



¿DEBERÍA EL FC BARCELONA (y los otros clubes que en su momento no fueron obligados) TRANSFORMARSE EN SAD COMO CONSECUENCIA DE RESULTADOS ECONÓMICOS NEGATIVOS?

Por Xavier-Albert CANAL GOMARA

A raíz de diversas manifestaciones de directivos del FC Barcelona en las que se avanzaba que el ejercicio que se ha cerrado el 30 de junio y que se presentará para su aprobación a la asamblea de compromisarios tendrá un saldo negativo, en ciertos sectores del barcelonismo, no precisamente próximos a la junta actual, han surgido los rumores, y también temores, que la presentación de resultados negativos -en este caso sería el segundo ejercicio consecutivo¹- comportarían la obligatoria transformación en sociedad anónima deportiva la naturaleza jurídica de la cual choca con la asentada idea en el club azulgrana del socio-propietario. Que es la forma más directa y menos opaca de controlar una entidad, en este caso deportiva, es cierto, pero no se debe olvidar que existen otras, mucho más sofisticadas y menos publicitadas, para someter a la entidad al dictado de unos pocos.

Veamos pues si el temor tiene fundamento.

La vigente Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (LD)², fue aprobada, junto con un Plan de Saneamiento del fútbol profesional, con la esperanza de dar fin a la borrachera de gastos exorbitantes y la deficiente gestión que anidaba en los clubes de fútbol de elite o profesionales. En la práctica,

¹ Conviene recordar que el 1 de julio de 2010 tomó posesión una nueva Junta del FCB que reformuló las cuentas presentadas por la Junta cesante, pasando de un resultado positivo a uno negativo tras la reformulación. En la asamblea de compromisarios celebrada en el mes de octubre del mismo año fueron aprobadas las cuentas presentadas por la Junta entrante y, asimismo, se encomendó a la Junta a presentar demanda de responsabilidad contra los antiguos gestores por las pérdidas producidas durante su gestión. La asamblea fue impugnada, sin conocer el estado procesal en que se encuentra, y ello unido al resultado de la demanda de responsabilidad podría modificar de nuevo las cifras del cierre del ejercicio 2009-2010.

² La LD fue objeto de una reforma importante por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

después de más de veinte años desde su entrada en vigor, tan loable fin ha sido un absoluto fracaso y estamos en ciernes de una próxima regulación del deporte profesional³.

La LD establece dos tipos de asociacionismo deportivo: el "*deportivo de base (...) mediante la creación de Clubes deportivos elementales, de constitución simplificada*" y "*un modelo de responsabilidad jurídica y económica para los clubes que desarrollaran actividades de carácter profesional (...) mediante la conversión de los Clubes profesionales en Sociedades Anónimas Deportivas, (...) nueva forma jurídica que, inspirada en el régimen general de las Sociedades Anónimas, incorpora determinadas especificidades para adaptarse al mundo del deporte. Aunque, en las disposiciones adicionales "se contempla la posibilidad de una excepción en la transformación en Sociedades Anónimas Deportivas para aquellos Clubes que estando participando ya en competiciones deportivas profesionales, hayan demostrado una buena gestión con el régimen asociativo, manteniendo un patrimonio neto positivo durante los cuatro últimos ejercicios.⁴"*

Para darle cumplimiento, la disposición transitoria primera señala que "*los Clubes actualmente existentes que participen en competiciones oficiales de carácter profesional se transformaran⁵ en sociedades Anónimas Deportivas*" estableciendo las reglas por la citada conversión.

Es en la Disposición adicional séptima de la LD donde se configura la excepción a la conversión indicando que "*Los Clubes que, a la entrada en vigor de la presente Ley, participen en competiciones oficiales de carácter profesional en la modalidad deportiva del fútbol, y que en las auditorías realizadas por encargo de la Liga de Fútbol Profesional, desde la temporada 1985-1986 hubiesen obtenido en todas ellas un saldo patrimonial neto de carácter positivo, podrán mantener su actual estructura jurídica, salvo acuerdo contrario de sus Asambleas*". Las mismas reglas, de acuerdo con la disposición adicional octava, serán aplicables a los clubes que participen en competiciones oficiales de carácter profesional en la modalidad de baloncesto.

³ En el BO del Congreso de 4 de mayo de 2010 se publicó el Informe de los trabajos de la subcomisión sobre el deporte profesional en España, creada en el seno de la Comisión de Educación y Deporte. Veremos si los avatares de la política dejan el tiempo suficiente para su tramitación en la presente legislatura.

Tratan la cuestión *La reforma del régimen jurídico del deporte profesional*. AAVV coordinada por MILLÁN GARRIDO, A. Editorial Reus. Madrid. 2010 y *El deporte profesional*. AAVV. Dirigida por PALOMAR OLMEDA, A y coordinada por TEROL GÓMEZ, R. Editorial Bosch. Barcelona. 2009.

⁴ Exposición de Motivos de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

⁵ La mayor parte de la doctrina critica el término transformación. Por todos, VICENT CHULIÀ, F. *Dictamen sobre la constitucionalidad de la Ley del Deporte, de 15 de octubre de 1990, en la regulación de las Sociedades Anónimas Deportivas, a petición de la Junta Directiva del Valencia Club de Fútbol*, Revista General de Derecho, núm. 571, abril 1992, pág. 2873; y GARCÍA CAMPOS, I. *Las Sociedades Anónimas Deportivas*. Madrid, Civitas, 1996, pág. 25.

Para cerrar el marco normativo, la Disposición Transitoria Primera 3. del Real Decreto 1084/1991, de 5 de julio, sobre Sociedades Anónimas Deportivas, establece que "Quedan exceptuados de la transformación o adscripción obligatoria a que se refieren los puntos anteriores, los clubes contemplados en las disposiciones adicionales séptima y octava de la Ley del Deporte"⁶.

Lo que más preocupaba al legislador era la situación económica en que se encontraban los Clubes. Por ello excluye de la conversión obligatoria en SAD a los que tuvieran un saldo patrimonial neto de carácter positivo. Conocer qué clubes tenían ese saldo patrimonial positivo en los clubes de fútbol profesionales era sencillo ya que eran objeto de auditorias, por encargo de la LFP, desde la temporada 1985-86. En cambio, los clubes de baloncesto nunca habían sido objeto de aquéllas y la propia LD, en la disposición adicional octava, tuvo que prever que los clubes que quisieran mantener su estructura jurídica deberían ser objeto de las mismas bajo la supervisión de la Asociación de Clubs de Baloncesto (ACB) referidas a las cuatro temporadas anteriores.

Por tanto, los presupuestos de la exclusión fueron los siguientes:

- 1) Participar en el momento de entrada en vigor de la LD, en competiciones oficiales de carácter profesional. Se excluyen, por tanto, los clubes que se incorporen con posterioridad a las competiciones oficiales de carácter profesional.
- 2) Los clubes tenían que haber estado auditados por encargo de la LFP desde la temporada 1985-86. Para el baloncesto se tuvo que prever hacer las auditorias referidas a las cuatro temporadas anteriores.
- 3) Todas y cada una de las auditorias tenían que dar un saldo patrimonial neto de carácter positivo. Por saldo patrimonial neto de carácter positivo hemos de entender que los derechos de contenido económico sean superiores a la suma de obligaciones de contenido económico.
- 4) No era necesario ningún acuerdo de la junta general para mantener la estructura jurídica.

Los clubes que se encontraban en situación de no obligación de transformación fueron: el Athletic de Bilbao y el Osasuna en fútbol y el FC Barcelona y el Real Madrid con secciones en fútbol y baloncesto.

⁶ El RD 1084/1991 fue derogado por el Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, de Sociedades Anónimas Deportivas (BOE núm. 170 de 17 de julio) aunque, a través de la Disposición Derogatoria Única. 1, mantiene el vigor de las disposiciones transitorias del RD 1084/1991.

No obstante, la exceptuación de la obligación comporta unas servidumbres de las directivas de los clubes concretándose en la Disposición Adicional Séptima. 4. de la LD estableciendo que "*Los miembros de las juntas directivas responderán mancomunadamente de los resultados económicos negativos que se generen durante el periodo de su gestión*".

Como la responsabilidad es mancomunada⁷ no se pueden exigir las deudas íntegramente de manera individual a todos y cada uno de los directivos. Además, la responsabilidad es limitada, ya que no se extiende a cualquier deuda, sino a los "*resultados económicos negativos que se generen durante el periodo de su gestión*". Ahora bien, el legislador no ha querido dejar en manos de los directivos la cuantificación de los resultados ya que éstos "*serán ajustados considerando las salvedades de las auditorias*" que se lleven a cabo. La DA Tercera.5 del RD 1251/99, considera resultados económicos positivos o negativos las variaciones positivas o negativas del patrimonio neto contable, no considerándose las que provengan de revalorización de activos.

A los directivos se les impone la obligación de depositar un aval bancario, antes de iniciar cada ejercicio, que garantice su responsabilidad a favor del club y ante la Liga Profesional, que llegue al 15 por ciento del presupuesto de gastos que ha sido aprobado por la asamblea de socios o compromisarios previo informe de la ya citada Liga Profesional.

La LD remite a la vía reglamentaria para determinar las condiciones y supuestos en que las Juntas Directivas dentro del período de sus mandatos puedan compensar los avales con resultados económicos positivos.

El aval será ejecutable para la Liga profesional, y exigible anualmente durante todo el período de su gestión, pudiendo "*ser ejercitada la acción de responsabilidad*:"

Por el Club, mediante acuerdo de su Asamblea, obtenido por mayoría simple de los asistentes.

*Subsidiariamente, por socios que representen el 5 por 100 del número total de los mismos*⁸.

La situación en el momento inicial de la LD es clara. Ahora bien, si un Club de los no obligados cierra un o varios de sus ejercicios con pérdidas, ¿debe transformarse en sociedad anónima deportiva?

En primer lugar, el cierre con déficit en alguno de estos Clubes ya ha sucedido⁹ y los estamentos deportivos -Consejo Superior de Deportes y Liga de Fútbol Profesional- permanecieron en absoluto silencio.

⁷ Art. 1137 del Código Civil español.

⁸ DA Séptima. 4. LD.

Al poco de entrar en vigor la LD, GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, entendió que sí cabía la transformación obligatoria basándose en la excepcionalidad a la regla general, la transformación, y, por ello, cuando dejasen de cumplirse las circunstancias que permitieron al Club acogerse a la situación privilegiada, se le podría compeler a atenerse a la regla general ya que, según este autor *"la no transformación es una excepción condicionada a que en todos los ejercicios se hubiera obtenido un saldo patrimonial neto de carácter positivo: luego parece claro que de fallar el presupuesto debe fallar la excepción, aún cuando la Ley no lo haya previsto, por razones de analogía"*¹⁰. Debemos señalar que la afirmación se efectuó antes de la publicación del reglamento, el RD 1084/1999.

Posteriormente, MAYOR MENÉNDEZ¹¹, analizando el Auto del Tribunal Constitucional de 5 de junio de 1995¹² duda sobre la constitucionalidad del sistema establecido por la LD, en la que el Tribunal no entró por no plantearse en el recurso de amparo, que consiste *"en que si se parte de señalar que está justificada la diferencia que establece la Ley entre los clubes de fútbol que mantuvieron un patrimonio neto positivo desde la temporada 1985-86 hasta la promulgación de la propia LD, y aquellos otros que no satisficieron este requisito, lo que no queda claro es si no vulnera el artículo 14 de la CE el que se siga manteniendo esta diferencia de régimen jurídico cuando alguno de los clubes que mantuvo al amparo de la DA séptima de la LD su estructura asociativa, sin necesidad de transformarse en SAD, deje de tener un patrimonio neto positivo, pues entonces parecería que desaparece la justificación objetiva y razonable para el trato desigual que se mantendría"*. El autor plantea la solución de una previsión legal específica que, hasta el momento, no se ha producido. La sugerencia era adecuada pero el legislador no la tuvo en cuenta cuando modificó la LD mediante la Ley 58/1998 y mucho menos, evidentemente para no caer en infracción de la jerarquía normativa, con el RD 1251/1999.

La diferencia entre ambos autores es clara. Mientras el segundo plantea la duda sobre la constitucionalidad o no de la distinción cuando un club no obligado entre en saldo negativo -por lo que debe sobreentenderse que no considera que la norma obligue a la transformación cuando se dé el

⁹ Como ejemplo, FCBarcelona, ejercicio 2002-03 y Athletic de Bilbao, ejercicio 2003-04.

¹⁰ GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R. *Sociedades Anónimas Deportivas*. Comares. Granada. 1992, pág. 28.

¹¹ MAYOR MENÉNDEZ, P., en *Las Sociedades Anónimas Deportivas: naturaleza jurídica. Consecuencias sobre su régimen jurídico* dentro de la obra *Régimen jurídico del fútbol profesional*, VVAA, coordinada por MAYOR MENÉNDEZ, P., ARNALDO ALCUBILLA, E., CAMPO COLÁS, C del., Civitas. Madrid. 1997, págs., 117 y 118.

¹² Auto del Tribunal Constitucional de 5 de junio de 1995 que inadmitió el recurso de amparo núm. 1352/1994, por carecer la demanda de amparo manifiestamente de contenido constitucional. El recurso se había interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 4 de julio de 1994, que confirmaba la del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Valencia, de 11 de marzo de 1993 contra el acuerdo social adoptado por la asamblea de socios del Valencia CdF el 26 de septiembre de 1991 de transformarse en sociedad anónima deportiva, al entender los solicitantes de amparo que se había vulnerado los artículos 14 y 22 de la Constitución.

supuesto-, GÓMEZ-FERRER entiende que el club debe transformarse obligatoriamente.

Constitucionalidades al margen, no comparto la interpretación de GÓMEZ-FERRER. Las disposiciones adicionales manifiestan, entre otras cosas, un régimen jurídico especial que implica la creación de normas reguladoras diferentes de las previstas en la parte dispositiva de la norma. En otras palabras, muestran la voluntad del legislador de crear un régimen especial respecto del general. Si el legislador hubiese querido que esta situación excepcional –la no obligatoriedad de transformación por presentar saldos positivos- se hubiese perdido cuando un ejercicio económico arrojase un saldo negativo, se debería haber previsto expresamente en el propio articulado de la norma y nunca en una disposición adicional. Y esto, a mi modo de ver, es fundamental.

Pero existe otra cuestión que está íntimamente unida a lo citado que es la existencia del aval, que permite hacer frente a la responsabilidad por los saldos negativos. Sería cuando menos contradictorio que cuando se produzca un ejercicio con saldo negativo el club se vea abocado a la transformación en SAD, para salvaguardar la economía y el patrimonio del club. La voluntad del legislador en 1990 fue, precisamente, hacer tabla rasa y crear un sistema de responsabilidades general, el de las anónimas –sobre todo a partir de la reforma introducida por la Ley 50/1998- y otro particular, el de los clubes deportivos con la obligación de depositar el aval con el que deberán responder caso de resultados negativos de su gestión.

Si concluimos que no hay previsión legislativa el aforismo *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* es plenamente aplicable. No cabe, por tanto, imposición de transformación por los estamentos deportivos, ya sea el CSD o la LFP, caso que el FC Barcelona, o cualquier otro de los clubes no obligados, cerrara uno o más ejercicios con un saldo patrimonial neto negativo. No puede defenderse en derecho aplicaciones de una norma que en realidad son consecuencias jurídicas que no están expresamente previstas en la propia norma. Si el legislador lo hubiera querido así, lo habría dicho. Prolija es la jurisprudencia que lo trata. Sin ánimo de extendernos, citaremos los pronunciamientos siguientes:

- **TS, sala 3ª, sección segunda, de 20 de septiembre de 2002 (rec. 7206/1997):**

“Infracción por inaplicación del Principio General del derecho, consagrado por la Jurisprudencia, de que donde la Ley no distingue no debemos distinguir, al establecer, la Sentencia de instancia, una distinción respecto del valor efectivo de enajenación según sea superior o inferior al de cotización en Bolsa.”

- AAP, Civil sección 12, de 25 de noviembre de 2010 (ROJ: AAP B 5552/2010) (rec: 623/2010)

"El tenor literal de la Ley no permite realizar esta distinción, y sabido es que "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus" (donde la Ley no distingue, no debe distinguirse STS 21 de marzo de 1882 , 12 de enero de 1884 , 11 marzo de 1885 y 12 de julio de 1905), dado que las excepciones no pueden inducirse del silencio de la ley, pues sabido es que "ubi lex voluit dixit" (cuando la Ley quiere, lo dice)."

- STSJ, Social sección 1, de 16 de noviembre de 2010 (ROJ: STSJ PV 4754/2010) (rec: 2223/2010)

"En segundo lugar, el Letrado recurrente pretende establecer un condicionamiento al reconocimiento de la validez de las prestaciones al cumplimiento de unos requisitos que no precisa y que la norma no ha establecido, pues la misma predica la validez de todas las prestaciones que hubieran podido percibir o perciban los cargos sindicales en los que concurren las circunstancias previstas; y lo hace en términos imperativos sin establecer salvedad ni excepción alguna, por lo que la Sala no puede interpretar restrictivamente el mandato legal para considerar excluida la prestación de desempleo, infringiendo, de ese modo la regla prevista en el artículo 3.1 del Código Civil en virtud de la cual las normas deben interpretarse "según el sentido propio de sus palabras" y el brocardo "ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus" así como el principio "pro beneficiario" que según advierte la sentencia de 28 de octubre de 2009 (RJ 67/10), de lo Social del Tribunal Supremo , es característico del Derecho de la Seguridad Social."

- AAP, Civil sección 22, de 07 de octubre de 2010 (ROJ: AAP M 15520/2010) (rec: 187/2010)

"Cierto es que, en el entorno procesal de la ejecución, tratándose de la basada en títulos judiciales, la Ley de Enjuiciamiento Civil tan sólo contempla específicamente como motivos de oposición los recogidos en los artículos 556 y 559. Pero tal acotamiento legal no puede, en modo alguno, excluir la posibilidad de aplicar la anterior doctrina a supuestos de dejación, por largos años y sin causa justificada alguna, de una acción tendente al cumplimiento de una obligación sancionada judicialmente, en cuanto ello puede hacer confiar a la otra parte en que se ha abandonado o renunciado el derecho. En efecto, la doctrina emanada del referido artículo 7º del Código Civil no hace distinción alguna respecto de la clase de acción a la que afecta la misma, por lo que, en virtud del principio ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus, no puede excluirse la posible aplicación de dicha tesis jurisprudencial de la vinculatoriedad de los actos propios y del abuso de derecho a los supuestos de acciones ejecutivas."

- STSJ, Social sección 1, de 27 de diciembre de 2010 (ROJ: STSJ PV 4732/2010) (rec: 2629/2010)

"De aceptarse la tesis del recurso en el sentido de que el único tiempo de servicios computable para acreditar el requisito de antigüedad en la empresa por parte del personal laboral de la Administración, es el prestado en virtud de contrato de trabajo, se estaría introduciendo una condición adicional que en modo alguno resulta del tenor literal del precepto aplicable, en el que no establece ninguna regla especial para el citado colectivo, infringiendo, de ese modo, lo previsto en el artículo 3 del Código Civil , a tenor de la cual las normas deben interpretarse "según el sentido propio de sus palabras", así como el principio general del derecho "Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus".

Pero además, también entiendo de aplicación la prohibición de la analogía y de las interpretaciones extensivas en situaciones restrictivas. En mi opinión, la situación restrictiva o limitativa deriva de la obligación de transformación en SAD de los clubes que no presentaban un patrimonio neto positivo a la entrada en vigor de la LD con independencia de la voluntad de los socios de la entidad. Del citado principio reseñamos las sentencias siguientes:

- TS, sala 3ª, de 23 de diciembre de 1991 (rec. 1536/1989):

"A la vista de los anteriores hechos que se estiman probados es evidente que no coinciden con los establecidos por la Administración ni cubren el tipo de sanción aplicado, existiendo la prohibición de toda interpretación y aplicación extensiva ni analógica in malam partem en perjuicio del afectado, de las normas sancionadoras por su afinidad con las penales a las que se asimilan a estos efectos procede la estimación del recurso (...)."

- TS, sala 3ª, de 3 de enero de 2011 (rec. 185/2007)

"Como quiera que, a tenor de la citada ley 5/2002 , se prohíbe expresamente la publicidad, directa e indirecta, de bebidas alcohólicas en todos los lugares donde esté prohibida su venta, suministro y consumo (art. 28 .h), y no se permitirá la venta ni el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública (art. 30.3), se ejercita la presente acción de cesación publicitaria, y ello en base a la Ley 34/88 redacción dada por la ley 39/2002 y Ley de la CAM 5/2002, de 27 de junio sobre drogodependencia y otros trastornos adictivos. La parte demandada como motivo de oposición alega la indebida aplicación de la Ley General de Publicidad en su artículo 8.5 invocado de contrario por ir referido a la publicidad por televisión, que las vallas de publicidad denunciadas no infringen la prohibición del art. 28 , que no cabe realizar una interpretación extensiva de una norma limitativa de derechos, que la legislación autonómica distingue

un r3gimen de publicidad y promoci3n, arts. 27 a 29 , de otra de r3gimen de venta y consumo, art. 30 , que este art3culo no indica que la v3a p3blica y no sea un lugar donde est3 prohibida la venta, al contemplar excepciones. Por 3ltimo se invoca el derecho a la libertad de empresa y al ejercicio de la publicidad.”

En conclusi3n. La intranquilidad producida en sectores del barcelonismo es infundada. Por lo menos en esta cuesti3n. S3lo la asamblea de socios compromisarios es la competente para aprobar la transformaci3n del club en SAD.

Barcelona, Julio de 2011

Xavier-Albert Canal Gomara
BCD-Iurisport
xac@bcd-iurisport.com
www.bcd-iurisport.com

© **Xavier-Albert CANAL GOMARA (Autor)**

© **Iusport (Editor)**

www.iusport.es