



Roj: **SAP B 3824/2010 - ECLI:ES:APB:2010:3824**

Id Cendoj: **08019370132010100181**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **13**

Fecha: **06/04/2010**

Nº de Recurso: **476/2009**

Nº de Resolución: **216/2010**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FERNANDO UTRILLAS CARBONELL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 3824/2010,**
STS 229/2013

AUDIENCIA PROVINCIAL

DE BARCELONA

SECCIÓN TRECE

ROLLO Nº **476/2009-C**

JUICIO ORDINARIO Nº 33/2008

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 29 DE BARCELONA

SENTENCIA Nº 216

Ilmos. Sres.

D. JUAN BAUTISTA CREMADES MORANT

Dª. Mª ÁNGELS GOMIS MASQUÉ

D. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL

En la ciudad de Barcelona, a seis de abril de dos mil diez.

VISTOS, en grado de apelación, ante la Sección Trece de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 33/2008, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Barcelona, a instancia de F.C. BARCELONA, contra D. Valeriano ; los cuales penden ante esta Superioridad en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora y demandada contra la Sentencia dictada en los mismos el día 12 de Enero de 2009, por el/la Juez del expresado Juzgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la Sentencia apelada cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimar parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal del FÚTBOL CLUB BARCELONA contra D. Valeriano y CONDENAR al referido demandado a que abone a la actora: a) la suma de TREINTA MIL (30.000,-) Euros, en concepto de pago de la indemnización por extinción anticipada de contrato prevista en el contrato de jugador no profesional suscrito por las partes en fecha de 22 de abril de 2002, suma que el demandado tiene consignada ante Notario a disposición de la actora y b) en concepto de indemnización, por aplicación de cláusula penal contenida en el precontrato suscrito por las partes en fecha de 22 de abril de 2002, de la suma de QUINIENTOS MIL (500.000-) Euros. Todo ello imponiendo el pago de las costas causadas en esta litis a cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad".



SEGUNDO.- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora y demandada mediante su escrito motivado, dándose traslado a la contraria que se opuso; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Se señaló para votación y fallo el día 6 de Abril de 2010.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. FERNANDO UTRILLAS CARBONELL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Alega la parte demandada, como cuestión procesal previa, con fundamento en los artículos 459 y 465,3, en relación con el artículo 457,5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referidos a la infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, la vulneración del artículo 278, en relación con el artículo 461,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haberse admitido a trámite el escrito de la parte demandante de oposición a la apelación, e impugnación de la sentencia, sin haberse computado el plazo de diez días para la oposición desde el traslado del escrito a la apelada por el servicio de recepción de notificaciones del Colegio de Procuradores, sino desde la notificación de la providencia de admisión a trámite del recurso de apelación, y traslado a la apelada por diez días.

Centrada así la cuestión procesal previa discutida, es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2003;RJA 8087/2003 ,entre las más recientes) que la denuncia de la infracción de las normas procesales en la primera fase de la segunda instancia que se desarrolla ante el Juez "a quo" debe fundamentarse en los artículos 283,3 ° y 240,1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, siendo imprescindible que se haya producido indefensión material, es decir efectiva, pues no basta la indefensión formal. En este sentido, es doctrina constante y reiterada (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, de 26 de abril de 1999;RTC 63/1999, y Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2004; RJA 570/2004 ,entre las más recientes) que los requisitos formales no son valores autónomos, con sustantividad propia, sino que sólo sirven en la medida en que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima, por lo que su incumplimiento no presenta siempre igual valor obstativo, con independencia de la trascendencia práctica del mismo.

Antes al contrario, los requisitos formales han de examinarse teniendo en cuenta la finalidad que con ellos se pretende, para, de existir defectos, proceder a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas con la entidad real del defecto, pues debe existir proporcionalidad entre éste y aquéllas.

En concreto, en relación con los recursos es doctrina constitucional reiterada (SSTC 145/1986, 154/1987, 78/1998, 274/1993, y 190/1997) que el acceso a los recursos previstos por la ley integra el contenido propio del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24,1 de la Constitución, de modo que los requisitos para recurrir han de ser interpretados ponderando en cada caso las circunstancias concurrentes para evitar una mecánica aplicación de los mismos que los conviertan en un obstáculo formalista y desproporcionado en sus consecuencias en relación a su propia finalidad (SSTC 119/1994, 145/1998, y 226/1999).

En este sentido es igualmente doctrina constitucional reiterada (SSTC 37/1995 y 176/1997) que el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le da cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, de modo que el acceso a los recursos es un derecho prestacional de configuración legal, cuyo ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador, aunque el principio hermenéutico "pro actione" no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas fases del proceso, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión, que es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos.

En la actualidad, tras la reforma introducida por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su Exposición de Motivos, IX, párrafo cuarto, se dice que la finalidad de la nueva regulación de los actos de comunicación es que los litigantes, en su propio interés, asuman un papel más activo y eficaz, descargando de paso a los tribunales de un injustificado trabajo gestor, y sobre todo eliminando "tiempos muertos" que retrasan la tramitación. Así, se establece en el artículo 276 que, cuando las partes estuvieren representadas por procurador, cada uno de éstos debe dar traslado, con carácter previo, a los procuradores de las otras partes, de las copias de los escritos que presenten al tribunal, por medio de su entrega en el servicio de recepción de notificaciones del Colegio de Procuradores, añadiendo el artículo 278 que, cuando el acto del que se haya dado traslado en la forma establecida en el artículo 276 determine, según la ley, la apertura de un plazo para llevar a



cabo una actuación procesal, el plazo comenzará su curso sin intervención del tribunal, y deberá computarse desde el día siguiente al de la fecha que se haya hecho constar en las copias entregadas.

Ahora bien, en relación con el traslado del escrito de interposición del recurso de apelación a la parte apelada para oposición o impugnación, previsto en el artículo 461,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone el referido artículo, expresamente, que del escrito de interposición del recurso de apelación se dará "traslado" a las demás partes, "emplazándolas" por diez días para que presenten, ante el tribunal que dictó la resolución apelada, escrito de oposición o impugnación.

Es decir que el supuesto del artículo 461,1 no contempla un simple traslado de copias de escritos o documentos, a partir del cual deba computarse un plazo para llevar a cabo una actuación procesal, que es el supuesto contemplado por los artículos 276 y 278 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción de la Ley 4/2007, de 7 de diciembre, sino que por el contrario prevé, además del traslado, un emplazamiento para la presentación del escrito de oposición o impugnación, lo cual constituye un acto de comunicación que, de acuerdo con los artículos 149 y 152, se realiza por el Juzgado, bajo la dirección del Secretario Judicial y, en su caso, a través de Procurador.

En este sentido, es doctrina constitucional reiterada (SSTC 9/1981, 1/1983, 22/1987, y 72/1988) que los actos de comunicación procesal, por su acusada relación con la tutela judicial efectiva que como derecho fundamental garantiza el artículo 24 de la Constitución Española y, muy especialmente, con la indefensión que, en todo caso, proscribiera el citado precepto, no constituyen meros requisitos formales en la tramitación del proceso, sino exigencias inexcusables para garantizar a las partes o a quienes puedan serlo, la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Y en el mismo sentido el actual artículo 166,1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, proclama la nulidad de los actos de comunicación que no se practiquen con arreglo a lo dispuesto en la ley, y que puedan causar indefensión, nulidad que puede incluso ser apreciada de oficio en cualquier momento del proceso por ser las normas sobre actos de comunicación de derecho imperativo, o más todavía, de orden público, en cuanto su incumplimiento afecta al artículo 24 de la Constitución (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Octubre de 1994), de modo que, en caso de no declararse por el órgano judicial, puede dar lugar en amparo al restablecimiento del derecho de defensa garantizado en el artículo 24 de la Constitución, una vez comprobado que la omisión de los requisitos legales ha producido efectivamente la indefensión de quien la alega y que ello es debido no a su pasividad o negligencia, sino a la actuación del órgano judicial (SSTC 156/1985, 14/1987, 39/1987, 157/1987, y 155/1988).

En este caso, se acordó por providencia de 26 de febrero de 2009 la admisión a trámite del recurso de apelación de la parte demandada, y el traslado por diez días a la parte actora para oposición e impugnación, en su caso, habiéndose notificado la providencia el 2 de marzo de 2009 a la demandante, quien presentó su escrito de oposición e impugnación el 17 de marzo de 2009, dentro del término legal de los diez días, por lo que no es posible apreciar en este caso la pretendida infracción procesal denunciada, procediendo, en definitiva la desestimación de la alegación de la demandada de inadmisibilidad del escrito de oposición e impugnación de la demandante.

SEGUNDO.- Apela el demandado Sr. Valeriano el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia que, estimando parcialmente la demanda, le condena a pagar al demandante "Fútbol Club Barcelona" la cantidad de 500.000 € en concepto de indemnización, por aplicación de la cláusula penal contenida en el precontrato suscrito por las partes, en fecha 22 de abril de 2002, alegando el apelante la nulidad de la cláusula penal, por abusiva.

Centrada así la cuestión planteada por el demandado apelante, resulta de las alegaciones parcialmente conformes de las partes, y la prueba documental, que el demandado, cuando era menor de edad, estando representado por sus padres, concertó, conjuntamente, dos convenios con el "Fútbol Club Barcelona".

Por un lado, un contrato de jugador no profesional, de fecha 22 de abril de 2002 (doc 3 de la demanda), con una duración pactada del 1 de julio de 2002 al 30 de junio de 2010, y en el que se pactó la posibilidad de la rescisión del contrato por la voluntad del jugador de abandonar el Club, antes del vencimiento del contrato, mediante el pago de una indemnización de 30.000 €, que el demandado depositó notarialmente a disposición del demandante cuando optó por la rescisión unilateral del contrato mediante el Acta notarial de 23 de julio de 2007 (doc 6 de la demanda), habiéndose acordado la extinción, con esa fecha, del referido contrato, por Resolución de 5 de octubre de 2007 del Comité Jurisdiccional y de Conciliación de la Real Federación Española de Fútbol (doc 2 de la demanda), lo cual nadie discute, y no es objeto de la apelación.

Y, por otro lado, un precontrato de trabajo, de la misma fecha, de 22 de abril de 2002 (doc 4 de la demanda), suscrito entre las partes con la finalidad de asegurar los servicios del demandado como jugador profesional,



en el que las partes se obligaron a suscribir e iniciar la relación laboral, tan pronto como se materializara alguna de las situaciones previstas, entre la cuales se preveía, en todo caso, el término de la temporada en que el jugador cumpliera la edad de 18 años, acordándose en el pacto 5.3.2 las consecuencias de la no suscripción del contrato laboral por voluntad del trabajador, de modo que, "Si incumple para vincularse a otro Club: dicho incumplimiento, en beneficio de otra entidad competidora, genera un derecho indemnizatorio, de TRES MILLONES DE EUROS (3.000.000 €) actualizados con el Incremento de Precios al Consumo, en su conjunto nacional, desde el primer día del presente mes hasta el último día del mes anterior a la fecha del incumplimiento...".

Así las cosas, resulta de las alegaciones parcialmente conformes de las partes, la prueba documental, el interrogatorio del demandado, la declaración del testigo Sr. Ambrosio , representante del demandado, la declaración del testigo de la parte actora Sr. Arsenio , y la ausencia de prueba en contrario, que el demandado alcanzó la edad de 18 años en la temporada 2006/2007, el 2 de marzo de 2007; que, al término de la temporada, las partes iniciaron unas negociaciones para la suscripción del contrato de trabajo, sin que llegaran a un acuerdo, por la pretensión de la parte demandada de que el jugador se integrara en la próxima temporada en el Barça B, y no siguiera en el juvenil, lo cual no se le podía garantizar al jugador por depender de la decisión de los técnicos del club; que el demandante le remitió al demandado una comunicación, de fecha 17 de julio de 2007 (doc 5 de la demanda), manifestándole la voluntad de firmar el contrato profesional, citándole para el 31 de julio de 2007; que el demandado, a su vez, por medio del Acta notarial de 23 de julio de 2007 (doc 6 de la demanda), comunicó al actor su voluntad de rescindir la relación contractual; y que el demandado no suscribió el contrato de trabajo con el actor, sino que, a partir de la temporada 2007/2008, se integró en la plantilla del Juvenil A del "Real Club Deportivo Espanyol de Barcelona,S.A.D."

Igualmente es un hecho notorio, como tal no necesitado de especial prueba, de acuerdo con el artículo 281,4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que el demandado ha continuado desde entonces, y permanece en la actualidad, en la plantilla del "Real Club Deportivo Espanyol de Barcelona,S.A.D.", jugando en la actual temporada 2009/2010 en el primer equipo, de 1ª División.

Por lo tanto, resulta de lo actuado que las partes concertaron un precontrato con la finalidad de asegurar la celebración en el futuro de un contrato de trabajo, que se acompaña como anexo al precontrato, suscrito asimismo por ambas partes, con expresión de su objeto y de sus condiciones, pendiente únicamente de la determinación de su fecha y su duración, no habiendo llegado a constituirse la relación laboral, por no haber llegado a concertarse el contrato de trabajo previsto, por lo que es inaplicable en este caso el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la Relación Laboral Especial de los Deportistas Profesionales.

En este sentido, es doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2001;RJA 9917/2001) que la relación jurídica previa a la celebración del contrato laboral de los deportistas profesionales merece jurídicamente la denominación de precontrato, que tiene un contenido propio no confundible con el del que pudiera llegar a tener el contrato definitivo previsto en él, del cual sólo es antecedente hacia el futuro, y es en su concreta dimensión como ha de ser considerado, atendiendo a la cualidad del demandado, como no podía ser menos a la vista de lo prevenido en los artículos 1.1 y 2.1 d) del Estatuto de los Trabajadores , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en relación con el artículo 1.2 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio , dedicados solamente a los deportistas profesionales, de modo que la relación jurídica objeto del presente pleito queda fuera del ámbito laboral.

Igualmente resulta de lo actuado que, en este caso, se produjo el incumplimiento del precontrato, por la voluntad del demandado, y sin causa imputable al demandante que justificara la resolución por el demandado, quien rescindió unilateralmente el precontrato, y concertó un contrato de trabajo con otro club de fútbol, por lo que resulta plenamente aplicable la cláusula penal prevista en el pacto 5.3.2, según la cual el incumplimiento del demandado genera un derecho indemnizatorio para el demandante de 3.000.000 € actualizables.

Alega el demandado apelante la nulidad de la cláusula penal, por abusiva, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 12 de mayo de 2008 (RJA 2172/2009).

Sin embargo, en el supuesto que contempla la resolución citada por el apelante la controversia gira en torno a una cláusula indemnizatoria incluida en el contrato de trabajo de un deportista profesional con el club "Real Sociedad", en el que se pactó que el jugador podría rescindir el contrato unilateralmente, fijándose la suma de 30.050.605,22 € brutos para el supuesto de ejercer el trabajador su derecho a rescindir antes del tiempo pactado. Y la resolución citada confirma la sentencia de instancia que estima parcialmente la demanda que formuló el club "Real Sociedad" contra el jugador y el "Athletic Club de Bilbao", condenando al primero de los demandados citados al pago de la cantidad de 5.000.0000 € en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la extinción unilateral del contrato de trabajo que le unía con la demandante, y fijando la responsabilidad subsidiaria del segundo de los demandados por tal cantidad, en virtud de la cláusula de



rescisión que se contenía en el contrato de trabajo, por lo que en la sentencia invocada por el demandado apelante, si bien se rebaja la cantidad reclamada por abusiva, se acuerda fijar la indemnización en la cantidad de 5.000.000 €, que es una cantidad muy superior a la fijada en la cláusula de rescisión del precontrato que es objeto de los presentes autos, de 3.000.000 €.

Es cierto que, en este caso, se trata de una cláusula de rescisión de un precontrato referido a un jugador no profesional, menor de 18 años.

Pero es que, según resulta del informe de la Liga Nacional de Fútbol Profesional, de 12 de agosto de 2008(f.254), una cuantía semejante es normal en las cláusulas de rescisión que constan en los contratos y precontratos de jugadores menores de 18 años registrados en la liga nacional, habiendo registrados desde el 1 de enero de 2004, 28 contratos con cláusula de rescisión de 3.000.000 €, y otros 86 contratos o precontratos de menores de 18 años, con cláusulas de rescisión superiores, las más de 10.000.000 €.

En la propia sentencia invocada por el apelante se cita la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 2 de febrero de 2004(AS 1463/2004), la cual contempla una cláusula indemnizatoria incluida en el contrato profesional de un baloncestista, para las temporadas 2000/2001 y 2001/2002, en la que se acaba condenando al pago de la cantidad pactada, de 200.000.000 de pesetas, cantidad a la que se había llegado tras rebajar el representante del jugador los 500.000.000 de pesetas que el club pretendía incluir en el contrato, siendo así que es un hecho notorio que, al menos en Europa, las cantidades que mueve el baloncesto son muy inferiores a las cifras del fútbol.

Así, según la cuenta de resultados consolidada de la Liga Española 2007/2008 (La Vanguardia, 4/4/2010), el importe neto de la cifra de negocios en el fútbol español ascendió a 1.398 millones de euros, de los que una parte importante procede de los ingresos por retransmisiones y tv, y los de comercialización y publicidad; siendo los gastos más importantes los derivados del fichaje de jugadores, de los que son conocidos los 250 millones de euros gastados por el "Real Madrid" en la presente temporada, entre ellos los 96 millones de euros de Alfredo , o los 65 millones de euros invertidos por el "Fútbol Club Barcelona" en Eladio .

Y es que, para conocer si ha habido abuso, es necesario conocer cual es el uso, por la elemental razón jurídica de que las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, según el artículo 3,1 del Código Civil ; y de que los contratos igualmente deben ser interpretados según el uso o la costumbre, de acuerdo con el artículo 1287 del Código Civil .

Por lo que, en este pleito, el gran ausente para conocer la realidad de lo sucedido ha sido el actual empresario del demandado, el "Real Club Deportivo Espanyol de Barcelona,S.A.D.", que podría haber dado explicación de la actuación del demandado en relación con el incumplimiento del precontrato concertado con el "Fútbol Club Barcelona". Y es que es difícil creer que el demandado, con un sueldo de alrededor de 200 €/mes, en su condición de juvenil, y asesorado por su representante, se adentrara solo en un incumplimiento tan evidente, de una cláusula penal tan grave, y tan clara, como es la contenida en el pacto 5.3.2 del precontrato, sin la cobertura del nuevo club, siendo así que es posible entender que el demandado tuvo oportunidad de adquirir perfecto conocimiento de las consecuencias de su incumplimiento, atendido que el representante del demandado Sr. Ambrosio manifestó tener copia del contrato desde que asumió la representación del demandado, mucho antes de iniciar las negociaciones con el nuevo club.

En este sentido, igualmente, carece de interés la comparación, en la que insiste el apelante, del importe de la cláusula de rescisión pactada con el sueldo del jugador, por cuanto es evidente que un jugador no puede pagar una cláusula de rescisión con su sueldo, ni aún siendo una gran figura, ya que cuanto mayor es el sueldo del jugador, mayor es también su cláusula de rescisión. Por el contrario, la cláusula de rescisión está dirigida, no a los jugadores, sino a las entidades deportivas competidoras, para dificultar que se hagan con los servicios de los jugadores de otro club, por cuanto son los clubs de fútbol los que resultan ser los beneficiarios económicos de todo el complejo negocio jurídico deportivo, en el que los jugadores son una de las piezas, siendo los clubs los que pactan las cláusulas de rescisión de sus jugadores, y los que también pagan las cláusulas de rescisión de los jugadores ajenos que pretenden incorporar a su club.

Sin embargo, no se ha interesado la intervención del nuevo club del demandado en el proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que, según doctrina comúnmente admitida (Auto del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006), se refiere a la figura de la intervención adhesiva simple; tampoco se ha solicitado la citación como testigo de su legal representante, o de cualquier apoderado que interviniera en la contratación; no se ha aportado por el demandado ninguna documentación referida a su actual relación laboral como deportista profesional con su nuevo club; en la audiencia previa se inadmitió la prueba documental, solicitada por la actora, consistente en el requerimiento al demandado, y a su actual club, para que aportaran los documentos en los que apareciera formalizada su relación laboral; y en el acto del juicio



se vino declarando la impertinencia de las preguntas formuladas en los interrogatorios celebrados referidas a la relación laboral del demandado con el "Real Club Deportivo Espanyol de Barcelona,S.A.D."

No obstante lo anterior, el padre del demandado Sr. Valeriano , al declarar como testigo, llegó a declarar que desconocía la cláusula de rescisión pactada por su hijo con el nuevo club, siendo así que el testigo manifestó tener perfecto conocimiento del curso de las negociaciones y de los motivos por los que no se alcanzó un acuerdo con el actor. Y Don. Ambrosio , representante del demandado, llegó asimismo a responder a una pregunta referida al contenido de la cláusula de rescisión del actual contrato de trabajo del demandado, y lo hizo para responder que no lo recordaba, siendo así que el Sr. Ambrosio , quien se dedica profesionalmente a la actividad de representación de futbolistas; quien había sido citado como testigo para declarar precisamente sobre el único objeto discutido, que era el referido a la cláusula de rescisión litigiosa; quien en la segunda sesión del juicio oral justificó su inasistencia a la primera por encontrarse en Argentina desarrollando su actividad profesional; y quien negoció poco antes, en el año anterior al juicio, la incorporación del demandado al "Real Club Deportivo Espanyol de Barcelona,S.A.D.", no es creíble que ignorara el contenido de la cláusula de rescisión pactada en el contrato de su representado, que es evidente que es la cláusula más importante, por ser la de mayor cuantía económica, de cualquier contrato de un deportista profesional.

Por lo que, a partir del informe de la Liga Nacional de Fútbol Profesional, de 12 de agosto de 2008(f.254), en relación con las cuantías que son normales en las cláusulas de rescisión que constan en los contratos y precontratos de jugadores menores de 18 años, unido a las respuestas evasivas de los testigos, y a la ausencia de aportación por la parte demandada de la documentación referida a la cláusula de rescisión de su nuevo contrato, que actuaría, en su caso, como hecho positivo contrario, de mayor facilidad probatoria para el demandado, y por lo tanto a su cargo, de acuerdo con la norma general de distribución de la carga de la prueba del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , es posible alcanzar la conclusión presuntiva de que las condiciones de la rescisión pactadas con el nuevo club no se alejan cuantitativamente en exceso de las condiciones pactadas en el precontrato concertado con el "Fútbol Club Barcelona", ya que el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite asumir la certeza de un hecho, a partir de otro hecho admitido o probado, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, sin que, según doctrina comúnmente admitida (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2003;RJA 1568/2003 ,entre las más recientes),se exija que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción, sino ante los "facta concludentia" que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia, debiendo en todo caso estar sometida a la lógica la operación deductiva, por lo que, en este caso, debe entenderse que la cláusula de rescisión pactada es normal y usual, no pudiendo considerarse abusiva.

Alega también el demandado apelante la vulneración del artículo 35, 1 de la Constitución Española , que reconoce el derecho de todos los españoles el derecho al trabajo, y a la libre elección de profesión u oficio. Ahora bien, en este caso, debe tenerse en cuenta que en el precontrato, en el pacto 5, para el caso de que el jugador abandone la actividad deportiva, no vinculándose a otro club, no se prevé indemnización alguna para el "Fútbol Club Barcelona", de modo que no se impide al demandado la elección de cualquier profesión u oficio, y la indemnización se prevé únicamente para el supuesto de vincularse a otro club, en beneficio de otra entidad competidora, según es un hecho notorio que es habitual en cualquier contrato de servicios profesionales de empresa, en los que es normal la inclusión de cláusulas de blindaje, o de prohibición de competencia, durante la relación contractual, o a su término.

En este sentido, la ya citada Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 2 de febrero de 2004(AS 1463/2004), examina si se produce vulneración del artículo 35,1 de la Constitución Española en los contratos de deportistas profesionales, a través, no ya de la cláusula de rescisión, sino del "quantum" económico fijado en la misma, concluyendo que el establecimiento de esta cláusula en el contrato es fruto de la aplicación del artículo 16 del Real Decreto 1006/85 , que ofrece tal posibilidad, así como de las previsiones del artículo 1255 del Código Civil , en el que se permite que los contratantes establezcan los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público, consagrándose de este modo la libertad contractual, por lo que, cuando nos hallamos ante una cláusula resultado de la autonomía de la voluntad de las partes, la misma debe ser respetada por aplicación del principio "pacta sunt servanda" que consagra el artículo 1255 del Código Civil , sin que la validez y cumplimiento de la cláusula pueda dejarse al arbitrio de una de las partes, según establece el artículo 1256 del mismo texto legal .

Es cierto que, en este caso, puede estimarse probado que, en el momento de la suscripción del contrato, el 22 de abril de 2002, los padres del demandado, entonces menor de edad, actuaron sin asistencia jurídica, y sin representante legal, por no haber sido claramente probado, en estos autos, que el agente Sr. Paulino llegara a



ostentar la condición de representante del demandado. Ahora bien, igualmente resulta probado, por la prueba testifical, que desde años antes de la terminación de la temporada 2006/2007, el demandado tenía como representante al Sr. Ambrosio , quien se dedica profesionalmente a la representación de futbolistas, y quien disponía de copia del contrato y del precontrato suscritos, no habiéndose interesado en ningún momento por la parte demandada la nulidad del precontrato, por error o dolo, siendo así que, de acuerdo con el principio de conservación del negocio, recogido en preceptos dispersos del ordenamiento jurídico, como es el artículo 1284 del Código Civil , y acogido claramente por la doctrina (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de marzo de 1990;RJA 2302/1990, y Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1992;RJA 8594/1992),la nulidad contractual, únicamente podría estar basada en la existencia de vicios del consentimiento, por la concurrencia de error o dolo, exigiéndose en todo caso que pudiera ser apreciada una equivocación sustancial al contratar, la cual, en este caso, no ha sido denunciada por la parte demandada en los cuatro años posteriores a la suscripción del precontrato, dentro del plazo del artículo 1301 del Código Civil , pudiendo por el contrario entenderse producida la confirmación del precontrato por los actos posteriores de la parte demandada, en los términos del artículo 1313 del Código Civil , y por lo tanto libremente aceptado su contenido negocial, habiendo permanecido el demandado durante cinco temporadas en el "Fútbol Club Barcelona", desde la temporada 2002/2003 hasta la temporada 2006/2007, sin formular ninguna queja, objeción, o denuncia alguna por razón de la cláusula de rescisión incluida en el precontrato.

Por lo que, pudiendo entenderse que la cláusula fue libremente aceptada por ambas partes contratantes, y goza de plena licitud conforme al artículo 16 del RD 1006/85 , siguiendo con lo resuelto en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 2 de febrero de 2004(AS 1463/2004), difícilmente puede admitirse que la misma vulnera uno de los derechos reconocidos por el artículo 35 de la Constitución Española , dado que el derecho a la libre elección del trabajo que, aplicado al caso que nos ocupa, se traduciría en la libre elección de club, no está reñido con el respeto a la voluntad de los trabajadores en orden a orientar sus intereses personales y profesionales, renunciando a la perspectiva de cambio de club durante un determinado período de tiempo por otro tipo de conveniencias, siendo totalmente lícita la limitación voluntaria de esa voluntad con sujeción a las normas generales de la contratación, de ahí que deba rechazarse la alegación de vulneración del artículo 35,1 de la Constitución .

Alega además el demandado apelante la vulneración del artículo 166 del Código Civil por la renuncia por los padres a los derechos de su hijo durante su minoría de edad. Sin embargo, en este caso, no puede apreciarse que hubiera renuncia alguna de derechos. Sencillamente los padres, en la condición de titulares de la patria potestad sobre el hijo menor de edad, y siendo por lo tanto sus representantes legales, de acuerdo con el artículo 162 del Código Civil , concertaron el precontrato de 22 de abril de 2002, con la finalidad de asegurar la celebración del posterior contrato laboral de su hijo como jugador profesional, que habría de ser concertado por el demandado cuando alcanzara la mayoría de edad, y en el que habría de pactarse su duración, siendo por lo tanto el precontrato concertado por los padres en representación de su hijo menor de edad perfectamente válido y eficaz.

Alega además el demandado la existencia de abuso de derecho. Sin embargo, es doctrina constante y reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1985 , 14 de febrero de 1986 , 12 de noviembre de 1988 , 11 de mayo de 1991 , 5 de abril de 1993 , y 13 de febrero de 1995) que el abuso de derecho que proscribe el artículo 7,2 del Código Civil , ha de resultar claramente patentizado por la concurrencia de las circunstancias que lo configuran, es decir las subjetivas de intención de perjudicar o de falta de un interés serio y legítimo, y las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho y producción de un perjuicio injustificado.

En el presente caso no concurren ninguno de los mencionados requisitos, ya que es plenamente legítimo y serio, y en modo alguno excesivo o anormal, el interés jurídico de la demandante, en obtener la indemnización pactada en la cláusula penal para el caso de incumplimiento del demandado.

En los términos de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 2 de febrero de 2004(AS 1463/2004) el establecimiento de la cláusula de rescisión no tiene por finalidad la causación de un daño al jugador, sino la salvaguarda de los intereses deportivos y económicos del club empleador para el caso de extinción anticipada del contrato a instancia del jugador, sin causa imputable al club, motivo por el cual sólo podrá considerarse que el contenido económico de la cláusula es abusivo cuando, desde la perspectiva de los intereses del jugador, el "quantum" de la cláusula sea de tal magnitud que disuada a cualquier otro club de su intento de fichaje, impidiéndole el cambio de club, y actuando, en definitiva, como un derecho de retención del jugador por parte del club.

Sin embargo, en este caso, según lo expuesto, no puede considerarse como abusiva la cuantía indemnizatoria pactada, atendido además que, según resulta de lo actuado, la incorporación del demandado al club se produce con 13 años de edad; se mantiene en el club hasta los 18 años de edad; durante ese tiempo el club se hace cargo de sus gastos de alojamiento, manutención, educación, sanidad, y viajes del demandado y de sus padres, por



una cuantía global que oscila entre los 127.167'41 € de la documental (f.292), y los 270.000 € de lo declarado en el acto del juicio; durante este tiempo, asimismo, el demandado recibe la preparación propia de la cantera del "Fútbol Club Barcelona", cuyo mantenimiento supone un gasto considerable para el club, semejante a lo que pudiera ser una sección de investigación y desarrollo de una empresa protegida por las normas sobre propiedad industrial; que, es un hecho notorio, que el "Fútbol Club Barcelona" es uno de los mejores clubs de fútbol del mundo, ganador de seis copas la pasada temporada 2008/2009, y por cuya cantera han pasado, en los últimos años, varios de los mejores jugadores de fútbol del mundo; y que el demandado, durante el tiempo que permaneció en el club, tuvo una proyección profesional relevante, jugando en Europa con la selección nacional Sub-17, no habiendo vuelto a jugar posteriormente, después de abandonar el club.

Por lo que, atendido lo anterior, no puede decirse que nos hallemos ante una cuantía indemnizatoria desproporcionada, debiendo rechazarse el carácter abusivo de la misma, y por lo tanto la pretensión de nulidad de la cláusula penal pactada en el precontrato de trabajo, procediendo en definitiva la desestimación del motivo de la apelación del demandado.

TERCERO.- Subsidiariamente, apela el demandado solicitando la rebaja de la indemnización pactada, y que ya fue rebajada en la sentencia de primera instancia a la cantidad de 500.000 €, en función de la finalidad resarcitoria de la cláusula penal, atendidos los gastos acreditados, y el importe en el que, por sana crítica, se valoró la formación recibida por el demandado.

Opuesta por el demandado la posibilidad de moderación de la indemnización pactada es lo cierto que, no es aplicable en este caso el artículo 1103 del Código Civil, por cuanto no puede entenderse que haya habido dolo o culpa concurrente de parte del acreedor demandante, por no haber constancia de haberse producido el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de alguna de las obligaciones a su cargo, en relación de reciprocidad con la obligación a cargo del demandado.

Y en cuanto a la facultad de moderación del artículo 1154 del Código Civil, es lo cierto que la doctrina es contraria a la posibilidad de revisión de las penas que puedan entenderse excesivas, cuando el incumplimiento es total, admitiéndose el ejercicio de la facultad de moderación, en ocasiones, en aras de la equidad y orillando el posible enriquecimiento de una de las partes, únicamente, cuando el incumplimiento es parcial o irregular, ya que, según el tenor literal del artículo 1154 del Código Civil, sólo es posible el ejercicio de la facultad de moderación cuando la obligación principal hubiera sido "en parte o irregularmente cumplida" por el deudor (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1991 y 12 de febrero de 1993), dependiendo la facultad de moderación del cumplimiento parcial, no de la buena o mala fe del deudor, o de que la pena resulte desproporcionada o abusiva.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1997(RJA 8441/1997), aclara que la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil, se encuentra instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación, en comparación con el incumplimiento total para el que pudo ser estipulada la respectiva cláusula penal.

En este caso, se ha producido un incumplimiento total del demandado, por cuanto, para la temporada 2007/2008 ha contratado con el "Real Club Deportivo Espanyol de Barcelona,S.A.D.", y no ha contratado con el "Fútbol Club Barcelona", por lo que concurre plenamente el supuesto de incumplimiento previsto en el pacto 5.3.2 del precontrato de 22 de abril de 2002, el cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora, por así haberlo estipulado libremente las partes, por el mero y único hecho de la contratación con otro club, lo cual por sí solo, es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se haya instituida la facultad moderadora del repetido artículo 1154 del Código Civil .

En consecuencia, procede la desestimación del motivo, y por consiguiente la desestimación del recurso de apelación de la parte demandada.

CUARTO.- Apela, a su vez, el demandante "Fútbol Club Barcelona" solicitando la condena del demandado al pago de la cantidad acordada en el pacto 5.3.2 del precontrato de trabajo, de 22 de abril de 2002 (doc 4 de la demanda), según el cual, si el jugador incumpliera para vincularse a otro club, dicho incumplimiento, en beneficio de otra entidad competidora, generaría un derecho indemnizatorio, de 3.000.000 €, actualizados con el Incremento de Precios al Consumo, en su conjunto nacional.

Es cierto que la cláusula penal, según el artículo 1152 del Código Civil, cumple una función resarcitoria, o sustitutiva de la indemnización de los daños y perjuicios; y que, según doctrina comúnmente admitida (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1986, 8 de febrero de 1993, y 25 de noviembre de 1997 ; RJA 4711/1986, 690/1993, y 8400/1997), las cláusulas penales deben interpretarse con criterio restrictivo por tratarse en definitiva de una sanción penal, aunque sea convencionalmente establecida.



Sin embargo, en este caso, según lo expuesto, se ha producido un incumplimiento total del demandado, por cuanto, para la temporada 2007/2008, contrató con el "Real Club Deportivo Espanyol de Barcelona,S.A.D.", y no contrató con el "Fútbol Club Barcelona", por lo que concurre plenamente el supuesto de incumplimiento previsto en el pacto 5.3.2 del precontrato de 22 de abril de 2002.

Por lo tanto, habiéndose producido el incumplimiento total del demandado, de acuerdo con el principio general "pacta sunt servanda" y el de seguridad jurídica recogidos en los artículos 1091 y 1258 del Código Civil , no siendo posible, según lo expuesto en el fundamento anterior, la aplicación de la facultad moderadora de artículo 1154 del Código Civil , procede, en definitiva, la estimación del motivo de la apelación de la demandante.

En consecuencia, no habiéndose impugnado de contrario la liquidación de la actora en cuanto a la actualización con el Incremento de Precios al Consumo, en su conjunto nacional, procede fijar la indemnización a cargo del demandado en la cantidad de 3.489.000 €, coincidente con la reclamada en la demanda.

QUINTO.- La cantidad adeudada por el demandado por importe de 3.489.000 € devengará el interés legal desde la interpelación judicial, producida con la presentación de la demanda, con fecha 10 de enero de 2008, y hasta el completo pago, de acuerdo con los artículos 1100 , 1101 , y 1108 del Código Civil , y el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

SEXTO.- De acuerdo con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , siendo la resolución sustancialmente estimatoria de la demanda, procede, según es doctrina comúnmente admitida (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1997 , y 17 de julio de 2003 ; RJA 5845/1997 , y 4784/2003), acordar la imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada.

SÉPTIMO.- De acuerdo con el artículo 398,1, en relación con el artículo 394,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , siendo la resolución desestimatoria de la apelación de la parte demandada, procede imponer a la parte apelante las costas de su recurso.

De acuerdo con el artículo 398, 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , siendo la resolución estimatoria del recurso de apelación de la parte demandante, no procede hacer expresa imposición de las costas de su recurso.

FALLAMOS :

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación formulado por el demandado D. Valeriano , y ESTIMANDO el recurso de apelación de la demandante "Fútbol Club Barcelona", se REVOCA PARCIALMENTE la Sentencia de 12 de enero de 2009 dictada en los autos nº 33/08 del Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Barcelona , acordando la condena del demandado a pagar al actor la cantidad de TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL EUROS (3.489.000 €) en concepto de indemnización, por aplicación de la cláusula penal contenida en el precontrato de 22 de abril de 2002, más intereses legales desde el 10 de enero de 2008 y hasta el completo pago, manteniendo los demás pronunciamientos de la resolución recurrida, con imposición de las costas de la primera instancia, y de su recurso de apelación a la parte demandada, sin expresa imposición de las costas del recurso de apelación de la parte demandante.

Y firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En este día, y una vez firmada por todos los Magistrados que la han dictado, se da a la anterior sentencia la publicidad ordenada por la Constitución y las Leyes. DOY FE.