

“La autonomía de la voluntad, ¿está en peligro?”

Por Rodrigo Ortega Sanchez*

Por estos días la Federación Internacional de Fútbol Asociación (en adelante “FIFA”), a través de su Director de Asuntos Legales Marco Villiger, ha salido al cruce de las declaraciones y acciones del Presidente del F.C Sion/OLA (en adelante “Sion”), el Sr. Constantin.

En ocasión de una entrevista efectuada por el máximo organismo del fútbol mundial bajo el título “La autonomía del deporte está en peligro”¹ el Director de Asuntos Legales de la FIFA, afirmó: “*El Sr. Constantin, como Presidente del FC Sion, así como los jugadores, han firmado un acuerdo de arbitraje, de manera que conocen las reglas de juego.*”.

No es pretensión del autor de esta nota hacer una defensa de los argumentos y acciones llevadas a cabo por el Sion, sino instalar sobre la mesa la cuestión del consentimiento en los arbitrajes por vía de apelación cuando se contesta una decisión de un organismo deportivo.

Dice un párrafo que encontramos en un comunicado reciente de la Union of European Football Associations (en adelante UEFA): “*El Comité Ejecutivo de la UEFA recuerda que los Estatutos de la FIFA y la UEFA, así como las Reglas del Juego, son públicas y conocidas por todos. En concreto, el Reglamento de la UEFA Europa League es aprobado, publicado y accesible al público con suficiente antelación respecto al inicio de la competición. Cada club que se inscribe en la UEFA Europa League acepta a priori este reglamento, con miles de clubes aceptando y aplicando dichas reglas, reglas que explican las diferentes instancias del estado disciplinario que puede juzgar y arbitrar las cuestiones derivadas de los partidos. En este sentido, el FC Sion/OLA también ha aceptado las normas que reconocen el TAS como la instancia superior de arbitraje que en única y última instancia resuelve los recursos sobre los asuntos disciplinarios de la UEFA Europa League. El TAS es accesible, a diferencia de la justicia civil suiza, a todos los rivales del FC Sion/OLA en la UEFA Europa League. Esto garantiza que todos los clubes se consideran iguales dentro y fuera del terreno de juego y reciben el mismo trato con respecto a las reglas*”².

I. El significado del consentimiento.

La Real Academia Española otorga a la palabra consentimiento, diferentes significados, a saber, **1.** m. Acción y efecto de consentir; **2.** m. *Der.* Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente y **3.** m. *Der.* En los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes.

* Rodrigo Ortega Sanchez Coordinador Responsable de la Comisión de Justicia, Arbitraje y Mediación Deportiva de la ALADDE, Coordinador General de la Comisión de Derecho del Deporte de la Association des Juristes Franco-latinoamericains Andres Bello, Paris, Francia. rosanchez@ebv.com.ar

¹ Fuente página oficial FIFA: <http://es.fifa.com/aboutfifa/organisation/footballgovernance/news/newsid=1519678/>

² El texto ha sido resaltado por el autor del artículo.

Tomando en consideración las dos últimas acepciones, resulta clara y nítida la confrontación de la cláusula por referencia y del consentimiento a la “**voluntad**” expresa o tácita por la cual un sujeto se somete a un determinado tribunal arbitral. En este sentido es difícil poder identificar cuál es la voluntad “**expresa**” de someterse al TAS -por vía de apelación- de una persona que **no sabe** que tiene la obligación de hacerlo. En caso que alguien pueda pensar que la palabra “**tácita**” daría una salida a este problema, es importante destacar que para la Real Academia española *tácita*, significa “**1. f. Der. La que, aunque expresamente no se ponga, virtualmente se entiende puesta.**”. Me resisto a creer que un dirigente o jugador de un club de primera o segunda división -da igual- de un club sudamericano, frente a un litigio con un agente de jugadores FIFA -por poner un ejemplo- “*virtualmente entiende*” y por ello acepta y consiente que debe apelar la decisión de un organismo deportivo al TAS.

Aun más contradictorio con la utilización de cláusulas estatutarias, es el último de los significados que la Real Academia Española da al consentimiento, expresando que aquel es “*en los contratos, conformidad, sobre su contenido que expresan las partes*”.

Entonces me pregunto, ¿de qué conformidad estamos hablando en un contrato en el cual no existe una cláusula de resolución de litigios y que, por ende, no se conoce su contenido ya que no existe?

Así, tomemos un ejemplo, en un contrato de representación entre un jugador chileno y un agente de jugadores FIFA colombiano, en el cual no haya ningún tipo de referencias en cuanto a cómo se resolverá un futuro conflicto entre ambos, ¿donde está la *conformidad* de someterse al TAS, si en dicho contrato no se especifica?. ¿Cómo se podría dar conformidad sobre algo que no se conoce?

II. El consentimiento en los procedimientos arbitrales del TAS por vía de apelación.

Ahora bien, centrándonos en lo expresado en los comunicados de referencia, se hace necesario dividir las aguas. Pues si el Director de Asuntos Legales de la FIFA se refiere a la firma de un compromiso arbitral una vez que el litigio nació, estoy de acuerdo con la aseveración de “.....*han firmado un acuerdo de arbitraje, de manera que conocen las reglas de juego*”; ya que las partes voluntariamente han otorgado su consentimiento expreso y al momento del nacimiento del litigio de someter su diferencia al TAS.

Si, por el contrario, con aquella frase quiere expresar que el SION, sus directivos y sus jugadores, al ser parte de la Asociación de Fútbol de Suiza y ésta a su vez parte de la FIFA, deben obligatoriamente someterse a la CRD (Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA) y eventualmente al TAS -en caso de apelación- estamos en presencia de una cláusula arbitral estatutaria que obliga a los atletas a someterse a determinada jurisdicción.

En segundo lugar, el párrafo del comunicado de la UEFA no hace más que confirmar la idea de que aquel organismo, como así también la FIFA, utilizan la cláusula estatutaria para obligar a las partes a someterse al TAS vía arbitraje por apelación.

En base a ello, la UEFA en caso del surgimiento de un litigio, ¿toma algún recaudo para notificar expresamente a los directivos y jugadores si aceptan o no someter sus diferencias frente al TAS?

Sin entrar en detalles sobre si la reglamentación de una asociación civil puede estar por encima del derecho de defensa de las partes, las cuales deben ser libres -siempre y cuando estemos en el ámbito privado- para decidir quienes los juzgan, me atrevo a decir que, desde mi punto de vista, esta cláusula estatutaria podría ser violatoria del principio de la autonomía de la voluntad.

Es dable destacar que una cantidad importante de arbitrajes en materia deportiva se llevan a cabo por vía de apelación, es decir, se apela la decisión de la CRD directamente en el TAS.

Es entonces sobre este tipo de procedimientos arbitrales que se observan serias reservas sobre el rol efectivo del consentimiento de las partes al sometimiento al arbitraje y resulta patente la desigualdad estructural entre aquellas en este tipo de procedimientos, ya que tenemos por un lado, a una poderosa organización deportiva y por el otro, a un atleta.

Como expresé anteriormente, este arbitraje se fundamenta en cláusulas insertas en los estatutos o reglamentos de organizaciones deportivas, por lo que resulta extraño que un deportista tenga conocimiento de que si el club para el que juega es miembro de una asociación y que esta a su vez, es miembro de una federación internacional -en la cual en sus estatutos se prevé el recurso al arbitraje del TAS como vía de apelación de las decisiones provenientes de organismos deportivos- deba acudir obligatoriamente a la CRD y eventualmente al TAS en caso de apelación.

En el caso de la Argentina –por citar un ejemplo- y siguiendo estas ideas, muchos se sorprenderían si se les preguntara a los dirigentes y jugadores de fútbol -de clubes afiliados directa o indirectamente a la AFA- si “*conocen las reglas de juego*” tal como comenta el Director de Asuntos legales de la FIFA, esto es, si tienen conocimiento que están obligados a -en caso de apelar una decisión de la CRD- someter sus diferencias al TAS, intuyo que en el 90% de los casos no tendrían conocimiento.

Por lo cual podemos decir que en materia deportiva, particularmente en los arbitrajes denominados “de apelación”, el recurso al arbitraje combina habitualmente la técnica de la cláusula estatutaria a aquella de la cláusula arbitral por referencia.

De todos modos, no es el carácter estatutario de la cláusula de arbitraje que nos trae problemas, el hecho de que el recurso al arbitraje se encuentre en una cláusula inserta en un estatuto de una organización deportiva no es, en principio y bajo ciertas circunstancias-, contrario al carácter voluntario del arbitraje. Lo que es sumamente cuestionable es la ausencia total de alternativas para el deportista, por lo que si éste quiere participar en determinada competición o formar parte de cierto club, deberá obligatoriamente resignar su derecho a elegir quién juzgará su conflicto –netamente de orden privado- y someterse a las jurisdicciones que dicte el estatuto o reglamento. Para explicarlo en términos de “*potrero*”, algo así como “*la pelota es mía y yo decido quien juega*”.

Por consiguiente la situación de monopolio “*jurídico*” en la cual se encuentran estas organizaciones deportivas, hacen que un deportista no tenga alternativa alguna y tenga que elegir entre ejercer su profesión o resignar su autonomía de la voluntad. En este orden de ideas, es curioso notar que ningún juez se ha pronunciado sobre esta práctica por demás discriminatoria, que atenta contra el libre consentimiento de las partes y alienta la dominación de una parte que impone el arbitraje -las organizaciones deportivas- contra otra que es más débil -los deportistas-.

Este razonamiento jurídico lógico va mas allá de si el Tribunal Federal Suizo –que admite de manera muy liberal este tipo de procedimientos- consienta o no los procedimientos arbitrales basados en una cláusula “por referencia”. Pues lo que aquí se discute no es una apreciación de jueces suizos sobre la cuestión del consentimiento, sino que el libre consentimiento de las partes es un concepto “universal” que trasciende desde todo punto de vista las fronteras del país helvético.³

Por otro lado, la Convención de New York de 1958⁴ establece que el acuerdo arbitral debe ser hecho por escrito y define también qué se entiende por ello, expresando que “*acuerdo por escrito*” denota una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, **firmado por las partes...** (Art. II.2 de la CNY) –la negrita me pertenece-. Por lo tanto, este acuerdo escrito debe ser firmado por las partes y sólo estas podrán someter su controversia a arbitraje, con lo cual, es por lo menos discutible que, si ninguna de las partes firmo una cláusula arbitral o compromiso arbitral puedan ser obligadas por el solo hecho de que los clubes de los cuales forman parte se encuentren dentro de una determinada asociación o federación que haya reconocido en sus reglamentos o estatutos al TAS en caso de litigios de carácter internacional.

La idea de la cláusula estatutaria, es decir, la obligatoriedad de someterse a arbitraje por el mero hecho de pertenecer directa o indirectamente a una asociación tiene –como exprese anteriormente- directa relación con la cláusula arbitral por referencia. Y si bien se advierte una tendencia a aceptar esta forma de convenir el arbitraje, se plantea una vez más la cuestión del consentimiento de las partes. Por ello, si bien se acepta esta

³ “Along the same lines, noting that the CAS offers guarantees of independence that are similar to those of State courts, the Supreme Court has upheld such arbitration agreement even if submission to arbitration is more of precondition to participate in the sport than an express contractual choice.” *Nagel v. Fédération équestre internationale*; Decision of the Swiss Federal Tribunal 4C.44/1996 of 31 October 1996, reported in CAS Digest I, p. 577, 584. Desde mi punto de vista, que el Tribunal Federal suizo exprese que el TAS ofrece garantías de independencia no hace a la cuestión, es más, no estoy objetando la independencia del TAS. Por lo cual mas allá que sea o no independiente, la utilización de este tipo de cláusulas arbitrales estatutarias, atenta –desde mi punto de vista- contra el libre consentimiento de las partes.

⁴ Reconociendo la importancia creciente del arbitraje internacional como medio de resolver las controversias comerciales internacionales, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la Convención) trata de establecer normas legislativas comunes para el reconocimiento de los acuerdos o pactos de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros y no nacionales. Por "sentencias o laudos no nacionales" se entiende aquellos que, si bien han sido dictados en el Estado donde se prevé su ejecución, son considerados "extranjeros" por la ley de ese Estado porque el procedimiento seguido conlleva algún elemento de extranjería, por ejemplo cuando se apliquen normas procesales de otro Estado. La finalidad principal de la Convención es evitar que las sentencias arbitrales, tanto extranjeras como no nacionales, sean objeto de discriminación, por lo que obliga a los Estados parte a velar por que dichas sentencias sean reconocidas en su jurisdicción y puedan ejecutarse en ella, en general, de la misma manera que las sentencias o laudos arbitrales nacionales. Un objetivo secundario de la Convención es exigir que los tribunales de los Estados parte den pleno efecto a los acuerdos de arbitraje negándose a admitir demandas en las que el demandante esté actuando en violación de un acuerdo de remitir la cuestión a un tribunal arbitral.

cláusula de referencia el Tribunal arbitral debería comprobar (en la práctica arbitral comercial así se hace) si la parte contra quien se pretende hacer valer la cláusula estatutaria ha consentido el sometimiento al arbitraje. Cuestión esta que el TAS no se detiene a analizar, ni parece importarle.

Precisamente sobre este punto, una importante corriente doctrinal persiste en pensar que el procedimiento arbitral de apelación, sobre la base de este tipo de cláusulas estatutarias, dejan muy poco margen al consentimiento de las partes (por no decir que lo ignoran completamente). Por lo cual considero que la jurisprudencia que da efecto a tales cláusulas violaría de manera flagrante la regla que hace del consentimiento la base del arbitraje.

III. ¿Arbitraje o jurisdicción forzosa?

Poco a poco y al decir de varios autores –Kaufmann-Kohler y Henry Peter–, la clásica concepción del arbitraje basado en el consentimiento es “*suplida*” por otros conceptos que en gran medida hacen caso omiso al requisito del consentimiento. Por lo cual, estamos en presencia de una nueva concepción que hace referencia al arbitraje forzoso.

Otros autores aseguran que se asiste a un deseo de someter los litigios por una vía de tipo arbitral en sentido “*largo*”, susceptible de ser impuesta por una autoridad superior. Entonces, bajo este concepto, solo haría falta una autoridad superior y legitimada a excluir los litigios de la competencia de los tribunales estatales para someter un litigio a un Tribunal Arbitral en el cual su competencia se impone a las partes.

En base a aquello, quizás estemos en presencia de una tercera categoría de arbitraje, ya que la aceptación del sometimiento al arbitraje es una condición –como exprese anteriormente- *sine qua non* para ser admitido en las competencias deportivas.

Lo mismo ocurre en el arbitraje concerniente al derecho del consumo o en el derecho del trabajo, donde se observa un retroceso del aspecto consensual del arbitraje, pues aunque hay un contrato entre las partes y por lo tanto debería ser de orden consensual toda cláusula inserta en el, si el trabajador o el consumidor quieren obtener el trabajo o el producto, no tienen otra opción que aceptar el arbitraje impuesto como medio alternativo para resolver sus controversias.

No obstante ello, es muy posible que el consumidor pueda comprar ese producto por diferentes vías sin tener que pasar indefectiblemente por un contrato de adhesión conteniendo una cláusula arbitral. Así, un trabajador puede que tenga otras ofertas laborales, mejores o peores sin tener que aceptar la imposición de aceptar un tribunal arbitral determinado para resolver una posible controversia.

Lamentablemente, las posibles vías de escapes –magras, insuficientes- a la imposición al arbitraje expresadas en los párrafos precedentes, no tienen la misma solución en el deporte. En efecto, y para poner un deporte como ejemplo, en el fútbol un jugador no tiene opciones entre una competencia u otra, ya que para ejercer su profesión y trabajar como futbolista, indefectiblemente tiene que participar en un club el cual a su vez forma seguramente parte de una Asociación que recepta a la CRD y eventualmente al TAS como órganos de resolución de disputas.

Por lo tanto, un futbolista no podrá ejercer su profesión libremente y su libertad de trabajar se verá seriamente disminuida. Sabido es que el derecho a trabajar tiene raigambre constitucional y que no sucede lo mismo con las reglamentaciones emanadas de una Asociación Civil sin fines de lucro como es la FIFA, por lo cual, cabe preguntarse ¿esta reglamentación que obliga a un trabajador a someterse a un tribunal arbitral determinado, no es violatoria de la Constitución Nacional de la Republica Argentina?

En este orden de ideas y dentro del territorio europeo, se puede argumentar que la obligatoriedad impuesta a un jugador de futbol-trabajador de someter sus litigios al TAS esta en clara violación del derecho a acceder a un juzgado independiente e imparcial como garantiza el artículo 47 de la Carta de derechos fundamentales de la UE, violación del derecho a la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios garantizada por los Tratados Bilaterales UE-Suiza.⁵

Por otro lado, la propia UEFA y la FIFA se habían comprometido formalmente con la Comisión Europea a que los jugadores y los clubes tuvieran libertad para acudir a los tribunales ordinarios o a un tribunal arbitral, en este caso el TAS. Además, como los jueces belgas han dicho en los casos *Wickmayer Internacional/Malisse y Keiss*, “*el TAS no se puede considerar un tribunal independiente... porque las partes no designan al presidente del tribunal arbitral, sino que lo hace el presidente del TAS, que también es vicepresidente del COI, y que la decisión de los árbitros puede ser 'corregida' por el secretario general del TAS*”.

IV. Conclusiones.

Para finalizar, el consentimiento y la autonomía de la voluntad van de la mano y no existe una sin la otra. Ambos conceptos son la base del arbitraje al ser éste un procedimiento netamente privado definido en varias ocasiones como una “justicia privada”.

No deja de ser totalmente cierto que el consentimiento es la piedra fundamental del arbitraje y gracias a aquel el arbitraje existe como tal, por lo tanto, este “desinterés” por el consentimiento pone en desequilibrio nuestra concepción misma del derecho, ya que el carácter de este procedimiento arbitral derivado de estas cláusulas estatutarias es eminentemente no consensual.

Las partes no sólo pueden, sino que deben (si de conflictos del orden privado se trata) decidir quiénes y de qué forma van a entender sobre sus diferendos y excepto la ley, nadie (mucho menos una Asociación Civil sin fines de lucro) debiera obligar a aquellas a someter sus conflictos frente a determinadas personas u organismos y prohibirles otras vías de resolución.

⁵ Fuente http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/cdfue.t6.html#a47. CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la Ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

Por consiguiente, es importante resaltar una notoria diferencia entre la doctrina en materia de arbitraje y la práctica. Por lo cual: o el procedimiento bajo la égida del TAS respeta el consentimiento de las partes y en ese caso la doctrina arbitral no es acorde con aquel, o en su defecto el procedimiento de apelación del TAS no respeta el consentimiento y entonces se deberá buscar otro fundamento –arbitraje forzoso- que el históricamente aceptado en todo arbitraje como es la autonomía de la voluntad y el consentimiento de las partes.

Entiendo que las virtudes de un tribunal arbitral de la envergadura del TAS no deben cubrir sus defectos y no debe olvidarse que el arbitraje es en esencia “autonomía de la voluntad”. Por lo cual, cabría de parte de todos los organismos deportivos un verdadero sinceramiento en materia arbitral, o se asume que este tipo de procedimientos –arbitraje por apelación- no tiene nada que ver con el consentimiento y la autonomía de la voluntad y es un verdadero arbitraje forzoso que en el caso de las relaciones laborales viola de manera flagrante Constituciones y Tratados europeos o, por el contrario se asume la tarea de darle al consentimiento el lugar que se merece en un procedimiento arbitral.

El arbitraje nació como alternativa a la obligatoriedad al sometimiento a tribunales ordinarios, por lo cual, implementar mecanismos tendientes a hacer del arbitraje un procedimiento forzoso es, no solo desconocer las fuentes del arbitraje, sino a todas luces ir contra aquel.

Así, encontrar mecanismos idóneos o modificar los preexistentes para respetar el consentimiento y la autonomía de la voluntad para así brindar opciones a los deportistas debe ser una prioridad para los organismos deportivos que utilizan este tipo de procedimientos arbitrales.