para el buen orden de las competiciones, etc. Los problemas surgen cuando estas medidas reglamentarias o internas, específicamente deportivas, se oponen de algún modo a las libertades fundamentales consagradas por el Derecho Comunitario. Este es el campo de batalla en el que se fraguó la sentencia Bosman, y el que sigue enfrentando a los *generalistas* con los *particularistas*, esto es, a los que defienden que el deporte es un sector más de la actividad económica al que deben proyectarse las normas comunitarias, contra los que abogan por la inaplicación de éstas en dichas actividades. Obviamente, el conflicto no se plantea en estos términos absolutos, sino que se concreta en el concepto más o menos amplio, o más o menos estrecho, que desde ambas tendencias pueda sostenerse acerca de cuáles han de ser las facetas de la actividad deportiva que han de permanecer incólumes o intangibles frente a las libertades comunitarias y al principio de no discriminación que de ellas se deriva.

Dadas estas consideraciones, no procedió el pronunciamiento sobre los artículos del Tratado CE relativos a las reglas de la competencia.

### 2.3.3. Efectos de la sentencia y su retroactividad parcial

El principal efecto sustantivo de la “sentencia Bosman” fue la diferenciación, en el marco de las competiciones de los diferentes países miembros de la UE, de tres categorías de jugadores: nacional, comunitario y extracomunitario, con absoluta equiparación entre los nacionales y los comunitarios (a los que hay que añadir los nacionales de países pertenecientes al Espacio Económico Europeo: Islandia, Noruega y Liechtenstein); a nuestro modo de ver, dados los antecedentes descritos, y pese a la resistencia de la mayoría de las autoridades deportivas, esta consecuencia era previsible<sup>9</sup>.

A raíz de la sentencia se producirá un giro radical en la concepción que hasta ese momento había imperado en toda Europa acerca del protagonismo –limitado– que los jugadores no nacionales tenían o habían de tener en las diferentes competiciones deportivas. Los efectos de la sentencia devinieron pronto imparables y se fueron expandiendo en una doble dirección: por un lado, en el sentido más literal o geográfico, todos los países comunitarios, entre ellos España, hubieron de dar cumplimiento a la sentencia y adaptar, en un proceso lento pero inexorable, su legislación deportiva a dicha resolución<sup>10</sup>, y en un sentido más abstracto y de mayor alcance jurídico, arrancó con fuerza una corriente doctrinal, jurisprudencial y normativa tendente a la liberalización del mercado de los deportistas (que no es más que un determinado sector del mercado de los trabajadores, como exponíamos al comienzo de estas líneas, y en suma debe asumir como propio el principio de libertad de circulación que afecta a éstos) y a la no discriminación por razones de nacionalidad.

En cuanto a los efectos temporales de la sentencia, razones de seguridad jurídica se oponían al replanteamiento de situaciones que hubieran agotado sus efectos en el pasado, salvo que las personas o jugadores implicados hubieran tomado alguna iniciativa para salvaguardar sus derechos mediante acción judicial o reclamación equivalente, y se determinó que las compensaciones ya pagadas o comprometidas quedarían intactas, si bien no se estableció limitación alguna respecto de los efectos de la sentencia relativos a las cláusulas de nacionalidad. El fallo afirmó, en fin, la oposición de las compensaciones por formación y de las cláusulas de nacionalidad al art. 39 del Tratado CE, si bien el efecto directo del Derecho Comunitario quedó matizado en los términos reseñados.

---

<sup>9</sup> Debe tenerse en cuenta que, en contra de la pretendida especificidad (nos referimos, en concreto, al fútbol), la mayoría de los clubes se han convertido en sociedades anónimas, en las que el adjetivo “deportivas” empleado por nuestra legislación vigente añade poco a su esencia mercantil y por ende lucrativa. El TJCE ha refrendado esta asimilación a las sociedades mercantiles a través de numerosas sentencias (*Hofner y Elser, Royaumi Uni, etc.*), según las cuales la empresa es una entidad económica con una mínima autonomía organizativa, con independencia de su estatuto y forma jurídicas y de sus modos de financiación. Esta consideración es básicamente aplicable al resto de deportes de marcado carácter profesional.

<sup>10</sup> Podría incluso hablarse de una triple dirección, pues la sentencia tuvo también resonancia internacional. GARCIA GARNICA y PALAZON GARRIDO, *ibidem*, aprecian la influencia de la sentencia en el Acuerdo UEFA/FIFA/Comisión Europea de 5 de marzo de 2001.

## 4. LOS DENOMINADOS “COMUNITARIOS B” Y LA SENTENCIA KOLPAK: UNA SEGUNDA FRACTURA INEVITABLE

### 3.1. Introducción

En los años siguientes a la sentencia Bosman, el problema se desplazó hacia los deportistas de países con acuerdo de asociación o cooperación con la UE<sup>11</sup>. En España –nos centramos en nuestro país, en aras de la claridad en la exposición y de la necesaria brevedad– surge cuando Sherron Mills, jugador de baloncesto estadounidense nacionalizado turco, comienza a jugar en el Tau Vitoria. Una sentencia de un juzgado de Barcelona (14-6-2000) reconoció su derecho de no ocupar plaza de extranjero. Ello afectó sobre todo a la liga de baloncesto: sin embargo, contra el criterio receptivo mostrado por la ACB (Asociación de Clubes de Baloncesto), la ABP (Asociación de Baloncestistas Profesionales) y la propia federación se opusieron a adoptar este criterio. Se acuñó para estos jugadores la expresión –anteriormente criticada– “*comunitarios B*”<sup>12</sup>, por su presunta equiparación con los jugadores nacionales de los estados miembros de la UE en cuanto al derecho a participar en las diferentes competiciones deportivas. El Consejo Superior de Deporte (CSD), órgano de la Administración estatal con competencias en materia de Deporte, obligó a que fueran considerados *extracomunitarios*; ello originaría la suspensión de la 1ª jornada de la Liga 2000/2001.

También en el fútbol se instaló el conflicto: Onopko (jugador del Real Oviedo) planteó una pretensión que fue desestimada en 1ª instancia por razones de incompetencia de jurisdicción, en pronunciamiento que sería revocado por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 12-1-2001, en la cual se declaró la competencia del orden social para conocer del asunto; las pretensiones de Karpin, Kouba, Contra y otros jugadores fueron encontrando, en fin, eco favorable en los juzgados de lo social.

Con todo, el problema planteado en torno a la situación jurídica de estos profesionales subsistía: las diferentes federaciones y el CSD consiguieron desviar algunos de estos litigios al orden contencioso-administrativo mediante la invocación de la licencia como documento de carácter administrativo que, en la práctica, al habilitar para la participación en las competiciones oficiales, se erigiría en elemento esencial que determina las posibilidades de participación del deportista extranjero como comunitario (es decir, en las mismas condiciones que los españoles) o como extranjero propiamente dicho. Los tribunales de lo contencioso se declararon, como regla general, competentes en la medida en que lo que se recurría era la licencia. Ello introducía un elemento de incertidumbre en la materia, pues su sustracción al orden social –en el que la preponderancia de los derechos de los trabajadores daba como resultado natural la estimación de las demandas planteadas por éstos, a través del cauce procedimental de la tutela de derechos fundamentales– y su subsiguiente desplazamiento al

<sup>11</sup> Se trata de deportistas provenientes de Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Polonia, República Checa y Rumania, prácticamente todos los Estados que anteriormente formaban la Unión Soviética, Turquía, Marruecos, Argelia y Túnez.

<sup>12</sup> También se ha llegado a establecer doctrinalmente la dicotomía entre “B” –nacional de estado con acuerdo de asociación– y “C” –nacional de estado con acuerdo de colaboración–. Preferimos soslayar esta diferenciación, que sólo podría crear equívocos, pues a fin de cuentas los tratados son muy parecidos en su contenido. Hablaremos, pues, únicamente de los comunitarios “B”.



ámbito de la licencia podía representar un retroceso en el proceso de reconocimiento de derechos a estos deportistas. En este proceso de “contrarreforma” constituirá un hito procesal de primera magnitud el auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 14-6-2001.

### **4.3. Excurso sobre la jurisdicción competente**

No ha sido precisamente pacífica la cuestión de cuál sea el orden jurisdiccional competente para resolver esta clase de litigios. Desde una perspectiva sustantivista parece claro que la decisión sobre la licencia, al margen de cuál sea su naturaleza<sup>13</sup>, afecta a la relación laboral, y consecuentemente podría argumentarse que pertenece a la rama social del Derecho (artículos 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL)). Este criterio material –en función de la relación laboral afectada, que legitimaría la vis atractiva del orden social sobre las cuestiones que en última instancia se deriven de una relación jurídico-laboral- fue defendido por los órganos de la jurisdicción social, incluyendo al Tribunal Supremo (TS)<sup>14</sup>. La jurisdicción social, en fin, fue incluso aceptada por el Consejo de Estado en dictamen nº 3775/2000<sup>15</sup>. Argumentos relativos a la esencia laboral de la cuestión controvertida, a la competencia de la jurisdicción social para el conocimiento prejudicial de cuestiones inicialmente atribuidas a otro orden (art. 4 LPL), o incluso otros más discutibles como la naturaleza privada de las entidades que expiden las licencias deportivas o federativas parecían determinar inequívocamente la competencia del orden social. Pero, como antes decíamos, el punto de inflexión en esta batalla dialéctica librada entre los propios órganos jurisdiccionales en pos del conocimiento de esta clase de asuntos lo constituye el auto de 14-6-2001, de la Sala de Conflictos del TS, el cual arguye que no se puede compartir la idea de que las licencias federativas de los deportistas profesionales produzcan efectos sólo en la esfera laboral, dado que son también una manifestación de la llamada “Administración Corporativa”, cuya actividad viene sometida al Derecho Administrativo. En consecuencia –razona la resolución- la licencia es un acto de naturaleza administrativa dictado en materia laboral, pero teniendo en cuenta que el art. 3.a) LPL dispone que no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social de las pretensiones que versen sobre la impugnación de los actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo en materia laboral, la Sala Especial del TS declara que corresponde al juez de lo contencioso –como juez ordinario de la Administración- conocer si la licencia federativa de los jugadores con nacionalidad de un Estado no integrado en la UE pero con acuerdo de asociación suscrito con la misma que prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad con respecto a los trabajadores de los países de la Unión debe ser una licencia

---

<sup>13</sup> En cualquier caso, valga la definición ensayada por PRADOS PRADOS, Santiago, en su obra “Las licencias deportivas”, pág. 131: “*documento o título jurídico, único, nominal e intransferible, que permite o habilita para participar en actividades y competiciones oficiales organizadas bien por las federaciones deportivas, bien por las Administraciones públicas, en su dimensión de autorización administrativa*”.

<sup>14</sup> Las SSTs de 26-12-1999 y 20-6-2000, la STSJ de Madrid de 12-12-2000, la STSJ de Navarra de 11-1-2002, la STSJ de Canarias de 19-4-2001, la STSJ de Valencia de 11-12-2001, la STSJ de Asturias de 12-1-2001, etc. se pronuncian resultamente por la competencia del orden social.

<sup>15</sup> Por cierto, y para que en este trabajo tengan también voz las opiniones contrarias a la tesis que en él mantenemos, este mismo dictamen mantiene una posición conservadora respecto al fondo del asunto atinente a los comunitarios B, al señalar que *existe suficiente justificación objetiva para no poder tachar de falta de racionalidad a una norma que, en protección del deporte nacional como interés público, regula el número máximo de participantes extranjeros*.

de jugador extranjero o comunitario. Y es que la Administración Corporativa está sometida al Derecho Administrativo y a su régimen de recursos. La resolución indica que la determinación del orden jurisdiccional competente viene impuesta por el *petitum* y la *causa petendi*, y es inobjetable que en el litigio de referencia lo que pedía el deportista era un determinado tipo de licencia. La rama social del derecho, en fin, afecta a los conflictos individuales o colectivos, pero en este caso debe ponderarse que la intervención de los órganos federativos no ha sido precisamente inocua. El auto se apoya, finalmente, en la exclusión contenida en el art. 3.c) LPL respecto del conocimiento de los actos administrativos.

Este decisivo auto podía generar, y de hecho ha generado en cierto modo durante dos años, una situación *de impasse*; a los pocos días -valga como ejemplo- (27-6-01) el TSJ de Madrid dictaba sentencia en el procedimiento seguido respecto de un jugador de baloncesto en la que declaraba la incompetencia del orden social. Por tanto, la desviación de los litigios hacia los tribunales de lo contencioso -con sus correspondientes efectos dilatorios- y el mantenimiento por parte del CSD de las medidas cautelares adoptadas -renuentes a la plena integración de los comunitarios B- contribuyeron a crear una situación de incertidumbre que, en buena medida, ha sido clarificada por la sentencia Kolpak.

### 3.3. Sentencia Kolpak: hechos

El Sr. Kolpak es un jugador de balonmano de nacionalidad eslovaca, que ingresó en el equipo alemán de 2ª división "TSV Östringen eV Handball" en marzo de 1997, renovando su contrato en febrero de 2000, hasta el 30-6-03. El problema nace del hecho de que la DHB (federación alemana de balonmano) le expidió una licencia "A", que es la que se otorga a los jugadores no comunitarios, o que no sean nacionales de estados terceros asociados a la UE cuyos nacionales hayan sido equiparados a los comunitarios en materia de libre circulación (art. 15 del reglamento interno de aplicación). Pues bien, según este precepto, el número máximo de jugadores con licencia "A" alineables en un partido oficial es de dos por equipo.

Es esencial hacer notar que Eslovaquia tenía firmado, desde 1994, un Acuerdo de Asociación con las Comunidades Europeas y sus estados miembros (aprobado por Decisión 94/909/CECA, CE, Euratom, del Consejo y de la Comisión), en cuyo art. 38 se proclama que los jugadores eslovacos no sufrirán, en ningún Estado de la UE, discriminación alguna basada en su nacionalidad, por lo que respecta a las condiciones de trabajo, remuneración o despido; eso sí, todo ello "*sin perjuicio de las condiciones y modalidades aplicables en cada estado miembro*" (art. 38 del acuerdo).

El litigio se plantea entre el jugador y la federación (DHB); el jugador pretendía tener una licencia distinta a la "A", dado el acuerdo de asociación de su país con la UE; obtuvo sentencia estimatoria en 1ª instancia, que fue recurrida, siendo el tribunal de apelación el que planteó la cuestión prejudicial, al entender que el acuerdo de asociación con Eslovaquia no tiene el alcance exigido por la norma interna alemana, esto es, el art. 15 antes citado, el cual exigiría, para la equiparación entre el nacional del estado asociado con el comunitario, la fijación en el propio acuerdo de una igualdad de trato de carácter general. Por tanto, se trataba de cotejar el art. 15 del reglamento que rige la competición de balonmano en Alemania con el art. 38 del Acuerdo de Asociación de la UE con Eslovaquia, y de discernir si éste es infringido por aquél. También era relevante la consideración que había de merecer la "reserva" establecida en el art. 38 respecto de las condiciones y modalidades propias de los distintos estados miembros.

### 3.4. Pronunciamento del TJCE

En su sentencia de 8-5-2003, el TJCE trata de discernir, al margen de las particularidades del caso concreto, si un acuerdo de asociación como el que nos ocupa puede impedir que se aplique a un deportista profesional de alguno de los estados firmantes de dichos acuerdos una normativa federativa que establezca limitaciones en cuanto al número de jugadores susceptibles de alineación procedentes de países que no formen parte del Espacio Económico Europeo (EEE).

Cabe destacar que el TJCE se va a apoyar, en su argumentación, en la sentencia dictada el 29-1-2002 en el caso *Pokrzeptowicz-Meyer*, en el cual examinaba la eficacia de un acuerdo de asociación similar, firmado en este caso con Polonia. Sobre este basamento, el TJCE afirma el efecto directo del acuerdo de asociación con Eslovaquia, concretamente de su art. 38.1. primer guión, al tiempo que descarta que la “reserva” referida a las peculiaridades propias del estado miembro en cuestión pueda constituir un subterfugio para burlar lo que en definitiva subyace a la regulación examinada, esto es, el principio de no discriminación de los trabajadores de los países asociados.

Seguidamente se plantea el tribunal la aplicabilidad del art. 38.1. primer guión, del acuerdo de asociación, a una norma adoptada por una federación deportiva. La respuesta es igualmente afirmativa. Se evoca en este punto la ya clásica sentencia sobre el caso *Bosman*, y se aduce que el hecho de que se trate de normativas adoptadas por entidades privadas no empece la aplicación de las disposiciones de los acuerdos de asociación. En cualquier caso, desde el momento en que existe un contrato legal del nacional del estado asociado, este goza de un derecho a la igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo similar al reconocido a los nacionales comunitarios en el art. 39.2 del Tratado.

Finalmente, analiza el alcance de la no discriminación. Frente a alegatos de parte voluntaristas y artificiosos, basados en la distinción -en nuestro caso improcedente- entre el acceso al trabajo y las condiciones de trabajo (que más bien parecen tener efectos preventivos o declarativos desvinculados de la resolución del caso concreto, en el sentido de pretender excitar del órgano jurisdiccional la aseveración de que en el ámbito del acceso al trabajo la igualdad no tiene por qué ser absoluta, lo cual por otro lado resulta obvio si nos atenemos a la literalidad de los acuerdos de asociación o cooperación), el TJCE señala que la no discriminación se predica de las condiciones de trabajo, de retribución o de despido, y no del acceso al trabajo. Y está por lo demás claro que *Kolpak* trabajaba legalmente en Alemania desde hacía algunos años. Así, y volviendo a establecer el paralelismo con la sentencia *Bosman*, el TJCE declara sin ambages que el acuerdo de asociación se opone a las normas internas limitativas de la presencia en la alineación de los equipos de deportistas nacionales, en este caso, de estados asociados a la UE. Y ello por el razonamiento -de una lógica aplastante, a pesar de lo mucho que ha sido discutido- de que limitar el cupo de jugadores de determinadas nacionalidades que puedan ser alineados influye de manera decisiva en las condiciones de trabajo del deportista afectado por dicha limitación<sup>16</sup>. La sentencia, en fin,

---

<sup>16</sup> En este sentido, ya se ha visto que el sentir general de la jurisprudencia española había sido el expresado en la sentencia *Kolpak*, si bien cabe citar, en contraste y por su originalidad, el auto de 11-4-2001 dictado por el Juzgado de lo Social nº 3 de Santander, que afirmó que “*la concesión de una licencia federativa sólo influye subsidiariamente sobre la relación laboral en la medida en que el club sólo quiera contratar al jugador para que juegue en este tipo de competiciones oficiales (?)*”. El auto es certeramente criticado por LAZARO SANCHEZ, José L., en su trabajo “*Intervención administrativa en la relación laboral especial de los deportistas profesionales extranjeros*”, publicado en esta misma Revista, nº 62/2001.

termina haciendo algunas consideraciones- en nuestra opinión, en la parte más endeble de la resolución- acerca del particularismo del deporte y de la legitimidad de que las federaciones protejan sus selecciones respectivas (argumentos que ya había adelantado en sentencia de 1976, caso *Doná*), arguyendo que esta protección no debe verse menoscabada por la aplicación de los acuerdos de asociación que determinan la no discriminación.

### 3.5. Comentario personal

En opinión de quien suscribe, la inaplicación del *cupo de extranjeros* a estos jugadores era inexorable, una vez conseguidos los permisos de residencia y de trabajo (esto es, sí son *jurídicamente extranjeros* a la hora de acceder al trabajo en nuestro país, pero no lo son una vez contratados, pues entonces ya deben ejercer su actividad profesional –se supone- en idénticas condiciones que los comunitarios).

La sentencia Kolpak es, a nuestro entender, derivación jurídica necesaria de la sentencia Bosman; en este sentido, la firma de acuerdos de esta naturaleza tenía unos objetivos determinados, y no resulta aceptable que, en la aplicación de tales acuerdos, cuya conveniencia política y social puede ser incontrovertible en ámbitos de relaciones laborales necesitados de trabajadores procedentes de los países firmantes, se pretenda excluir interesadamente las reglas de no discriminación con respecto a otros ámbitos; ello resultaría contrario al equilibrio de la posición de las partes tras la firma del acuerdo. De otro lado, suele olvidarse con excesiva facilidad que estos acuerdos están presididos por el principio de reciprocidad, por lo que, con independencia de las situaciones socioeconómicas o políticas de los diferentes estados miembros o no miembros, las reglas de los acuerdos no deben en modo alguno interpretarse como una especie de ayuda caritativa o concesión graciosa otorgada por la UE a países europeos ajenos a la organización y más pobres que los estados miembros.

La importancia de la sentencia se despliega –entendemos- en un doble ámbito, por acción y por *omisión*: de un lado, en lo sustancial y más allá de la controversia existente en los aspectos procesales, cierra de modo definitivo el debate sobre los límites (más bien, falta de límites) de inserción de los deportistas nacionales de los países con acuerdos de asociación con la UE en las competiciones de los estados miembros, de otro -lo dejamos apuntado pues a ello nos referiremos en el siguiente epígrafe- no aborda, en una actitud que cabe considerar de cautelosa, incluso de timorata, la situación de los extranjeros “ordinarios”, respecto de los cuales parece situada en la ya referida separación conceptual entre acceso al trabajo y condiciones de trabajo.

## 4. LA ANQUILOSADA REGULACIÓN DE LAS COMPETICIONES DEPORTIVAS: EL EXTRANJERO COMO PERJUDICADO

### 4.1. Avances en la legislación general sobre los extranjeros y su necesaria repercusión en el ámbito deportivo.

Sin duda, un trabajo de esta naturaleza –que pretende ser una resumida crónica de lo acontecido hasta el día de hoy, y de lo que previsiblemente puede acontecer en el ámbito de las relaciones jurídicas de los deportistas profesionales extranjeros- quedaría incompleto en cuanto a su contenido y sería alicorto en sus propósitos si no hiciera incursión alguna en el controvertido asunto de los deportistas extranjeros no comunitarios (ni tampoco “comunita-

rios B”), con la significación de este vocablo que encierra el art. 1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEXIS), tras su reforma por la LO 8/2000, de 22 de febrero<sup>17</sup>.

La integración de los comunitarios es un dato irrefutable. En cuanto a los “comunitarios B”, son razones de política internacional (la previsible y progresiva incorporación de muchos de los estados afectados a la UE, o la cercanía geográfica de otros, junto con su importancia geopolítica, etc.), las que han propiciado su asimilación con los comunitarios, asimilación que no sin sobresaltos los jueces y tribunales habían bendecido con casi absoluta unanimidad en los últimos tiempos, y cuya bondad jurídica ha declarado la sentencia Kolpak con efectos –entendemos– irreversibles, de tal modo que podemos afirmar que los nacionales de los países asociados han adquirido el mismo rango que los comunitarios e idéntico régimen de derechos.

Así pues, la controversia se circunscribe a partir de ahora al cupo de extranjeros; en las competiciones deportivas más importantes y por ende más profesionalizadas –fútbol, baloncesto– queda un numerosísimo elenco de jugadores, procedentes de todos los continentes (sobre todo americanos), cuya participación se ve seriamente limitada. Y es que sólo un *supercrack* puede tener una cierta perspectiva de continuidad en un determinado club, ya que el extranjero sabe que, por satisfactorio que sea su rendimiento, la contratación de otros extranjeros probablemente impedirá su renovación en el club en que presta sus servicios. Han sido los tribunales italianos los primeros que han estimado ilegales las cláusulas limitativas de esta índole, siendo en España más refractaria la postura de las autoridades (de hecho, como se ha visto, incluso el CSD ha mostrado institucionalmente una postura regresiva en relación con los comunitarios B cuando no son procedentes de países pertenecientes al Espacio Económico Europeo).

La lucha contra esta clase de discriminación por razón de nacionalidad y superando por supuesto las fronteras territoriales de la UE no debe quedarse en pura retórica: la resolución de 5-10-1995, relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia en los ámbitos del empleo y de los asuntos sociales, la cláusula general de no discriminación introducida en el Tratado de Amsterdam, las directivas 200/43/CE –que pretende garantizar la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico– y 2000/78/CE –que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación–, o diversos convenios internacionales auspiciados por la Organización Mundial del Trabajo toman decididamente partido por un planteamiento de integración del extranjero en condiciones de igualdad que, por más que sea inédito en nuestra tradición jurídica, no puede ser soslayado (en concreto, el art. 3 de la directiva primeramente citada, proclama el propósito de la no discriminación tanto en el sector público como en el privado, en relación con una serie de aspectos, entre los que se incluyen las condiciones de empleo y trabajo).

A pesar de la constatación de la voluntad, imperante en numerosos ámbitos –sobre todo deportivos–, de desvincular al deporte de las reglas generales de la contratación de trabaja-

---

<sup>17</sup> Art. 1: 1. *Se considerarán extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española. 2. Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los tratados internacionales en los que España sea parte*. Obviamente, aunque un comunitario no tenga la nacionalidad española, del conjunto del texto legal se desprende, como no podía ser de otra manera, que su régimen de derechos es similar al del español, y que es el extranjero no comunitario el que, a pesar de las buenas intenciones expresadas en la exposición de motivos de la LO 8/2000, sigue estando en una situación de desigualdad en el ejercicio de sus derechos como trabajador.

dores, este propósito de integración, equiparación o igualación es culminación natural del proceso impulsado por las instancias comunitarias, aunque éstas se hayan movido en el estricto campo de los deportistas comunitarios o asimilados

En un necesariamente esquemático análisis de las bases constitucionales y legales concernientes a los extranjeros en nuestro derecho, es indudable que el art. 23 LOEXIS (a la que se remite el art. 13 CE) prohíbe los actos discriminatorios en relación con el derecho al trabajo, en consonancia con el art. 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, que proscribe las discriminaciones por razón de origen (aquí cabe incluir, obviamente, la nacionalidad) y con el art. 314 del vigente Código Penal<sup>18</sup>, y estando por tanto en abierta contradicción con el art. 2 del RD 1006/1985, de 26 de junio, que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, el cual establece que será aplicable la legislación vigente para extranjeros

En el marco de la LOEXIS, autores como MOLINA NAVARRETE<sup>19</sup>, han prestado especial atención al art. 23.2.c): “constituyen actos de discriminación todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica al extranjero que se encuentra regularmente en España, solo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad”). Pero el precepto no es precisamente claro -con la Ley Orgánica 8/2000 se perdió una magnífica oportunidad para mejorar su redacción: es difícil saber a ciencia cierta cuándo la discriminación puede ser o no ser ilegítima; de otro lado, en el caso que examinamos, no se discute la discriminación en el acceso al trabajo, sino en las condiciones de trabajo; la aplicación del precepto, en fin, a los deportistas extranjeros viene ya entorpecida por su propia literalidad; se habla de estar regularmente en España, pero en nuestro ámbito el que ha firmado un contrato siempre lo está (desde el punto de vista deportivo, al menos). Por ello discrepamos de nuestro autor quien, con base en el hecho de que el citado precepto es el que en la LOEXIS parece reproducir con más fidelidad el art. 3 de la directiva 200/43 antes mencionada, lo invoca para fundamentar la pretensión de no discriminación de los extranjeros.

A nuestro juicio, el precepto fundamental es el 23.2.e) LOEXIS; si en su anterior redacción (entonces, art. 21), letra e), párrafo 2º) se señalaba prudentemente que “*constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen injustificadamente a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad, siempre que se refieran a requisitos no esenciales para el desarrollo de actividad laboral*”, tras la reforma se proclama con mucha mayor contundencia que “*constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad*”, de suerte que la proscripción de discriminación no es dulcificada por un concepto tan indeterminado como la posible justificabilidad de la conducta, ni hace distinciones en

---

<sup>18</sup> El citado artículo exige que la discriminación sea *grave*, y su ámbito de aplicación es el empleo, público o privado.

<sup>19</sup> MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “*La ilegalidad sobrevenida de las cláusulas de nacionalidad en el acceso al empleo: los casos del deporte profesional y de la función pública*”, trabajo publicado en La Ley, nº 5571, de 21-6-2002

razón de la naturaleza del requisito por el que la discriminación se patentiza. Se nos antoja que el legislador, o ha sido muy valiente, o quizá no del todo consciente de los efectos que una aplicación recta de esta disposición puede acarrear. Disposición, todo sea dicho, que parece contradecir el espíritu que ha inspirado la reforma de la Ley de Extranjería, que según muchos autores sería el de restringir o recortar los avances introducidos por la L.O. 4/2000, espíritu del que es exponente la modificación del art. 3 de la ley<sup>20</sup>.

Sin duda, la distinción por razón de nacionalidad -plasmada en la existencia de diferentes clases de licencias y que determina en última instancia la existencia de los denominados "cupos de extranjeros"- encaja perfectamente en la norma transcrita. Pues bien, el propósito de no discriminación se enfrenta, sin embargo, a toda una normativa deportiva anclada en inveteradas discriminaciones en el ámbito de la nacionalidad. En este contexto se sitúa el RD 1006/1985, y su art. 2 antes reproducido. Por otro lado, el art. 28 del RD 1252/1999, que modificó el RD 1835/1991 y que regula el régimen de las federaciones deportivas españolas y el registro de asociaciones deportivas, establece que "*Las ligas profesionales organizarán sus propias competiciones en coordinación con la respectiva Federación deportiva española, y de acuerdo con los criterios que, en garantía exclusiva de los compromisos nacionales o internacionales, pueda establecer el CSD. Dicha coordinación se instrumentará mediante la suscripción de convenios... tales convenios podrán recoger... e) número de jugadores extranjeros no comunitarios que podrá participar en dichas competiciones. La determinación del número de jugadores extranjeros no comunitarios autorizados para participar en competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal se realizará de común acuerdo entre la federación deportiva española, la liga profesional correspondiente y la asociación de deportistas profesionales. En caso de desacuerdo, será de aplicación lo previsto en la disposición adicional segunda del presente Real Decreto* -disposición que prevé para tales casos la fijación unilateral del número por el CSD-".

La concatenación de esta normativa especial con la regulación específica del instrumento jurídico configurado como esencial para hacer posible la participación en las competiciones deportivas, esto es, la licencia federativa, constituye el mecanismo a través del cual se visualizan las pretensiones de especificidad jurídica del sector deportivo. En síntesis: si la norma general (LOEXIS) hace referencia a la debida articulación de los permisos de residencia y trabajo, la norma especial añade -partiendo del presupuesto de la preexistencia del acceso al trabajo del extranjero- la necesidad de otorgamiento de una licencia *singular* en atención a la condición de extranjero para la intervención en los diferentes campeonatos. No de otro modo se introduce la discriminación.

---

<sup>20</sup> Este precepto, en su redacción originaria, señalaba que "*Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica*"; sin ser un dechado de perfección técnico-jurídica -nos remitimos, en este sentido, al comentario de SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, en la obra colectiva por él coordinada "*Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*", editorial Lex Nova, Valladolid, 2000-, se aprecia fácilmente la regresión que la actual redacción supone: "*Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución, en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles*". Un excelente comentario crítico sobre esta y otras cuestiones relacionadas con los derechos de los extranjeros se encuentra en el trabajo ya citado de MOLINA NAVARRETE.

## 4.2. La licencia como mecanismo jurídico canalizador de las pretensiones de particularismo

Puede afirmarse que, en nuestro actual ordenamiento, la licencia es una autorización administrativa expedida por virtud de *delegación legal* (operada por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte), por una entidad privada (o por la actuación conjunta de dos entidades privadas, como son las federaciones y las ligas profesionales)<sup>21</sup>. Por consiguiente, son las entidades privadas (federaciones, ligas profesionales y asociaciones de futbolistas, baloncestistas, etc.) que suscriben los convenios (convenios que han de catalogarse como fuente del Derecho, análogos a otros convenios colectivos, sin perjuicio de que requieran la aprobación del CSD) destinados a regular la competición las que determinan el número de jugadores extranjeros que pueden participar en ésta. Desbordaría los límites que nos hemos marcado el examen de esta fórmula singular de delegación y sus efectos, particularmente relevantes en lo que se refiere al mecanismo jurídico de reacción frente a la licencia o a su eventual denegación, pero sí debe al menos apuntarse el campo de la disputa teórica: si la licencia es, al menos en su origen y esencia, acto administrativo, su impugnación debe seguir los cauces del recurso contencioso-administrativo, mientras que si se pone el acento en la tipología de la relación jurídica que subyace en toda licencia expedida en el ámbito del deporte profesional, el conflicto presenta un perfil nítidamente laboral (nos remitimos a nuestro epígrafe 3.2).

Ahora bien, por encima de disquisiciones procesalistas, lo esencial es que, en aras de ese *hecho diferencial* deportivo al que nos estamos refiriendo en este trabajo, las licencias pueden ser para nacionales o comunitarios, sin limitación, y para extranjeros, con limitación. Basta con tener un mediano conocimiento de las competiciones deportivas para saber que aquellos jugadores que forman parte de un grupo sobre el cual existe un cupo o limitación numérica referida a su alineación tienen menos posibilidades de jugar que los jugadores nacionales o comunitarios, lo cual les ocasiona, por razones obvias, una mayor dificultad para renovar sus contratos u obtener determinadas retribuciones. De hecho, ya vimos que la mayoría de los órganos de la jurisdicción social, al socaire de los litigios que hemos glosado en apartados anteriores ha considerado que condicionar o dificultar la intervención de los extranjeros en las competiciones mediante el referido cupo trae como consecuencia directa el padecimiento por parte de este colectivo de una situación de diáfana discriminación respecto de los que no se ven constreñidos por tal limitación. Y es que en nuestra opinión, lo realmente importante es cuál sea la diferencia en cuanto al régimen jurídico que para un deportista no comunitario que compita en España es esperable obtener (en el bien entendido de que el comunitario posee los mismos derechos que el nacional de España) respecto del nacional o comunitario.

---

<sup>21</sup> La cuestión no es ni mucho menos pacífica. PRADOS PRADOS, Santiago, *ibidem*, págs. 66-71, plantea los términos de la controversia, y afirma que la intervención de las ligas profesionales se ha de reducir al reconocimiento de validez a las condiciones deportivas y técnicas de los deportistas. Se trataría, pues, más de un visado o una comprobación de una serie de extremos que de la expedición del documento. Esto, que a la vista del art. 7 del RD 1835/1991 no plantea objeción alguna, tropieza con el obstáculo de la delegación conferida a las ligas profesionales, por parte de las federaciones, en los convenios que entre ellas se celebran para la regulación de las competiciones. Si se admite que la actuación de las ligas profesionales obedece a una suerte de delegación que a tales efectos le confiere la federación correspondiente, tal práctica chocaría abiertamente con la prohibición de la doble delegación contenida en el art. 13.5 de la Ley 30/92.



Como remedio a los efectos negativos generados por el cupo de extranjeros -que sin duda a menudo frustran las razonables expectativas laborales y de promoción profesional de numerosos deportistas extranjeros-, autores como LAZARO SANCHEZ o MOLINA NAVARRETE, en sus trabajos ya citados, han sugerido -cierto que no con mucho énfasis- la posibilidad de que las restricciones numéricas referentes a la participación de jugadores extranjeros se podrían articular a través de los permisos de trabajo; sería en tal caso la Administración Laboral la que, mediante la aplicación de la normativa vigente otorgara los permisos con arreglo a criterios “deportivos”, esto es, en función de las posibilidades reales de participar en las competiciones, en definitiva, de jugar, que, en atención al cupo existente y a la situación concreta de ese cupo en el club contratante, tuvieran los solicitantes del permiso. De este modo se evitaría la distorsión de una norma general más o menos *tuitiva* operada con respecto de un determinado grupo de profesionales a través de la “letra pequeña” de las licencias, otorgadas además (aunque sea por delegación) por entidades privadas que de este modo se sustraen a la normativa que en principio debe presidir todas las relaciones jurídico-laborales en nuestro Estado de Derecho. Jurídicamente irreprochable, esta idea se encuentra sin embargo con el obstáculo de su difícil aplicación al ámbito de las competiciones deportivas, en la que los cambiantes criterios del entrenador, las lesiones y otras muchas circunstancias alteran de continuo la planificación deportiva realizada al comienzo de la temporada, haciendo aconsejable contar con un nutrido elenco de deportistas no comunitarios para poder escoger de entre todos ellos los más adecuados para cada partido.

### 4.3. Consideraciones finales y algunas propuestas

#### 4.3.1. Opinión personal: la necesidad de una mayor apertura

Resulta a todas luces evidente, conforme a lo expuesto, la existencia de un conflicto entre el *particularismo* del Deporte y los principios generales relativos al trabajo y a sus condiciones de desenvolvimiento. En este sentido, en el marco normativo actual, el planteamiento del problema originado por las *cláusulas de nacionalidad* arranca de la denegación de la licencia, que grava de manera ostensible las condiciones de empleo efectivo del deportista no comunitario en la medida en que la contratación de estos trabajadores se dirige *exclusivamente* a su participación en las competiciones, de suerte que la restricción de esta participación conlleva inevitablemente una restricción o limitación en su contratación.

Un juicio estrictamente jurídico y por tanto desvinculado del apasionamiento que estas cuestiones traen consigo demuestra que las cláusulas de nacionalidad recogidas en la norma reglamentaria deportiva o en los convenios que regulan las competiciones constituyen una flagrante contravención de lo dispuesto en el art. 23.2.e) LOEXIS, siendo poco plausible la argumentación jurídica que, con anclaje en el principio de especialidad o en determinados criterios exegéticos de las normas, aboga por la plena vigencia del polémico art. 2 del RD 1006/85.

Por ello, como sagazmente aduce MOLINA NAVARRETE<sup>22</sup>, el problema que ha centrado el interés periodístico y social (el de los comunitarios B) es falso en la medida en que encubre el verdadero problema, que no es otro que la resistencia de todo el entramado deportivo a aceptar la igualdad de derechos de los extranjeros y los españoles a la hora de prestar su servicio o ejecutar su contrato de trabajo. Y es que los razonamientos vertidos en

---

22 *Íbidem*.

anteriores epígrafes en relación con los comunitarios B y sus licencias son trasladables *mutatis mutandi* a los extranjeros: si la configuración normativa de la licencia federativa es censurable por extralimitarse respecto de lo que debiera ser su hábitat natural, y en vez de constituir un trámite administrativo para la correcta inserción de los jugadores en las competiciones se ha convertido en instrumento de discriminación, deberá modificarse, a nuestro entender, la norma jurídica que regula el otorgamiento de la licencia, su naturaleza, clases y condiciones.

Así, de acuerdo con lo que hemos venido argumentando en estas páginas, en cuanto al concreto mecanismo de reforma legislativa, puede optarse por la supresión del inciso *particularista* del art. 2 del RD 1006/85, o bien por introducir los cambios pertinentes en las normas a las que remite tal inciso, a saber, el RD 1835/91 modificado por RD 1252/99, que son los que, en definitiva, habilitan a las entidades privadas involucradas en la organización de los campeonatos oficiales a la suscripción de convenios en los que se regula con criterios limitativos el número de extranjeros participantes. La modificación, claro está, habrá de perseguir la adaptación a los principios generales que inspiran la LOEXIS, a las directivas comunitarias –ya citadas– dictadas en la materia y, en general, a las innumerables declaraciones institucionales y convenios que, en el ámbito comunitario e internacional, han propugnado la equiparación de los extranjeros con los nacionales del estado en que se encuentren, en lo que hace a las condiciones de trabajo.

A nuestro modo de ver, frente a la alegación de que tales entidades –centrándonos en el fútbol, Liga Profesional, Federación Española de Fútbol y Asociación de Futbolistas Españoles– son de naturaleza privada, cabe replicar que el Derecho Comunitario no se dirige tan sólo a las autoridades públicas. Es más, dialécticamente puede defenderse que está en juego el derecho a la no discriminación como manifestación del principio de igualdad. En este marco, es indiscutible la proyección de los derechos fundamentales no sólo sobre las relaciones con los poderes públicos sino también sobre las relaciones entre particulares<sup>23</sup> –superados los viejos postulados decimonónicos que prefiguraron los derechos subjetivos como derechos frente al poder, esto es, como autolimitación del poder soberano del Estado respecto de determinadas esferas intocables de libertades individuales–, y que, mediante la aplicación de un correcto criterio de delimitación funcional o material a la hora de establecer la categorización de las muy variadas entidades que aparecen en nuestro ordenamiento jurídico, cuando las entidades sometidas a Derecho Privado ejercen potestades administrativas, han de someterse al Derecho Administrativo general;<sup>24</sup> resultaría extraordinariamente cínico (o ingenuo) afirmar que las competiciones son privadas o particulares, pues en el mundo en que vivimos es innegable que algunas de estas competiciones –por ejemplo, la Liga de Fútbol en 1ª División– rebasan con creces esos contornos y se convierten en grandes espectáculos de masas, no estando en suma justificada la separación, respecto del conjunto de las relaciones laborales, de un ámbito de actividad laboral que, con todas las peculiaridades que se le quieran atribuir, no deja de ser un ámbito más en que

<sup>23</sup> STC 177/1988. De ella entresacamos las siguientes líneas: “...de aquí que este tribunal haya reconocido que los actos privados pueden lesionar los derechos fundamentales... las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad...”

<sup>24</sup> Los fundamentos jurídicos de esta idea, cuya plasmación en la legislación administrativa vigente es por otro lado obvia, son brillantemente desarrollados en la obra de AVILA ORIVE, José Luis “*Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*”, editada por Civitas, año 2002.

unos trabajadores prestan sus servicios por cuenta ajena en un marco jurídico que se supone les reconoce unos derechos en pie de igualdad con los del resto de trabajadores. De este modo, lo que fue una mera aplicación del Derecho Comunitario en su vertiente más *mercantilista* o *empresarial* (hablamos de la libertad de circulación de los trabajadores), ha devenido a la postre una clara manifestación de un principio -igualdad y no discriminación- enraizado en todas las constituciones occidentales y que representa el fundamento del acervo jurídico y del entero sistema de valores que comparten los países de la UE.

Lo hasta aquí expuesto, desde el punto de vista de la virtualidad o fuerza expansiva del derecho fundamental a la no discriminación. Finalmente, el que suscribe estima que existe otro ámbito que puede apoyar las tesis “integracionistas”, que por su importancia merecería ser objeto de otro trabajo específico, y que aquí sólo podemos dejar apuntado: nos referimos a la cuestión de la compatibilidad o incompatibilidad con el Tratado CE del cobro de determinadas cantidades por parte de los clubes de origen en supuestos de traspasos cuando el jugador es extranjero, cuando la razón del cobro, o el fundamento en la diferencia en la cantidad cobrada, reside precisamente en ese carácter de extranjero.

A falta de pronunciamientos definitivos por el Tribunal de Luxemburgo<sup>25</sup>, y dentro de lo relativo que puede ser el concepto de *afectación* del comercio intracomunitario que se maneja en este tipo de supuestos, no es irrazonable pensar que el hecho de que los traspasos de extranjeros se vean de algún modo penalizados u obstaculizados produce una alteración del comercio de jugadores entre los países miembros, aunque sea una alteración positiva en el sentido de que, en términos generales, cualquier club preferirá hacerse con los servicios de un jugador nacional o comunitario, causándose de este modo una *inflación* del comercio entre países comunitarios que no tendría lugar en un marco de igualdad jurídica entre comunitarios y extranjeros en lo relativo a traspasos, tanto durante el contrato como tras su expiración. Estamos ante un argumento *clásico* del Derecho Comunitario, que puede ejercer una influencia más directa y eficaz que los principios de igualdad e integración social de los extranjeros que inspiran las modernas legislaciones de extranjería (y que constituyen el soporte de las proscripciones de discriminación por razones de origen o nacionalidad) a la hora de seguir abriendo brechas hacia la consecución de la igualdad efectiva de los extranjeros en un reducto –el deporte profesional- que históricamente ha mostrado escasa proclividad a la materialización de este principio.

#### 4.3.2. Breve análisis crítico de algunas ideas tradicionales

No queremos terminar este trabajo sin hacer una modesta aproximación a las ideas que generalmente han constituido el sostén de la especificidad del deporte. Con ello, y sin perjuicio de que intentemos ofrecer nuestra visión particular sobre ellas, pretendemos huir de posiciones dogmáticas y hacer patente la complejidad del debate teórico existente en torno al Derecho Deportivo.

Así, se han esgrimido argumentos sociológicos de cariz sentimental; en esta línea se sitúa aquél que propugna la identificación de los aficionados con jugadores de su misma nacionalidad, argumento que para nosotros no resiste la menor prueba de “falsabilidad”, pues es fácilmente comprobable que, para la inmensa mayoría de los aficionados, el

---

<sup>25</sup> CAMBA CONSTENLA, Carmen, en su trabajo “Las cuestiones pendientes después de la sentencia Bosman”, Revista de Administración Pública, nº 148, enero-abril de 1999, págs. 249-264, más en concreto en sus consideraciones sobre el “asunto Balog”.

objetivo no es otro que alcanzar triunfos deportivos, con independencia de la nacionalidad de los jugadores que contribuyan a este fin. Se arguye también la debida potenciación de la cantera, sin que a nuestro entender la labor de fomento de la cantera deba resultar menoscabada por la venida de jugadores extranjeros: una correcta regulación de los derechos de formación y promoción puede constituir el mejor acicate para el cuidado de la cantera, y en este marco se inscribe el acuerdo UEFA/FIFA/Comisión Europea de 5 de marzo de 2001, ya comentado en este trabajo, que trata de establecer criterios objetivos en punto a la cuantificación de las indemnizaciones en concepto de formación del jugador traspasado. Finalmente, aunque compartimos el valor simbólico –invocado por los defensores del particularismo– de las selecciones nacionales como elemento vertebrador del orden político actual fundamentado en los Estados-Nación<sup>26</sup>, ya se ha visto que en el propio Derecho Comunitario la exclusión de las cláusulas de la nacionalidad no afecta a los campeonatos entre selecciones. No son, además, las competiciones entre selecciones sino una dimensión casi anecdótica en el seno de la actividad de los clubes deportivos y de sus trabajadores deportistas (seguimos refiriéndonos al fútbol, baloncesto o balonmano; en otras modalidades deportivas como el atletismo su importancia es mayor), siendo más bien escasa su relevancia desde el punto de vista *economicista* que indefectiblemente hay que adoptar en el examen de estas cuestiones. Finalmente, tal vez no se haya reparado, en general, en la potencialidad del mercado libre de deportistas. Sin abordar casos singulares, en general los estados que pueden recibir jugadores de otros estados, reciben recíproco trato en tales estados, de suerte que sus deportistas pueden competir en ellos. De ahí que no podamos compartir la posición victimista de algunos colectivos de profesionales del deporte, que parecen requerir una especie de *super-protección* que les permita jugar en su Estado de origen y con unas condiciones económicas privilegiadas que no vienen dadas por las reglas del mercado, a diferencia de lo que ocurre con la mayor parte de los trabajadores.

Por supuesto, no ignoramos que el deporte no es una actividad laboral como otra cualquiera<sup>27</sup>. Al margen de sus valores simbólicos, formativos, culturales, etc., es evidente que la “insustituibilidad” del deportista profesional no es la regla general en la mayoría de profesiones. Por ello, entendemos que existen algunos aspectos de la actividad deportiva profesional que pueden y deben ser objeto de una regulación específica extramuros de la normativa general, laboral o de extranjería. Algunas de estas cuestiones –derechos por formación de jugadores, rescisión unilateral de los contratos, etc.– han sido ya objeto de comentario en estas líneas, pero sin duda existen muchas otras. En este sentido, no sólo en el

---

<sup>26</sup> CARDENAL CARRO, Miguel, y UGALDE IRURZUN, Koldo, en su trabajo “*Extranjería y deporte: coordenadas históricas para entender un problema y algunas reflexiones desde el Derecho del Trabajo*”, publicado en la Revista Jurídica del Deporte, nº 4, 2000, pág. 189-194, citan casos significativos (Croacia, Gibraltar) en los que se pone de relieve que esa carga simbólica puede ser enorme. Se nos ocurren muchos más ejemplos: las selecciones de Escocia, País de Gales, Irlanda del Norte, o, ya en España, los proyectos de algunas federaciones autonómicas encaminados a la formación de selecciones propias que puedan participar en competiciones internacionales.

<sup>27</sup> En el trabajo “*Reflexiones sobre la libre circulación de trabajadores, el derecho comparado y el acuerdo entre la UE-FIFA-UEFA*”, de ESQUIBEL MUÑIZ, Unai, publicado en la Revista Jurídica del Deporte, nº 5, 2001, pág. 13-33, se encuentran interesantes reflexiones sobre las peculiaridades de la prestación del deportista, y sus consecuencias desde el punto de vista del empresario. Por ejemplo, se argumenta con buen criterio que dichas peculiaridades justifican sobradamente la percepción de determinadas cantidades por traspasos de un club a otro, por parte del club de origen. Eso sí, partiendo en cualquier caso de la base de que el deportista es un trabajador por cuenta ajena.

Informe de Helsinki de 1999, ya aludido, sino más recientemente, en la Declaración sobre el Deporte incorporada a las conclusiones del Consejo celebrado en Niza en diciembre de 2000 y en otros documentos, se ha mantenido una postura tendente a la preservación de la mentada especificidad. En este sentido, la “excepción deportiva” –al igual que la “excepción cultural” existente en algunos estados- actuaría como dique de contención de las consecuencias del mercado libre y universal. Pero las instituciones comunitarias no pueden ofrecer soluciones distintas a las ya aportadas, so pena de crear una inseguridad jurídica de nocivos efectos. Lo andado por el TJCE no puede ser ya desandado. Ahora bien, dada la no regulación expresa del deporte en los tratados originales de las Comunidades Europeas, no es inviable la evacuación de normas –la directiva puede ser, por sus características, el instrumento jurídico adecuado- que establezcan la singularidad de la actividad deportiva profesional, y contengan determinaciones específicas sobre la base de una sutil tarea intelectual de delimitación de aquellas cuestiones cuya verdadera especificidad justifiquen una regulación propia. La futura Constitución europea podría ser la piedra angular del reconocimiento de esta singularidad, que se plasmaría en futuras directivas. Singularidad que, por supuesto, no puede ser patente de corso para efectuar una regulación sustancialmente distinta en lo relativo a los derechos de los trabajadores, y que por supuesto se encontraría con el límite de la actualmente incuestionable equiparación de los nacionales con los comunitarios.

Así las cosas, una normación escalonada de esta índole bien podría justificar, ya en los ordenamientos estatales, cambios en la norma esencial reguladora del régimen jurídico de los extranjeros; v.g., a la LOEXIS –cuya vocación “igualitarista” en este ámbito ya se expuso- se podrían incorporar preceptos o apartados que reflejaran dicha singularidad (es significativo que, en la actual regulación, los deportistas profesionales no son citados expresamente como estamento profesional sustraído a la necesidad de obtener permiso de trabajo, en contraposición con lo proclamado respecto de científicos, técnicos, profesores, artistas, religiosos, etc.).

Dejamos simplemente esbozada esta posibilidad. El Derecho no es positivismo puro, y no poca influencia sobre el asunto que nos ocupa puede ejercer la dialéctica política y jurídica –actualmente en boga- en torno a cuáles han de ser los principios y valores que conforman Europa –cerrada en sí misma o abierta al resto del mundo, centrada en sus propios intereses o dispuesta a asumir determinados compromisos históricos de colaboración con otras realidades políticas, económicas y sociales- que deben impregnar el entero texto constitucional.