

En DONOSTIA - SAN SEBASTIAN, a Nueve de Marzo de Dos mil seis.

Vistos por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social nº 1, D. F. XAVIER GONZALEZ DE RIVERA SERRA, los presentes autos número SOC 601/05, seguidos a instancia de REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., contra D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA y ATHLETIC CLUB, S.A.D., sobre cantidad.

SENTENCIA Nº 128/06

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 19.08.05 correspondió a este Juzgado, por turno de reparto, la demanda suscrita por la mencionada parte actora, que se fundamentaba en los hechos que se describen detalladamente en el escrito presentado y se solicitaba que se dictase sentencia por la que se condenara a los demandados al pago de la cantidad de 30.050.605,22 euros, más revisiones, intereses e impuestos, aportando el justificante de la celebración del acto de conciliación preceptivo ante la Sección de Conciliación de la Delegación Territorial de Gipuzkoa del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social.

2º.- Se admitió a trámite la demanda y se señaló el día 04.11.05 para la celebración de los actos de conciliación y juicio. En fecha 20.10.05 el representante de D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA presentó escrito solicitando el aplazamiento del señalamiento a la espera de que se dictase sentencia por el TSJ del País Vasco, en el proceso por despido seguido por esta misma persona contra REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., a lo que se accedió por entender justificada la causa alegada. En fecha 10.01.06 esta misma parte demandada presentó escrito poniendo en conocimiento del juzgado que se había dictado sentencia por el TSJ, la cual ya era firme.

3º.- Se señaló el día 22.02.06 para la celebración de los actos de conciliación y juicio, si bien con carácter previo, la representación de la parte demandada Sr. ZUBIAURRE URRUTIA presentó escrito solicitando la práctica anticipada de una serie de pruebas documentales. Se admitió dicha diligencia probatoria, la parte demandante la cumplimentó y se dio traslado de los documentos aportados a la contraparte.

Por su parte la representación de la demandante presentó escrito aportando documentos y copia de DVD que quedaron unidas a los autos, y con posterioridad presentó escrito solicitando la práctica anticipada de unas pruebas documentales que fueron admitidas, requiriéndose a ATHLETIC CLUB, S.A.D., a fin de que aportara las mismas, lo cual cumplimentó la demandada a la vez que interponía recurso de reposición contra la Providencia dictada al efecto, que no fue admitido a trámite. De la documental

aportada se dio traslado a la contraparte.

Asimismo la defensa del Sr. ZUBIAURRE solicitó fuera citado a D. Miguel Angel Fuentes Azpiroz a fin de absolver posiciones en prueba de interrogatorio, lo cual fue admitido y se dispuso de conformidad.

Finalmente, por la persona que decía representar a ATHLETIC CLUB, S.A.D., se presentó escrito interesando la práctica de una serie de pruebas anticipadas sin acreditar su representación, motivo por el cual no se admitió dicha prueba ni tampoco el recurso de reposición contra dicha decisión.

4º.- Al acto del juicio comparecieron, por REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., D. Miguel Angel Fuentes Aizpiroz, asistido del Letrado D. Manuel Sendón Aranzamendi, por D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA, él mismo y asistido del Letrado D. Guillermo Alonso Olarra, y por ATHLETIC CLUB, S.A.D., D. Angel Cobeaga Imaz, asistido del Letrado D. Francisco Javier Rodríguez Gutierrez. Abierto el acto, la actora se ratificó en el escrito de demanda, modificando la cantidad reclamada y fijándola en 32.985.404,96 euros, y los demandados contestaron en los términos que constan en el acta de juicio levantada y soporte audio-video idóneo. Abierto el juicio a prueba se practicó documental, interrogatorio de todas las partes, testifical y medio de reproducción de palabra e imagen, excusando todas las partes su práctica al constar documentalmente su transcripción por escrito. En conclusiones las partes reiteraron sus peticiones y el juicio quedó visto para dictar sentencia.

HECHOS PROBADOS

Primero.- En fecha 01.07.04 D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA, nacido el 22.01.83, suscribió un contrato de trabajo de jugador profesional con REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., representado por D. José Luis Astiazaran Iriondo, en un modelo normalizado de la Real Federación Española de Fútbol y Liga Nacional de Fútbol Profesional, para la División Segunda B, con una duración de una temporada, esto es, desde el mismo día de la firma del contrato hasta el 30.06.05, fijándose como sueldo mensual la cantidad de 390,66 euros por 14 mensualidades, una prima de fichaje de 12.020,24 euros brutos, refiriéndose el mismo como cláusula adicional a un anexo. El contrato se firmó por el jugador, el Presidente y el Secretario, estando en blanco el apartado dedicado al Agente del jugador (folio 233).

Segundo.- El mismo día se suscribió por D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA y REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., esta vez representados por el Gerente D. Iñaki Otegui Arbelaiz y el Director Deportivo D. Roberto Olabe Aranzábal, un contrato por el que se pactaba que el jugador prestaría sus servicios bien en el segundo equipo (denominado Sanse), o en el primer equipo. En el mismo se estipulaba que finalizaría el

30.06.05, si bien el jugador concedía al club un derecho de opción de prórroga de una temporada más, debiendo comunicarse la decisión del club en tal sentido antes del 30 de junio también de 2005 (folios 234 al 237).

Tercero.- En el mismo contrato se establecían como condiciones económicas una prima de fichaje de 12.020,24 euros y una compensación por el derecho de opción otorgado a club de 12.020,24 euros, estableciéndose asimismo que la prima de fichaje para la temporada 2005/06, si el club ejercía su derecho de opción, sería de 36.060,73 euros, todas las cantidades son anuales (folios 234 al 237).

El resto de retribuciones pactadas eran las siguientes: 390,66 euros mensuales por catorce pagas o, si jugaba en la temporada 10 partidos oficiales con el primer equipo, el mismo sueldo que el resto de la plantilla; primas por partido convenidas entre el club y los jugadores; 60.101,21 euros, si jugaba en la temporada 2004/05 diez partidos oficiales, o 120.202,42 euros, si jugaba veinte partidos oficiales, cantidades que en la temporada 2005/06 ascendían a 72.121,45 euros y 144.242,91 euros, respectivamente (folios 234 al 237).

Cuarto.- La cláusula quinta del contrato en cuestión establece: *"A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 16 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, o disposición que lo sustituya o complemente, y en todo caso para la rescisión unilateral del presente contrato por voluntad del JUGADOR, se pacta expresamente de común acuerdo, conforme a las leyes vigentes y de buena fe, y como consecuencia de todas las contraprestaciones económicas pactadas en el presente contrato, así como por lo derechos de formación otorgados al mismo, como indemnización para el supuesto de resolución anticipada del presente contrato, la cantidad de 30.050.605,22 EUROS BRUTOS incrementada con los correspondientes impuestos o tasas. La citada cantidad que será actualizada temporada a temporada con respecto al IPC o índice que lo sustituya, se abonará de una sola vez en el acto de comunicación de la voluntad de rescisión, ya sea realizada ésta por el propio JUGADOR como por un tercero. Cualquier aplazamiento o demora en el pago desde la fecha de comunicación, cualquiera que sea la circunstancia o causa que se invoque, supondrá una penalización a abonar al CLUB de un 10% anual sobre la cantidad aplazada o demorada, calculándose la cantidad a abonar proporcionalmente según el tiempo aplazado o de demora hasta el total pago de la cantidad que resulte incluida la penalización anual pactada. A la cantidad a abonar se le deberán añadir los impuestos al tipo que corresponda, según lo legalmente establecido al momento de la comunicación de la rescisión."* (folios 234 al 237).

Quinto.- El día 12.05.05 D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA recibió en su domicilio una carta fechada el día 05.05.05, suscrita por D. José Luis Astiazaran Iriondo, en su condición de Presidente de REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D. y por el Gerente D. Iñaki Otegi, por la que le comunicaba que esta sociedad ejercía el derecho de prórroga para la temporada 2005/06 (folios 238 y 239).

Sexto.- La parte demandante reclama la cantidad de 30.050.605,22 euros, a lo que añade el incremento del 3,1 % del IPC transcurrido entre la fecha de celebración del contrato y la fecha de rescisión del mismo, es decir, una cantidad total de 30.982.173,98 euros, más intereses, a razón del 10 % anual desde la fecha de rescisión del contrato de trabajo hasta el día de la celebración del acto del juicio, que ascienden a 2.003.230.98 euros, por 236 días transcurridos, lo que hace que el total reclamado sea de 32.985.404,96 euros (folio 247).

Séptimo.- En fecha 21.07.00 D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA había suscrito un contrato con REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., representada por D. Luis Uranga Otaegui y D. Iñaki Otegui Arbelaiz, en calidad de Presidente y Gerente, respectivamente, para prestar el primero servicios como jugador de fútbol, bien en el equipo juvenil, en el segundo equipo (denominado Sanse) o en el primer equipo. La fecha de finalización del mismo era el 30.06.04, si bien se concedía al club un derecho de opción de prórroga de temporada a temporada, hasta un máximo de dos. Las primas de fichaje y compensación por opción variaban en cada temporada, siendo las correspondientes a la temporada 2003/04 de un millón de pesetas por cada concepto, y si REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., ejercía el derecho de opción de prórroga, se acordaba abonar al jugador en la temporada 2004/05, dos millones de pesetas en concepto de prima de fichaje y otros dos millones como compensación por opción. El sueldo mensual, catorce veces al año, era de 65.000 pts. La cláusula quinta del contrato estipulaba que la suma que debía abonar el jugador si se extinguía el contrato por la voluntad unilateral del mismo era de 5.000.000 pts., incrementada con el IPC anual a partir del año 2000 (folios 292 al 297).

Octavo.- La retribución de D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA correspondiente a la temporada 2004/05 debía ser de 5.469,24 euros de sueldo, 12.020,24 euros de prima de fichaje, 12.020,24 euros de prima de opción, 60.101,12 euros de prima de partidos jugados en el primer equipo, y 8.530,76 euros de equiparación del sueldo de los jugadores del primer equipo, lo que en total asciende a 98.141,60 euros (folio 305).

Noveno.- El jugador D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA ha estado vinculado a las categorías infantiles y juveniles del club REAL SOCIEDAD desde los 11 años. Ha sido convocado a la selección española en todas las categorías infantiles y juveniles (hecho puesto de manifiesto por la parte demandante y no contradicho por la defensa del jugador).

Décimo.- El 02.07.05 REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., hizo una transferencia de 86.681,69 euros a la cuenta de D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA, cantidad que correspondía al 50% de la ficha, complemento de sueldo del primer equipo, más de diez partidos en primera división y primas. La empresa adeudaba diversas cantidades por estos conceptos a los demás miembros de su plantilla, cantidades que hizo efectivas a finales del mes de Julio del 2.005, aproximadamente en las mismas fechas para todos los demás jugadores de la plantilla (hecho probado 11º de la sentencia

del Juzgado de lo Social nº 4).

Undécimo.- En el acta de la reunión del Consejo de Administración de REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., celebrado el 30.06.05 a las 13 horas, consta en el punto 3 de los asuntos tratados el siguiente tenor literal: *"Jugadores. Se da cuenta de las ofertas de venta que se han trasladado a este Consejo de Administración, que ascienden a un total de 12 millones de euros. Concretamente de los jugadores Mikel Arteta, Darko Kovacevic, Iban Zubiaurre (tenemos ofertas escritas) y Nihat Kahveci (tenemos los pre-acuerdos que quisieron modificar y que no admitimos), y por unanimidad se acuerda dar traslado al nuevo Consejo de Administración para que se adopte las decisiones que estime oportunas."* (folio 220)

Duodécimo.- En fecha 30.06.05 se celebró sobre las 19,30 horas la Asamblea Extraordinaria de accionistas de la empresa REAL SOCIEDAD DE FÚTBOL, S.A.D., resultando elegido un nuevo Consejo de Administración presidido por D. Miguel Angel Fuentes Azpirotz, el cual tomó posesión de su cargo el 01.07.05, comenzando a partir de esta fecha a ejercer sus funciones (hecho probado 8º de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4).

Décimo tercero.- En la rueda de prensa celebrada el día 01.07.05, estando presentes el Presidente de ATHLETIC CLUB, S.A.D., D. Fernando Lamikiz, el Coordinador de Lezama D. José Antonio Noriega Aldekoa y D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA, el primero manifestó que habían alcanzado un acuerdo verbal para jugar en este club durante 6 años, es decir hasta el año 2011, y que pretendía no abonar ninguna cantidad por una adquisición, sin que hubiera intervenido dicho club en las conversaciones entre el jugador o su representante con REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., si bien entendía que el día 01.07.05 el jugador ya estaba libre de la disciplina de este último club (hecho probado 9º de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4, grabación de la rueda de prensa del día en cuestión que obra en las actuaciones y de las informaciones periodísticas que obran incorporadas a las actuaciones).

Décimo cuarto.- El día 01.07.05 el presidente de REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., D. Miguel Angel Fuentes Azpirotz, tuvo una conversación telefónica con el presidente de ATHLETIC CLUB, S.A.D., D. Fernando Lamikiz, en la que el primero manifestó al segundo que D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA tenía un contrato en vigor hasta el 30.06.06, y el segundo le respondió que ATHLETIC CLUB, S.A.D., no había firmado ningún contrato con el Sr. ZUBIAURRE (hecho probado 10º de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4).

Décimo quinto.- Con anterioridad al día 01.07.05, D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA recibió la convocatoria para que el día 04.07.05 iniciara los entrenamientos en las instalaciones del club en Anoeta, presentándose ese día el jugador junto con su representante D. Angel Caballero Saiz, a las oficinas de Zubieta (interrogatorio del Sr. Fuentes y del hecho probado 12º de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4).

Décimo sexto.- El día 07.07.05 D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA recibió en su domicilio una carta fechada el día 06.07.05, suscrita por D. Miguel Angel Fuentes Aizpiroz, en su condición de Presidente de REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., por la que le reclamaba el abono de la cantidad señalada en la cláusula quinta del contrato de trabajo, en concepto de indemnización por la rescisión del contrato (folios 226 y 231).

Décimo séptimo.- En fecha 10.08.05 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº 4 de Donostia – San Sebastián, en el procedimiento seguido en reclamación por despido por D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA contra REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., en autos 553/05, cuyo fallo declaraba: *"Que desestimo la demanda, declaro que no existe el despido que denuncia D. Iván Zubiaurre Urrutia el 7 de Julio del 2005, sino la rescisión del contrato de trabajo que mantenía D. Iván Zubiaurre con la empresa "Real Sociedad de Fútbol, S.A.D" por voluntad unilateral de D. Iván Zubiaurre Urrutia, hecho que se produjo el 1 de Julio del 2005, debiendo las partes pasar por esta declaración; y absuelvo a la empresa "Real Sociedad de Fútbol, S.A.D" de los pedimentos de la demanda."* (folios 264 a 276).

Décimo octavo.- La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el recurso de suplicación nº 2708/05, interpuesto por la representación de D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA contra la sentencia del Juzgado de lo Social, dictó sentencia en fecha 20.12.05, que desestimaba el recurso interpuesto y confirmaba el pronunciamiento de instancia (folios 77 a 87). Esta sentencia adquirió firmeza por no haberse interpuesto recurso contra la misma (folios 48 y 49).

Décimo noveno.- La posición habitual ocupada por el Sr. ZUBIAURRE es la de defensa, lateral derecho, y en la temporada 2004/05 ha jugado 14 partidos con el primer equipo en la 1ª división (folio 307).

Vigésimo.- En declaraciones a la prensa, el Presidente del ATHLETIC CLUB, S.A.D., ha manifestado que si la temporada 2005/06 D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA no puede incorporarse a las filas del club, esperarían un año, pero que la intención era contratarle (de las informaciones periodísticas que obran incorporadas a las actuaciones).

Vigésimo primero.- Un club de 1ª división de fútbol sin determinar y el equipo Cultural de Durango han solicitado autorización a REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., éste último como aficionado, para que pudiera jugar D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA, sin que hayan sido autorizados para ello, ya que, en ese caso deberían hacerse cargo de la cláusula de rescisión (testifical del Sr. Caballero e interrogatorio del Sr. Fuentes).

Vigésimo segundo.- No consta que D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA haya firmado contrato alguno con el ATHLETIC CLUB, S.A.D., y cuando se presentó oficialmente la plantilla de este Club para la temporada 2.005/06, lo que ocurrió en las

instalaciones de Lezama el 11.07.05, no fue presentado como jugador (hecho probado 15º de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 y constatado a partir de las manifestaciones de las partes efectuadas en el acto del juicio).

Vigésimo tercero.- Todos los jugadores, menos uno, que tienen contrato de trabajo suscrito para jugar en el equipo filial de REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., llamado Sanse, tienen exactamente la misma cláusula de rescisión por importe de 30.050.605,22 euros sin que conste la duración del contrato. Constan 4 jugadores del primer equipo que tienen una cláusula de rescisión inferior a la de D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA (documentos aportados por la parte demandante y obran incorporados a las actuaciones).

Vigésimo cuarto.- Se ha intentado la conciliación previa ante la Sección de Conciliación de la Delegación Territorial de Gipuzkoa del Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social en fecha 29.07.05, asistiendo todas las partes y finalizando con el resultado de Sin Avenencia (folio 9).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Medios de prueba que se han tenido en cuenta para la constatación de los hechos declarados probados y objeto del debate.

A tenor de lo previsto en el artículo 97.2 LPL es misión del juzgador concretar los medios de prueba que se han tenido en cuenta para fijar los hechos probados, así como los razonamientos que se han llevado a cabo en caso de discrepancia entre las partes sobre los puntos de hecho en los que se basa el litigio, y finalmente señalar el objeto del debate.

En el presente caso, los medios de prueba que se han tenido en cuenta para establecer los hechos probados se hacen constar en cada ordinal, utilizando el criterio de valoración crítica e imparcial de la prueba practicada.

El objeto del debate se centra en determinar, en primer lugar, los efectos de la cláusula quinta del contrato de trabajo suscrito entre D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA y REAL SOCIEDAD DE FUTBOL S.A.D., donde se establece la cantidad que deberá pagar el jugador en caso de rescisión contractual *ante tempus* por parte del mismo. Al respecto, las partes litigantes con carácter principal, es decir D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA y REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., han mantenido los criterios que vamos a resumir a continuación. La parte demandante ha defendido en todo momento que pura y simplemente procede la condena íntegra, más intereses, por la cantidad pactada en el contrato, fundamentándolo en la libertad de contratación y amparada su postura en la doctrina existente de Tribunales Superiores de Justicia; y la defensa del jugador

demandado denuncia lo abusivo de la cuantía pactada en cláusula, lo que la convertiría en nula, y que ante la ausencia de la misma no debería abonar importe alguno, o en cualquier caso, si se considera válida la cláusula, la cuantía debe ser moderada en sede judicial atendiendo a determinados factores, entre los que se encuentra el deber de mitigar el daño por parte del acreedor. Pues bien, en estos términos deberá resolver este juzgador.

En segundo lugar, caso de que se fije por el juzgador cantidad a pagar por el juzgador, procede analizar si existe en el presente caso responsabilidad subsidiaria por parte de ATHLETIC CLUB, S.A.D.

SEGUNDO.- Naturaleza jurídica de la cláusula de rescisión.

Antes de decidir sobre la validez o no de la cláusula de rescisión es preciso determinar la naturaleza jurídica de este tipo de cláusulas incorporadas en los contratos de trabajo de los deportistas profesionales, planteándose a nivel doctrinal una discusión no resuelta aún de forma pacífica, hasta el punto que mientras el sector mayoritario de la doctrina la califica como una cláusula penal o pena convencional, otro sector de la doctrina, que cuenta con el apoyo de las sentencias de dos Tribunales Superiores de Justicia, de Galicia, cuyo criterio queda reflejado en la sentencia de fecha 22.03.99 (rec. 139/99), y de Catalunya, expresada en la resolución de fecha 02.02.04 (rec. 323/02), la califica como una cláusula convencional o pacto indemnizatorio.

Que participe de una naturaleza u otra, en principio, tiene gran trascendencia en orden a determinar los efectos de la misma, así como la aplicabilidad, vigencia o eficacia, de lo que se pactó entre el jugador D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA y REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., y decimos en principio porque, como se verá, la solución puede ser finalmente la misma tanto si se admite que es una cláusula penal, como si se trata de una cláusula convencional, ya que, en definitiva procederá valorar la situación atendiendo las circunstancias concurrentes en este caso.

Hemos de partir de la base que la relación laboral especial de deportistas profesionales (art. 2.1.d del Estatuto de los Trabajadores) no es más, ni menos, que una relación laboral que por sus determinadas características en la ejecución de la prestación laboral y debido a las condiciones personales del trabajador, se considera especial, quedando fuera de la regulación estatutaria ordinaria y difiriéndola a una disposición reglamentaria (disposición adicional primera Ley 32/1984, que modificaba la Ley 8/80 del Estatuto de los Trabajadores), respetando, eso sí, los derechos reconocidos por la Constitución. En aplicación de esta previsión se dictó primero el RD 318/1981 y después el RD 1006/1985, que es el vigente en este momento, y donde se establece en el artículo 1.2 que: "*Son deportistas profesionales quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución*". A continuación, el artículo 7.1 establece cuál es el objeto principal al

que está obligado el trabajador: *"El deportista profesional está obligado a realizar la actividad deportiva para la que se le contrató en las fechas señaladas, aplicando la diligencia específica que corresponda a sus personales condiciones físicas y técnicas, y de acuerdo con las reglas del juego aplicables y las instrucciones de los representantes del club o entidad deportiva"*.

La realización de la actividad deportiva con diligencia y en condiciones físicas y técnicas suficientes es lo que constituye la obligación principal del contrato de trabajo, a lo que debemos añadir, en los términos pactados y durante el período de vigencia que se haya establecido. La cuestión surge si por parte del deportista se contraviene el tenor de dicha obligación principal y se decide extinguir *ad nutum* el contrato de trabajo, pues a partir de esta situación es cuando se plantea la discusión sobre los efectos de la rescisión contractual unilateral en tanto que *"la extinción del contrato profesional, sin causa imputable al club, dará a éste derecho, en su caso, a una indemnización que en ausencia de pacto al respecto fijará la Jurisdicción Laboral en función de las circunstancias de orden deportivo, perjuicio que se haya causado a la entidad, motivos de ruptura y demás elementos que el juzgador considere estimable"* (art. 16.1 RD 1006/1985).

En el presente caso se fijó tal indemnización y por tanto no es de aplicación, de momento, la previsión en torno a la ausencia de pacto y la necesidad de que se fije por este orden jurisdiccional. Pacto o cláusula que será objeto de estudio a continuación.

Empecemos por el estudio de la cláusula como una pena, o cláusula penal. Según la jurisprudencia ésta es un pacto que se incorpora a la obligación principal que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de dicha obligación contractual, a la vez que valora anticipadamente los perjuicios que dicho incumplimiento pueda ocasionar al acreedor, de tal forma que quedaría exonerado dicho acreedor de demostrar la cuantía de los daños y perjuicios sufridos.

En el caso que nos ocupa no cabe absolutamente ningún tipo de duda (sentencia del procedimiento por despido) que mientras D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA tenía contrato de trabajo en vigor con la REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., aquél extinguió el contrato por voluntad propia y por causa no imputable a la entidad empleadora, sin que tal rescisión *ante tempus* pueda quedar condicionada ni impedida, como no lo ha sido efectivamente, por el hecho de que el club se sintiera perjudicado en sus intereses, de forma que una vez roto el vínculo, no es factible que la entidad deportiva pueda reclamarle el cumplimiento de la obligación principal --la práctica de la actividad deportiva-. No estamos pues, en estos casos, ante un supuesto en el que se condiciona la resolución del contrato al pago de la cuantía fijada en la cláusula, sino que aquélla opera de forma inmediata, recuperando en ese momento el jugador su "libertad", y en tal sentido la posibilidad de contratar sus servicios con otro club, pero siempre con el condicionante que "en su caso" le sean reclamados por la empresa el importe de los daños y perjuicios fijados en el contrato como contraprestación a la decisión libremente tomada. Esta entidad puede reclamar la cuantía íntegra, sin que tenga necesidad de demostrar el

daño sufrido y los perjuicios que le irroga la pérdida del deportista, o mejor dicho, el cese anticipado del mismo.

Ahora bien, se discute en este caso que el importe de la cláusula es de un importe excesivamente elevado en relación a las condiciones particulares del jugador (sueldo, tiempo de contrato, posición en la que juega, etc.). Este planteamiento en principio es admisible en tanto que el artículo 7.2 del Código Civil establece que *"la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo"*, y por tanto, pese a la regulación legal y convencional de este tipo de cláusulas, es posible sea declarada nula por constituir un claro abuso de derecho por el empleador. Y en caso de que no se entienda así, es posible incluso moderarla en su cuantía por mor de lo dispuesto en el artículo 1154 del Código Civil (*"El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor"*), para lo cual deberá establecerse si ha existido ese cumplimiento parcial de la obligación principal, partiendo de que, primero, la cláusula es válida, segundo, que la cuantía se fija al inicio de la relación laboral, es decir, sin tener en cuenta ni el supuesto rendimiento deportivo del jugador ni de las circunstancias que pudieran rodear la rescisión, y finalmente, de las circunstancias propias del contrato de trabajo en cuanto a retribuciones y duración temporal relativamente corta, ya que inicialmente era de un año, aunque con la opción a un segundo año, como así ha sido.

Por el carácter de cláusula penal se inclina la jurisprudencia al estudiar los pactos de permanencia regulados en el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores, figura muy próxima a la que ahora se está estudiando, la cual señala que las partes al introducir este tipo de cláusulas *"de manera implícita las partes, al redactarlo en los términos en que lo hicieron, se acogieron a la modalidad de las obligaciones con cláusula penal reguladas en los arts. 1152 al 1155 del Código Civil, que así lo permiten"*.(STS 26.06.01 –Sala General-, Ar. 7795).

De todas formas, es preciso determinar previamente si dicha cláusula constituye un abuso de derecho, en cuyo caso será nula. En este punto debemos retomar la cuestión que hemos planteado al inicio respecto a la naturaleza jurídica de la cláusula de rescisión, puesto que los razonamientos que sobre esta naturaleza se harán, considerándola como un pacto indemnizatorio o cláusula convencional, nos llevarán inevitablemente al mismo punto donde hemos dejado el análisis, es decir, en el estudio del carácter abusivo de la cláusula.

Decíamos que parte de la doctrina defiende que la cláusula de rescisión es parte integrante del contrato, en tanto que si la ruptura del contrato se produce por voluntad unilateral del deportista y sin causa justificada, éste ya sabe a qué atenerse, en aplicación del principio *"pacta sunt servanda"*. La licitud de esta cláusula deriva del artículo 1255 del Código Civil cuando prevé que *"los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público"* y de la propia situación que se produce, ya que

no estamos ante un incumplimiento contractual o simplemente un cumplimiento defectuoso, sino que es el propio ejercicio de un derecho laboral y constitucional materializado en la voluntad del deportista de rescindir el contrato, siendo contradictorio que en el mismo contrato se establezca una cláusula cuya finalidad es forzar el cumplimiento de la obligación de trabajar e impedir el derecho al desistimiento, penalizando el ejercicio de este derecho, como exponente de la libertad de trabajar consagrado en el artículo 35 de la Constitución.

Ahora bien, este mismo sector doctrinal razona que cuando la cláusula pactada es lo suficientemente elevada como para poner en peligro su efectiva aplicación, ésta deviene nula por ser abusiva, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores (*"Si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número uno del artículo tercero de esta Ley"*), el cual es aplicable a esta regulación especial en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 del RD 1006/1985 al establecer como derecho supletorio el propio Estatuto de los Trabajadores.

Es por ello que, sea cual sea la naturaleza jurídica de la cláusula en cuestión, si se declara nula por abusiva, al no existir pacto sobre el particular, emerge con toda rotundidad lo que el propio art. 16.1 RD 1006/85 dispone, en el sentido que la cuantificación de los daños y perjuicios se realizará por los tribunales del orden jurisdiccional social.

Por último, como decíamos antes, si estamos ante una cláusula penal y la misma no es abusiva, con lo que tendría plena validez, el artículo 1154 del Código Civil faculta al Juez la posibilidad de modificar equitativamente la pena cuando la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida. Esta facultad moderadora otorgada a los Tribunales, toma como premisa el que la obligación se haya cumplido en parte, ya que sin ello no es posible aplicar la norma antedicha.

TERCERO.- Función que cumple la cláusula de rescisión.

Antes de analizar si en el presente caso estamos o no ante una cláusula abusiva necesitamos reflexionar sobre la función que cumplen las cláusulas de rescisión, ya que ello nos puede ofrecer elementos para decidir precisamente sobre su carácter abusivo, o en su caso, sobre el importe de la indemnización que podría fijarse a favor de la entidad deportiva que reclama amparo judicial por los perjuicios sufridos con el cese voluntario, unilateral y sin causa, del jugador.

Con la suscripción de las cláusulas de rescisión las entidades deportivas cubren y se aseguran contra operaciones que podrían llegar a desmantelar un equipo, y para evitar que las expectativas que genera la "inversión" en nuevos valores o en la propia "cantera"

(que con esmero y esfuerzo realizan unos clubes que no tienen los recursos económicos de otros), se vean frustradas cuando estos deportistas alcanzan un nivel aceptable y competitivo, y al no poder pagarles fichas muy elevadas, se vayan a otros equipos con un potencial mediático y económico superior. Esto es lo que podríamos denominar ahorrar de aquí y gastar allí, o viceversa, de tal suerte que la política de fichajes y retribuciones de un club no es posible que se valore individualizadamente, jugador por jugador, sino como un todo, donde es preciso nivelar unos gastos en relación con unos ingresos, que van a provenir tanto de las cuotas de socios, como de las ventas de productos, de la explotación de los derechos de imagen, del traspaso o cesión temporal de jugadores, o como, por qué no decirlo y reconocerlo, de la "venta" de jugadores, y para ello las juntas directivas o los equipos técnicos harán sus previsiones de contratación pero siempre dentro del orden que supone el mantenimiento de un presupuesto que no genere grandes pérdidas (o al menos que sean soportables y no excesivas). En esa política de contrataciones se valorarán sin duda las circunstancias concretas de cada jugador y la posición que ocupa en el campo, lo cual tendrá su reflejo en la política retributiva -- sueldos e incentivos-, pero siempre tendrá el límite presupuestario correspondiente. En otras palabras, en las circunstancias deportivas que debe valorar el juzgador, a que se refiere el apartado 1 del artículo 16 del RD, deberán incluirse aspectos tales como el potencial económico del club y la política global de fichajes, teniendo en cuenta, eso sí, que cuando observamos el mercado del fútbol profesional en concreto, se superan en mucho los parámetros de la lógica del mercado laboral ordinario, precisamente porque es un deporte de masas, donde lo que la afición demanda a sus clubes son los resultados por encima de otras consideraciones tales como formación, la implicación en un proyecto, etc., sin que al socio le importe en demasía lo que cobra uno u otro jugador, ya que lo importante es el rendimiento que de ellos se obtiene.

Se plantea así si la cláusula de rescisión suscrita por D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA, constituye una limitación al ejercicio efectivo de su derecho de trabajar (artículo 35 de la Constitución). Diremos en primer lugar que, en general, las cláusulas suscritas por los jugadores profesionales en virtud de lo dispuesto en el artículo 16.1 del RD 1006/85, no limitan de forma alguna el derecho constitucional señalado, sino que, en su caso, le imponen una restricción fundamentada en el carácter especial de la relación contractual y en la adecuada conciliación de los intereses en conflicto. En otras palabras, el análisis no puede partir de la constatación de una limitación a la libertad de elección de profesión u oficio, sino de la existencia de la moderación de esa libertad, pero con las consecuencias y responsabilidades que de su actuación se derivan, ya que la promoción personal y profesional no es ilimitada o absoluta. Si se aceptara la tesis de que limita el derecho constitucional al trabajo y por ello las mismas son nulas, deberíamos hacer lo propio con los pactos de permanencia, de exclusividad o de no competencia una vez finalizada la relación laboral que el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores prevé, y cuando, como sabemos, ha sido declarado ajustado a derecho.

CUARTO.- Examen de la cláusula de rescisión suscrita entre D. IVAN

ZUBIAURRE URRUTIA y REAL SOCIEDAD DE FÚTBOL, S.A.D.

A los efectos que aquí interesan resumamos la situación:

1º.- D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA ha sido jugador de la REAL SOCIEDAD DE FÚTBOL, S.A.D., desde los 11 años, siendo convocado por la selección española de fútbol en diversas ocasiones, siempre en las categorías infantiles y juveniles.

2º.- Cuando tenía 17 años suscribió un contrato de trabajo con REAL SOCIEDAD DE FÚTBOL, S.A.D., por un período de 4 años, para jugar en la categoría juvenil, con posibilidad de prestar sus servicios en el segundo equipo del club, llamado Sanse, que milita en Segunda División B, estando previsto asimismo que pudiera jugar en el primer equipo, lo cual no hizo nunca durante la vigencia de este contrato.

3º.- El día 01.07.04 suscribió un contrato de trabajo de un año, esto es, durante la temporada 2004/2005, para jugar en el equipo Sanse de Segunda División B, si bien jugó con el primer equipo, en Primera División, en 14 partidos oficiales.

4º.- La retribución mensual pactada era de 390,66 euros por 14, y además se pactaron una serie de condiciones económicas referidas a primas y complementos de sueldo si se cumplían determinadas circunstancias, así como la posibilidad de que el club optara por ampliar una temporada más el contrato de trabajo a cambio de una retribución específica.

5º.- Lo que realmente percibió, o debía percibir, durante esta temporada fue de 98.141,60 euros.

6º.- REAL SOCIEDAD DE FÚTBOL, S.A.D., ejerció la opción para que siguiera prestando servicios durante la temporada 2005/2006, quedando ligado el jugador a la disciplina del club, debiendo percibir 36.060,73 euros de ficha, 72.121,45 euros si jugaba 10 partidos oficiales y 144.242,91 euros si jugaba 20, con lo que la retribución final, caso de seguir la misma línea que la temporada anterior, hubiera ascendido a más de 120 mil euros.

7º.- Al día siguiente de dar por extinguido el contrato, REAL SOCIEDAD DE FÚTBOL, S.A.D. transfirió a D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA las cantidades adeudadas correspondientes a la temporada anterior, si bien abonó las retribuciones que debía al resto de jugadores a finales del mes de julio de 2005.

8º.- En la última reunión del Consejo de Administración, anterior a las elecciones celebradas el mismo día, celebrada el 30.06.05, se dio cuenta que había ofertas por escrito para la adquisición de los servicios de D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA.

9º.- El día 01.07.05 el ATHLETIC CLUB, S.A.D., de Bilbao, presentó a D. IVAN

ZUBIAURRE URRUTIA como nuevo jugador de ese club, manifestando además en otras comparecencias ante la prensa de los responsables del club que no pensaban abonar cantidad de dinero alguna y que a partir del día 01.07.06 sería jugador del ATHLETIC CLUB, S.A.D.

10º.- Desde que rescindió el contrato de trabajo con REAL SOCIEDAD DE FÚTBOL, S.A.D., D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA no ha sido fichado por ningún equipo, ni tampoco se le ha permitido jugar como aficionado o amateur.

11º.- La cantidad establecida en la cláusula de rescisión, suscrita el día 01.07.04, era de 30.050.605,22 euros, la cual se establecía *"como consecuencia de todas las contraprestaciones económicas pactadas en el presente contrato, así como por los derechos de formación otorgados al mismo"*.

12º.- Las cláusulas de rescisión del resto de jugadores de la misma sociedad anónima deportiva donde prestaba servicios el demandado son idénticas en cuanto a los jugadores contratados para el segundo equipo, siendo las del primer equipo muy superiores a las del demandante, ocurriendo lo mismo con el salario fijado en estos casos.

13º.- En cambio, las mismas cláusulas referidas al ATHLETIC CLUB, S.A.D., son muy inferiores, pero su sueldo mensual es a todas luces superior.

Con estos antecedentes no podemos sino concluir que **la cláusula** en cuestión es **abusiva**. Esta conclusión, como ya habíamos anticipado, se llega tanto a través de considerarla como una pena convencional o cláusula penal, como si se trata de un pacto indemnizatorio, dinero de arrepentimiento.

Varios argumentos avalan esta apreciación. En primer lugar hemos de tener en cuenta el momento en que se suscribe la cláusula, esto es, cuando se suscribe el contrato de trabajo y no en otro posterior, como perfectamente se pudiera haber hecho (cuando empezó a jugar con el primer equipo, cuando se optó por prorrogar el contrato, etc.), habida cuenta que la norma (art. 16.1 RD 1006/85) no impone que se haga junto con el contrato. A este respecto, este juzgador no alberga duda alguna sobre la intención del club ya desde el principio, o al menos a esta conclusión se ha llegado a partir del material probatorio que todas las partes han aportado al proceso: prorrogar el contrato de trabajo por si se recibían ofertas de otras entidades —aquí las hubo y por escrito-, y de esta forma poder negociar con las mismas el traspaso, o mejor dicho, la "venta" del jugador, desde la posición de fuerza que da una cláusula de rescisión tan elevada.

En segundo lugar, es evidente que en aquel momento no podía pasar por la cabeza de nadie que un jugador de 22 años, por muy bueno que fuera, en la posición natural de lateral derecho que hipotéticamente ocupa en el campo pudiera pagar una cláusula de más de 30 millones de euros. Ni pasaba por la cabeza, por imposible, del propio jugador, ni de otro club que estuviera interesado en sus servicios, ya que estas cantidades es notorio que

solamente se han pagado por las grandes estrellas. Pero es que además, el obligado a pagar el importe establecido en la cláusula es el jugador, con lo que se está aplicando en la práctica una situación similar al derecho de retención de los clubes y entidades deportivas, lo que contraviene de forma flagrante el derecho constitucional al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio y a la promoción a través del trabajo (art. 35 de la Constitución).

En este mismo sentido, aún cuando este juzgador estime que doctrinalmente es más coherente la posición que considera la cláusula de rescisión como una cláusula penal, la doctrina de suplicación existente en esta materia concreta (sentencias de los TSJ de Galicia —sentencia de 22.03.99- y de Catalunya —sentencia de 02.02.04-), considera que tiene naturaleza exclusivamente contractual y por tanto habrá que estar a lo pactado por las partes. Esta doctrina realmente es contradictoria con lo que la jurisprudencia ha interpretado respecto al pacto de permanencia del artículo 21.4 del Estatuto de los Trabajadores, referente legal más próximo a la previsión del artículo 16 del RD 1006/1985, ya que se considera que aquel tiene la naturaleza jurídica de una cláusula penal (STS 26.06.01, Ar. 7795). Ahora bien, con independencia de tal consideración doctrinal no quiere decir que sus argumentos no aporten al presente debate un material inestimable en orden a determinar cuándo nos encontramos ante un abuso de derecho. Señala dicha doctrina que estamos ante un abuso de derecho cuando la cantidad pactada como indemnización sea tan elevada que frustre las posibilidades de promoción profesional y económica del deportista ya que imposibilita a cualquier club o entidad deportiva intentar hacerse con sus servicios y obligar al deportista a permanecer en el club de origen, convirtiéndose así, de facto, en un derecho de retención.

Además de todo lo dicho, la circunstancia que exista la más completa identidad, en cuanto a su importe, entre todas las cláusulas de rescisión de todos los jugadores del segundo equipo de la REAL SOCIEDAD DE FÚTBOL, S.A.D., nos plantea la duda en torno a la verdadera intención de esta entidad cuando fijaba los importes de cada una de ellas, ya que al tener todos los jugadores la misma cláusula parece que no se atiende realmente a elementos tales como formación, sueldo, calidad deportiva, proyección futura, etc., sino que, antes parece una típica cláusula de estilo que una valoración individualizada en función de la persona. Si realmente hubiera existido esta concreción personalizada nos permitiría realizar desde nuestra perspectiva el adecuado análisis ponderado del importe y su función, pero como hemos dicho ello no es así, como tampoco indica que verdaderamente haya existido una negociación bilateral sino más bien una imposición.

Para finalizar, otro argumento que ciertamente no es baladí se refiere a la posibilidad de fijar una cuantía para el supuesto de que sea el club quien rechace los servicios del deportista, ya que el art. 15 RD 1006/1985 admite que pueda pactarse la indemnización, y en su defecto es la que fija la propia norma. Pues bien, ello no sucede en el presente caso, y por un principio elemental de equivalencia e igualdad de las partes en el contrato, al no haberse establecido pacto alguno que fije la indemnización a favor

del jugador en caso de resolución unilateral de la entidad empleadora, ello constituye un dato a tener en cuenta en el momento de valorar las condiciones pactadas en su conjunto, habida cuenta que el perjuicio para el trabajador, aunque no sea estrictamente comparable con lo que se quiere compensar mediante la introducción de la cláusula de rescisión, puede ser grave personal y profesionalmente.

QUINTO.- Indemnización a favor de REAL SOCIEDAD DE FÚTBOL, S.A.D.

La consecuencia de la anterior argumentación, aunque pudiera parecer que nos lleva por el camino de no fijar indemnización alguna, pues "*quod nullum est nullum effectum producit*", lo cierto es que ya hemos dicho anteriormente que la nulidad de la cláusula de rescisión no equivale a la nulidad del contrato, pues el artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores establece que la parte no válida se completará "*con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número 1 del artículo 3 de esta Ley*", que es donde se regula el sistema de fuentes del derecho laboral, y esto es lo que vamos a hacer.

El artículo 16.1 RD 1006/1985 establece, y no lo vamos nuevamente a transcribir, que si no está fijada la indemnización se genera a favor de la entidad deportiva contratante el derecho a reclamarla, debiendo fijarla los tribunales laborales.

Debemos recordar, en el terreno meramente hipotético, que si consideráramos la cláusula de rescisión como una pena, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1154 del Código Civil sería posible moderar la pena, de modo que incluso por esta vía, es posible llegar a este mismo punto, esto es, la fijación judicial del *quantum* indemnizatorio.

Partiendo de que no hay una referencia objetiva que atender ni existe un criterio preestablecido sobre lo que se considera procedente, este juzgador debe marcar determinados puntos de partida.

Uno podría ser la cuantía de la indemnización pactada en su momento, no como cantidad sobre la que iniciar el cálculo, sino como una mera referencia. Otra referencia puede ser el importe de las cantidades pactadas como cláusula de rescisión en los contratos de trabajo de los jugadores de la REAL SOCIEDAD DE FÚTBOL, S.A.D., y del ATHLETIC CLUB, S.A.D. De la misma forma, también puede ser otra referencia las cantidades pactadas en jugadores con similares características que el demandado, es decir, edad, posición, tiempo que ha estado vinculado en el club, retribución percibida, duración del contrato, etc. Pero estos datos no se disponen por completo, probablemente por falta de interés de las propias partes intervinientes de que se conozcan por este juzgador.

El artículo 16.1 RD 1006/1985 establece que la indemnización se fijará "*en*

función de las circunstancias de orden deportivo, perjuicio que se haya causado a la entidad, motivos de ruptura y demás elementos que el juzgador considere estimable", lo que otorga al juez plena libertad de criterio, dentro de unos los límites razonables, no arbitrarios y partiendo de bases equitativas. Es por ello que deberemos iniciar la determinación del quantum indemnizatorio a partir de los parámetros que a continuación se exponen:

Los daños que se han reparar no son sólo los que puedan acreditarse fácticamente sino que además deben incluirse los que no tienen carácter material, como son el nombre y prestigio del club, y no porque en este caso la entidad demandante haya quedado en entredicho, sino también porque la marcha de un jugador hacia otra entidad deportiva rival pone en cuestión el efecto disuasorio de la cláusula de rescisión a que antes nos hemos referido.

Los motivos de la ruptura son valorables desde la perspectiva del jugador si pudiera achacarse a la entidad deportiva cualquier comportamiento o actuación que significara cierto desmérito hacia el mismo, pero aquí ocurre todo lo contrario, o al menos no se ha manifestado de otra forma, toda vez que no hay tacha contra la REAL SOCIEDAD DE FÚTBOL, S.A.D., por el tratamiento dispensado a D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA durante el tiempo que ha durado la relación deportiva, primero como jugador aficionado y después como profesional.

Al respecto, cierto es que la retribución pactada es irrisoria si solamente se tiene en cuenta el sueldo mensual, pero no es menos cierto que, con 14 partidos jugados en el primer equipo, y siendo un jugador que acaba de promocionar profesionalmente desde categorías inferiores, ha percibido una retribución total de casi cien mil euros.

Otro de los elementos que la doctrina estima que debe ser tenido en cuenta es el "coste" del jugador, pero aquí, como quiera que proviene de la "cantera" del propio club, este valor debe ser imputado directamente a la formación recibida y que le ha hecho progresar hasta ser un jugador de primera división con una "cotización" similar a otros jugadores de esta misma categoría. Muestra de ello es la previsión de contratación que ha hecho el ATHLETIC CLUB, S.A.D., y que a juzgar por el sueldo igualado de todos los jugadores de esta entidad, la ficha de contratación y los incentivos, supondría una promoción económica suficiente.

Elemento asimismo a tomar en consideración es la situación del mercado de deportistas similares, tanto en salario como en el resto de condiciones económicas, e incluso el montante de las cláusulas de rescisión de la REAL SOCIEDAD DE FÚTBOL, S.A.D., como del ATHLETIC CLUB, S.A.D., comprobándose después de su examen que las mismas son muy similares y uniformes por entidades, salvo contadas excepciones, lo que precisamente constata la exageración a la que nos hemos referido en todo momento.

No puede pasar desapercibido a este juzgador que, a pesar de las cuantiosas y

elevadas cláusulas de rescisión pactadas en este país —e incluso en el entorno comunitario—, pocas resoluciones judiciales se han dictado, lo que es síntoma de que antes de acudir a la sede judicial para que se confirme, modere o fije la indemnización, las sociedades anónimas deportivas y entidades deportivas en general, y los jugadores, prefieren alcanzar acuerdos que satisfagan a todas las partes implicadas, lo que también se constata por el hecho de que sólo en casos muy puntuales se han llegado a pagar las cifras inicialmente pactadas en las cláusulas de rescisión, cuestión que abunda en la necesidad de limitar el importe de la indemnización.

Por todas estas razones anteriores, este juzgador considera prudente y ponderado fijar la indemnización que debe abonar D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA a la entidad demandante en la cifra de **5.000.000 de euros**.

Es posible que tal cifra pudiera ser tachada de excesiva, o incluso abusiva, con respecto a lo que el jugador puede pagar realmente, ya que si no puede pagar 30 millones de euros tampoco puede pagar 5 millones. Es posible esa tacha, o incluso lo sería si se fijara un millón, pero no podemos abstraernos de la realidad del mercado en la que el jugador ha optado voluntariamente incorporarse y seguir sus dictados, ya que es dentro de esta perspectiva donde se establecen los parámetros que pueden ayudar a determinar el *quantum* indemnizatorio, puesto que tanto los jugadores profesionales, como los clubes que participan en las categorías profesionales de fútbol, como las marcas comerciales o deportivas que patrocinan equipos y jugadores, se mueven en un mercado donde las retribuciones (sueldos, primas, derechos de imagen, etc.), los patrocinios, y en general cuantos recursos económicos se mueven alrededor del fútbol profesional, manejan cifras absolutamente impensables en un mercado que estrictamente regule relaciones laborales, por muy especiales que sean, de tal forma que se ha tenido en cuenta, como factor a considerar, las cuantías que se llegan a pagar por otros deportistas.

Con respecto a los intereses no puede hacerse pronunciamiento alguno en cuanto a los reclamados como devengados con anterioridad a la fecha de dictado de esta resolución, puesto que no siendo una cantidad salarial (STS 15.11.05, rec. 1197/1994) y tampoco líquida, al haberse fijado por medio de esta sentencia, no es posible imponerlos, sin perjuicio de los que correspondan por disposición del artículo 576 LEC.

Por la defensa de D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA se plantea que es una obligación de todo acreedor el deber de mitigar o atenuar el daño, entendiendo que no puede exigir la reparación de unos daños que estaba en su mano eliminar, imputando a la parte demandante una actuación malintencionada en este sentido, al no querer aceptar la reanudación de la prestación de servicios del jugador, ni tampoco estar abierta a una negociación sobre la cantidad alguna. Ciertamente es que la parte demandante ha mantenido una posición firme con respecto a la eficacia de la cláusula de rescisión pactada con el jugador, pero no es menos cierto que la misma al ser declarada abusiva le priva de la razón inicial que presuntamente le asistía. Ahora bien, ello no puede identificarse en modo alguno como una actitud obstructiva, sino que sencillamente ha estado defendiendo

un derecho que creía que le asistía frente a la rescisión contractual unilateral y sin causa por parte del deportista, de modo que si deben valorarse conductas, la del jugador es la que sale peor parada. Es por ello que no cabe dentro de los límites razonables atenuar o mitigar un daño causado por la propia conducta del jugador cuando el contrato ya se había extinguido el día 01.07.05, ya que ni convencional ni legalmente estaba obligado a ello.

Finalmente, con respecto a las cargas fiscales derivadas de la indemnización acordada, ningún pronunciamiento puede realizar este juzgador al respecto, toda vez que cae fuera del ámbito competencial de este orden jurisdiccional.

De *lege ferenda* sería posible haber llegado a otra solución a nivel teórico, o quizá la misma a nivel práctico, si la cláusula de rescisión no tuviera únicamente como responsable directo y único al jugador, o aún siéndolo, pudiera hacerse una especie de combinación entre la salvaguarda de los intereses deportivos de la entidad en orden a establecer un blindaje frente a posibles fichajes intempestivos o sorpresivos que dejaran diezmado un equipo y tiraran por la borda un trabajo mantenido a lo largo de años con posibles jugadores jóvenes, y por otro lado existiera una posibilidad real y efectiva del ejercicio del derecho al desistimiento del jugador, introduciendo mecanismos compensatorios entre entidades deportivas cuando contraten a este jugador, es decir, dos niveles de compensación, una al club por el jugador y otra al mismo club por parte de otro club. De cualquier forma esta no es la situación, por lo que resulta estéril cualquier esfuerzo al respecto.

SEXTO.- Responsabilidad subsidiaria de ATHLETIC CLUB, S.A.D.

La demanda se dirige contra la entidad ATHLETIC CLUB, S.A.D., imputándole la responsabilidad subsidiaria prevista en el apartado segundo del art. 16.1 del RD 1006/1985, por entender a tenor de lo que fue declarado probado en el proceso seguido ante el Juzgado de lo Social nº 4 de esta ciudad y se desprende del contenido de la rueda de prensa realizada por el presidente del ATHLETIC CLUB, S.A.D., D. Fernando Lamikiz, el día 01.07.05, se deduce con toda claridad que ha existido un acuerdo entre esa entidad y el jugador D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA que le vinculaba como jugador del mencionado club durante un período de seis años.

La defensa de ATHLETIC CLUB, S.A.D., se opone a esta pretensión en base a la inexistencia de contrato de trabajo alguno al no concurrir ninguno de los elementos determinantes y necesarios de toda relación laboral (prestación de servicios, retribución, dependencia), añadiendo que el espíritu de la norma que impone la responsabilidad subsidiaria es el beneficio del club o entidad contratante, de modo que si no hay contratación no hay beneficio. Y finaliza su alegato en que no es posible celebrar en el ámbito de la relación laboral especial de deportistas profesionales, un contrato verbal.

Empecemos por despejar alguno de los extremos que pueden enturbiar el pronunciamiento.

En primer lugar, hemos de coincidir con la defensa de ATHLETIC CLUB, S.A.D., que al no ser parte en el procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Social nº 4 de Donostia no puede afectarle lo que allí se declaró, en orden a la constancia de determinados hechos probados, pues no tuvo oportunidad de defenderse y de contrarrestar o discutir determinadas cuestiones que allí surgieron. Dicho esto, debemos precisar que lo declarado probado se ha basado exclusivamente en el material probatorio que se ha aportado al acto del juicio. Esta precisión que hacemos en cuanto a los hechos probados, no es válida o extensible a las valoraciones jurídicas, ya que las mismas, aún partiendo de los hechos que en aquel procedimiento se declararon probados, son un punto de referencia para el enjuiciamiento de la situación que ahora se somete a nuestra consideración, como más adelante se verá.

La segunda cuestión es la que se refiere al supuesto beneficio que le reportaría la contratación del jugador, en el sentido que dicho beneficio no se produce si no hay contrato de trabajo. En verdad es este un argumento que dialécticamente puede abordarse, pero que jurídicamente tiene poco encaje, ya que quien ha presentado a un nuevo jugador, señalando incluso el período de tiempo que estará vinculado a su disciplina deportiva, es evidente que ha realizado con anterioridad los suficientes contactos previos tendentes a la formalización de un contrato de trabajo con un deportista, por lo que no puede descartarse que ya ha realizado el suficiente estudio sobre el beneficio o ganancia que al club o entidad le va a proporcionar la contratación de esta persona; de lo contrario estaríamos ante un supuesto de irresponsabilidad supina.

Finalmente la defensa de ATHLETIC CLUB, S.A.D., se opone a la demanda en base a la imposibilidad de que el contrato de trabajo de deportista profesional se realice de forma verbal, concluyendo que si no hay contrato no puede operar la responsabilidad subsidiaria del artículo 16.1 del tan repetido reglamento. Pues bien, siendo cierto que el art. 3 del RD 1006/1985 en su redactado es claro y contundente en cuanto a la forma del mismo (*"el contrato se formalizará por escrito"*), debemos tener en cuenta que el art. 16.1, párrafo segundo no dice expresamente que deba existir una relación laboral instituida, sino que habla de "contratar sus servicios", expresiones ambas que sin duda pueden asimilarse, pero cuyos efectos son diversos. Así, la "contratación de servicios", como se verá, es posible que abarque incluso fases previas al inicio efectivo de la prestación de servicios.

Precisamente esta fase previa es lo que va a ser objeto de análisis a continuación.

Establecido como ha sido que existieron contactos previos entre D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA, o su representante, y ATHLETIC CLUB, S.A.D., ya que sin ellos no tendría sentido lo que a continuación ocurrió el día 01.07.05, esto es, la presentación del jugador como nuevo fichaje del ATHLETIC CLUB, S.A.D., para la

temporada siguiente y las seis venideras (hecho probado 14º), como también se ha constatado que el presidente de esta entidad deportiva ha manifestado que si en la presente temporada no podía incorporarse al equipo esperarían un año (hecho probado 19º), es claro que entre ellos existió –y existe, aunque aquí no sea el momento de decidir los efectos de tal situación entre estas partes -al no ser objeto de discusión-, una promesa de contrato, compromiso de contrato, contrato preliminar o pacto preparatorio "de contrahendo" --utilizando términos empleados por la doctrina y la jurisprudencia-, y aunque esta figura no se encuentre específicamente prevista en el Estatuto de los Trabajadores, sí que en el Código Civil se admite una amplia libertad contractual que permite que las partes se comprometan a un ulterior otorgamiento del contrato mediante una oferta en tal sentido aceptada (STS 30.10.88- –Ar. 8183-, 15.03.91 –Ar. 4167-, ó 21.07.92 --Ar. 5645-), lo que genera una obligación, que por su propia naturaleza, no tiene carácter puro sino condicional, dejando imprecisas o incompletas las prestaciones obligacionales pero no el título contractual.

Veamos lo que la jurisprudencia civil dice al respecto:

"La esencia del llamado precontrato, contrato preliminar o preparatorio, o «pactum de contrahendo» es la de constituir un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que, de momento, no quieren o no pueden celebrar, por lo que la expresada figura contractual del llamado precontrato, dicho con frase gráfica, consiste en un «quedar obligado a obligarse»." (STS 1ª 24.07.98, Ar. 6393).

Lo que trasladado al ámbito del Derecho del Trabajo, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha señalado:

"De éste no resulta, en efecto, que quedara concluido un contrato originador de específica relación laboral entre las partes, pero sí -inequívocamente- que existió una relación jurídica precontractual o prenegocial, equivalente a un precontrato de trabajo, que participa de la naturaleza laboral -y no civil- de éste -Sentencias de 9 de marzo y 2 de mayo de 1984 (RJ 1984\1544 y 1984\2950)-, modalidad posible en nuestro derecho - Sentencia de 17 de marzo de 1979 (RJ 1979\1373)- originador de culpa «in contrahendo» para la demandada -Sentencia de 16 de diciembre de 1976 (RJ 1977\433)- ." (STS 30.10.88, Ar. 8183).

El precontrato de trabajo es un contrato consensual en el que, en virtud del del art. 1262 del CC, concurren una oferta de trabajo y su aceptación recíproca; oferta que se caracteriza por no ser pura, pues se promete para un momento futuro, dependiente de la llegada de un término o del cumplimiento de una condición, o de uno y otra. Todo ello engendra obligaciones recíprocas para ambas partes –que, como hemos dicho no es objeto de estudio en la presente litis. Estaríamos ante el mismo supuesto si estuviésemos ante lo que se denomina contrato de trabajo "*in fieri*", o de ejecución futura por venir sometido a término o condición, toda vez que en éste concurre la prestación efectiva de

servicios, y sin embargo se habla de un contrato de trabajo perfecto, que aún no se ha consumado, sobre la base que *"al ser consensual se perfecciona por el mero consentimiento y no necesita para su nacimiento... del comienzo de los trabajos"* (STS 17.11.87 --Ar. 8007-). Ello significa que sea precontrato de trabajo o contrato de trabajo de ejecución -futura dependiente de un término o de una condición- los efectos son los mismos, al existir únicamente la obligación recíproca de poner en ejecución el contrato dando y prestando trabajo.

No podemos olvidar que la sentencia del TSJ del País Vasco dictada en el procedimiento previo de despido seguido entre el jugador D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA y REAL SOCIEDAD DE FUTBOL, S.A.D., con referencia a la existencia de un precontrato entre aquella persona y ATHLETIC CLUB, S.A.D., establece que el precontrato, en tanto que promesa de contrato o compromiso de relación estable, tiene contenido de efectos de verdadera contratación (fundamento de derecho tercero, in fine).

A partir de cuanto se ha dicho, la conclusión evidente es que procede considerar a ATHLETIC CLUB, S.A.D., como responsable subsidiario, y por tanto condenar a esta entidad, subsidiariamente, al pago de la cantidad a que se ha hecho referencia en el anterior fundamento, lo que se declarará en la parte dispositiva de esta resolución.

SÉPTIMO.- Recurso.

Las Sentencias que se dictan en procesos como ocurre en el presente en que la reclamación excede de 1.803,04 euros son recurribles en suplicación. (Arts. 189 L.P.L.).

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLO

Que estimando en parte la demanda presentada por **REAL SOCIEDAD DE FÚTBOL, S.A.D.**, contra D. **IVAN ZUBIAURRE URRUTIA** y **ATHLETIC CLUB, S.A.D.**, debo condenar a D. **IVAN ZUBIAURRE URRUTIA** al pago de la cantidad de **5.000.000 de euros (cinco millones)** en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivados de la extinción unilateral del contrato de trabajo, y sin que sea imputable a la empleadora, debiendo condenar con carácter subsidiario a **ATHLETIC CLUB, S.A.D.**, al pago de la mencionada cantidad.

Contra la presente sentencia cabe recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, debiendo ser anunciado tal propósito mediante comparecencia o escrito ante este Juzgado en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, y que la condenada, al hacerlo, deberá ingresar en la cuenta

del Juzgado abierta en el BANCO BANESTO, Avda. de La Libertad de San Sebastián, si se hace el ingreso en efectivo, indicando los siguientes dígitos, 1851 0000 00 0601 05, y si se hace por transferencia desde otra entidad, a la oficina de soporte nº 0030 3425 40 9999999999 y en el apartado observaciones o concepto los siguientes dígitos 1851 0000 00 0601 05 la cantidad líquida importe de la condena, sin cuyo requisito no podrá tenerse por anunciado el recurso, y asimismo deberá constituir en la misma cuenta y en resguardo separado del anterior, indicando la clave 65, la cantidad de 150,25 euros, presentando el resguardo de éste último en Secretaría al tiempo de interponer el recurso.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.