

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ062983

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 61/2018, de 5 de febrero de 2018

Sala de lo Civil

Rec. n.º 2280/2015

SUMARIO:

Contrato de representación en exclusiva de futbolista profesional. Negociación y firma de fichaje por otro club al margen del contrato. Incumplimiento contractual. Indemnización. Cuantía. El agente de jugadores por lo general no se limita a la contratación de estos por un club, acabando su tarea una vez suscrito el contrato, sino que realiza otras muchas funciones durante la vigencia del contrato de mediación en beneficio de su representado. Es cierto que se ha calificado, en principio, la mediación deportiva como contrato atípico de representación y mediación en la esfera deportiva, incardinable dentro del contrato ordinario civil de mediación o corretaje. Pero también es cierto que ha merecido otras calificaciones en sentencias de Audiencias Provinciales: (i) contrato atípico, sinalagmático y oneroso por el que se articula una representación en exclusiva a favor de la sociedad agente actora, que asume el encargo de promover gestiones y concluir contratos vinculados con la actividad de futbolista del representado y en nombre y por cuenta del mismo, recibiendo a cambio una retribución, que se rige, con arreglo a los principios de la autonomía privada y libertad contractual, por los pactos concertados y por las normas generales de las obligaciones y contratos; (ii) contrato de intermediación, que no es otra cosa que un arrendamiento de servicios, regulado en los artículos 1.544 y concordantes del Código Civil, que obliga al receptor del servicio a pagar al agente y a éste a desplegar la actividad convenida, siempre teniendo en cuenta el principio de autonomía de la voluntad que recoge el artículo 1.255 CC. Si bien aquella intermediación puede también ser conectada con el contrato de mandato, que regulan los artículos 1.709 siguientes del Código Civil, pues es lo cierto que el intermediario que presta el servicio de conexión entre el jugador de fútbol y el club en el que pretende jugar, es, de alguna forma, representante del jugador, actuando como tal; (iii) los agentes constituyen un alter ego del futbolista que deberá defender sus intereses frente a terceros, ya sea en su contratación profesional como en todo tipo de compraventas que sobre su imagen o cualquier otro derecho se contrate, incluyendo también el asesoramiento en lo más conveniente para ellos, así como promocionarlos frente a las empresas, de tal manera que obtengan los mejores resultados para sus representados. En todas las calificaciones late un principio básico, cual es estar a lo expresamente pactado, a lo que cabe añadir que también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Precisamente, y en relación a los usos, puede servir como criterio interpretativo los Reglamentos de la Fifa, traspuestos por la RFEF. Se colige que el agente, por lo general, se convierte en un asesor con funciones de difícil encaje bajo una misma figura, aunque se acerque, según opiniones autorizadas, al agente anglosajón como persona que realiza diferentes funciones siempre relativas a la promoción de contratación. Lo relevante es el propósito negocial buscado por las partes, y para ello debe atenderse, principalmente, a la autoría negocial como criterio preferente de interpretación y, en su caso, a los usos y costumbres que resulten de aplicación.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 24.

Código Civil, arts. 1.100, 1.101, 1.106, 1.107, 1.108, 1.124, 1.154, 1.255, 1.258, 1.544, 1.709 y 1.859.

Ley 1/2000 (LEC), arts. 216, 217.3, 218, 469.1 y 477.1.

PONENTE:*Don Eduardo Baena Ruiz.***TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Civil

**SENTENCIA**

Fecha de sentencia: 05/02/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2280/2015

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 20/12/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2280/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. José Antonio Seijas Quintana
D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Eduardo Baena Ruiz
Dª. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 5 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario de infracción procesal y el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid, el día 5 de mayo de 2015, dictada en el recurso de apelación 213/2014, dimanante de los autos de procedimiento ordinario nº 1343/2012, del Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente U1st Sports S.A., representada por el procurador D. Carlos Alberto de Grado Viejo, asistido del letrado D. Alberto Goetsch Lara.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida D. Juan Manuel , representado por el procurador D. José Luis Pinto-Marabotto Ruiz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.



ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Tramitación en primera instancia.

1.- El procurador de los tribunales D. Carlos de Grado Viejo, en nombre y representación de la mercantil U1st SPORT, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Juan Manuel , suplicando al juzgado:

«Que, teniendo por presentado este escrito con los documentos y medios que se acompañan, lo admita, me tenga por comparecido en nombre de U1st SPORTS S.A., tenga por interpuesta DEMANDA DE JUICIO ORDINARIO contra DON Juan Manuel , emplace al demandado al objeto de que comparezca si a su derecho conviene y, previos los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la que:

»1.- Declare el derecho de U1st SPORTS S.A., a percibir el diez por ciento (10%) del importe bruto del contrato deportivo suscrito entre DON Juan Manuel y el Manchester United FC (importe que provisionalmente se fija en la cantidad de, 1.724.053,50 euros, sin perjuicio de su cuantificación exacta cuando esta parte disponga del contrato referido), en concepto de daños y perjuicios causados por el incumplimiento del Contrato de representación en exclusividad, cantidad que deberá incrementarse en el IVA e intereses legales correspondientes; y,

»Condene a DON Juan Manuel a pagar a U1st SPORTS, S.A. el diez por ciento (10%) del importe bruto del contrato deportivo suscrito con el Manchester United FC (importe que provisionalmente se fija en la cantidad de 1.724.053,50 euros, sin perjuicio de su cuantificación exacta cuando esta parte disponga del contrato referido), en concepto de daños y perjuicios causados por el incumplimiento del Contrato de representación en exclusividad, cantidad que deberá incrementarse en el IVA e intereses legales correspondientes.

»2. Subsidiariamente a la petición anterior, declare el derecho de U1st SPORTS, S.A. a percibir la cantidad de 1.127.223 euros, correspondiente al lucro cesante o ganancias dejadas de percibir por U1st SPORTS, S.A., en concepto de daños y perjuicios causados por el incumplimiento del Contrato de representación en exclusividad, cantidad que deberá incrementarse en el IVA e intereses legales correspondientes; y,

»Condene a DON Juan Manuel a pagar a U1st SPORTS, S.A. la cantidad de 1.127.223 euros, correspondiente al lucro cesante o ganancias dejadas de percibir por U1st SPORTS, S.A., en concepto de daños y perjuicios causados por el incumplimiento del Contrato de representación en exclusividad, cantidad que deberá incrementarse en el IVA e intereses legales correspondientes; y,

»3. Condene a DON Juan Manuel al pago de las costas.»

2.- Por Decreto de 4 de octubre de 2012, el Juzgado admitió a trámite la demanda acordando dar traslado al demandado para contestar.

3.- El procurador S. José Luis Pinto-Marabotto Ruiz, en nombre y representación de D. Juan Manuel , contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia, absolviendo a su representado y desestimando íntegramente la demanda, con condena en costas a la actora.

4.- El Juzgado dictó sentencia el 30 de diciembre de 2013 con la siguiente parte dispositiva: « Estimando en parte la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. de Grado Viejo en nombre y representación de U1st Sports S.A. frente a D. Juan Manuel , representado por el Procurador Sr. Prieto Marabotto.

» 1º) Condono al demandado a abonar a la actora la suma de 1.124.981,95 euros más IVA (1.361.228,16 euros en total al tipo vigente del 21%), con otros 69.474,30 euros en concepto de intereses de demora calculados sobre tal importe desde la fecha de presentación de la demanda hasta la de esta sentencia, con los intereses de mora procesal hasta el completo pago»

Segundo. Tramitación en segunda instancia.

1.- Contra la anterior sentencia, interpuso recurso de apelación la representación procesal de D. Juan Manuel , correspondiendo su resolución a la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 5 de mayo de 2015 , con la siguiente parte dispositiva:



«Se acoge en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Juan Manuel contra la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2013, recaída en juicio ordinario seguido con el nº 1343/2012 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid , y en su lugar:

- »- Se estima parcialmente la demanda rectora de los presentes autos.
- »- Condenamos a D. Juan Manuel a que abone a U1ST SPORTS S.A la cantidad de ciento sesenta y dos mil seiscientos sesenta y seis euros con cincuenta céntimos (162.666,50 euros). Dicha suma devengará el interés de la mora procesal desde la fecha de notificación a la parte demandada de la presente hasta su completo pago.
- »- No se hace expresa declaración sobre las costas causadas en ninguna de las dos instancias.
- »- Se acuerda la devolución del depósito constituido por la parte recurrente, que deberá solicitarse del Juzgado de procedencia.»

Tercero. *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.*

1.- Contra la anterior resolución, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, la representación procesal de U1ST SPORTS, S.A, con base en los siguientes motivos:

El recurso extraordinario por infracción procesal consta de cuatro motivos:

Primero.

Se denuncia infracción de normas procesales reguladores de la sentencia, por vulneración de los arts. 216 y 218.2 LEC .

Segundo.

Se basa en la infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, por vulneración de los arts. 216 y 218.1 LEC , por incongruencia omisiva (art. 469.1.2.º LEC), con vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE , por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 469.1.4.º LEC).

Tercer motivo.- Se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE , por error en la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de apelación (art. 469.1.4.º LEC).

Cuarto motivo.- Se aduce la vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE , con lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que causa indefensión (art. 469.1.4.º LEC).

El recurso de casación contiene dos motivos:

Primer motivo.- Se denuncia la infracción de los arts. 1124 , 1101 , 1106 y 1107 CC . El segundo motivo plantea la infracción de los arts. 1124 , 1100 y 1108 CC y la doctrina jurisprudencial existente sobre la regla in illiquidis no fit mora.

Segundo motivo.- Se impugna la sentencia de apelación porque niega a la recurrente el derecho a percibir el interés de demora, en contra de lo que estableció la sentencia de primera instancia, al entender razonable la oposición de D. Juan Manuel a aceptar la cantidad reclamada en la demanda.

2.- La sala dictó auto el 27 de septiembre de 2017 con el siguiente fallo:

«1º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de U1st Sports S.A. contra la sentencia dictada con fecha 5 de mayo de 2015 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésima), en el rollo de apelación nº 213/2014 , dimanante de procedimiento ordinario nº 1343/2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid.

»2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.»

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de D. Juan Manuel , formuló oposición a los recursos interpuestos de contrario.



4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 20 de diciembre, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Ejercitó la demandante U1ST SPORTS S.A. acción por la que solicitó:

1º) Se declare su derecho a percibir el 10% del importe bruto del contrato deportivo suscrito entre D. Juan Manuel y el Manchester United en concepto de daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contrato, cantidad que deberá incrementarse con el IVA e intereses legales, condenando al demandado a su pago, importe que se cifra de manera provisional en la demanda en 1.724.053,50 euros.

2º) Subsidiariamente a la petición anterior, se declare el derecho de la actora a percibir la suma de 1.127.223 correspondiente al lucro cesante o ganancia dejada de percibir, condenando al demandado a su pago

Una vez practicada la prueba al respecto, la actora concreta la petición principal en 1.891.015,21 euros.

2.- Alegó, en resumen, los hechos siguientes:

El 20 de junio de 2009 U1ST SPORT y D. Juan Manuel formalizaron un contrato de representación en exclusiva en virtud del cual la actora realizaría las gestiones, negociaciones, representación y contratos vinculados a la actividad del jugador, entonces portero del Club Atlético de Madrid SAD, así como los relacionados con su imagen y nombre con fines comerciales y publicitarios.

Por su parte, el jugador se comprometía en virtud del contrato a utilizar obligatoriamente y en forma exclusiva los servicios del representante para caso de decidir la renovación de su contrato profesional, la prestación de sus servicios a otro Club o sociedad deportiva de España o el extranjero.

En virtud de la cláusula quinta del acuerdo, la actora recibiría como contraprestación una suma equivalente al 10% del importe bruto de los contratos deportivos que el jugador suscribiera durante la vigencia del contrato; y el 20% del importe bruto de los contratos comerciales suscritos.

El contrato tenía una vigencia de 2 años, esto es, hasta el 20 de junio de 2011.

El demandado incumplió la cláusula cuarta del contrato al negociar y firmar su fichaje con el club inglés al margen de U1ST SPORTS, de ahí que le correspondía a la actora una indemnización equivalente al 10 % del importe bruto del contrato suscrito con el Manchester United calculada sobre las retribuciones percibidas.

Subsidiariamente solicitó una condena por lucro cesante o ganancia dejada de percibir a raíz de la actuación del demandado, que se valora pericialmente en 1.127.233 euros.

3.- La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda y, sin hacer expresa condena en costas, condenó al demandado a abonar a la actora la suma de 1.124.981, 95 euros más IVA (1. 361.228,16 euros en total al tipo vigente del 21%) con otros 69.474, 30 euros en concepto de interés de demora calculados sobre el importe desde la fecha de presentación de la demanda hasta la de la sentencia, con los intereses de mora procesal hasta el completo pago.

4.- La motivación que contiene la sentencia, en lo que interesa para el recurso, es la siguiente: (i) La exclusividad que el contrato de 20 de junio de 2009 otorga a favor de U1ST SPORT S.A, no implica solo que el jugador no pueda encomendar la representación a ningún otro agente mientras esté en vigor el contrato, sino que implica también que el jugador no puede negociar por sí mismo o por medio de un tercero un contrato con cualquier club de fútbol a espaldas y sin intervención del agente.

(ii) A tenor de la prueba practicada ha quedado acreditado que el demandado incumplió el contrato suscrito con la actora el 20 de junio de 2009, pues negoció directamente, al margen y de espaldas a su representante, con



el Club Manchester United durante la vigencia de aquél, hasta cerrar con el club inglés el acuerdo sobre su traspaso mucho antes de que concluyera el plazo de vigencia del contrato.

Tras exponer la sentencia las negociaciones entre el club Atlético de Madrid con el Manchester United y de éste con D. Juan Manuel, sin recoger que la empresa actora llevase a cabo ninguna gestión con el Manchester United, concluye que, aunque el documento escrito no se formalizó hasta el día 1 de julio de 2011, en el mes de abril ya se había perfeccionado el acuerdo con las condiciones y términos que habría de regir la relación del jugador con el nuevo club, que luego se reflejarán en el documento escrito.

El reconocimiento médico con el Manchester United lo pasó el demandado el 27 de junio de 2011 y el 28 de ese mes y año el citado club comunicó al club madrileño que ejercía la opción de adquisición de los derechos del jugador.

(iii) El citado incumplimiento del demandado hace surgir en él el deber de indemnizar a la actora, conforme a los arts. 1.201, 1.124 y concordantes del Código Civil.

Tal indemnización deber ser la retribución que se pactó en el contrato por los servicios prestados, que se contiene en la cláusula quinta del contrato.

5.- La representación procesal de D. Juan Manuel interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, al que se opuso la parte actora, que ni recurrió la sentencia ni la impugnó al oponerse al recurso.

6.- Correspondió conocer del recurso a la sección vigésima de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, que dictó sentencia el cinco de mayo de 2015 por la que estimó parcialmente el recurso y, por ende la demanda.

Condenó al demandado a abonar a la actora 162.660, 50 euros, cantidad que devengará el interés de la mora procesal desde la fecha de notificación de esta sentencia a la parte demandada hasta su completo pago.

No se hace expresa declaración sobre las costas causadas en ninguna de las dos instancias.

7.- La Audiencia confirma la sentencia de primera instancia en el extremo relativo a que el demandado incumplió la obligación contractual, por lo que no aprecia error en la valoración de la prueba.

Aunque cuando se suscribió el contrato laboral entre el club Manchester United y el demandado, el contrato de representación en exclusiva ya no estaba en vigor, sin embargo el jugador según las pruebas valoradas, contravino su tenor, por el que causó un perjuicio a la actora que debe ser resarcida.

8.- La Audiencia discrepa de la sentencia de primera instancia en la indemnización concedida, por calificarla de desproporcionada, tanto desde el punto de vista del incumplimiento como desde el de los perjuicios efectivamente sufridos por la mercantil apelada.

Los argumentos en que apoya su decisión son los siguientes:

(i) En primer lugar es de destacar que "U1ST SPORTS S.A." no ha intervenido en modo alguno en las negociaciones con el Club Manchester United; no presentó al jugador a la citada entidad y no realizó actuación alguna tendente a la contratación de DON Juan Manuel como jugador profesional del citado club inglés ni, en la determinación de las condiciones económicas del contrato. El "United" es un club de élite tanto del fútbol inglés como continental. Pese a las alegaciones de la parte apelante solo se han probado negociaciones con un club inglés de la "Premier" el "Wigan Athletic football Club" para una cesión temporal del jugador (documentos 8 y 8 bis de la demanda) que no llegó a concretarse, y una propuesta de renovación con el Club Atlético de Madrid (documento nº 21 de la demanda), con un aumento sustancial de la retribución del jugador.

(ii) A nuestro juicio la indemnización no podrá calcularse teniendo en cuenta la retribución convenida con el Manchester United durante la totalidad de las temporadas inicialmente pactadas, ya que, por un lado, no se ha probado que "U1ST SPORTS S.A." hubiera podido alcanzar un acuerdo semejante por sus propios medios sobre cuyo particular nada se ha probado. Por otro lado, no podemos desconocer que al tiempo de presentación de la demanda, 21 de septiembre de 2012, el contrato con el Manchester solo había alcanzado el primer año de vigencia, por lo que la cantidad vencida y exigible al jugador en esta última fecha, conforme a lo pactado en la cláusula sexta del contrato de representación, según la cual "Los pagos se efectuarán por el "Jugador" dentro de los 10 días siguientes a la percepción de los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza y origen del contrato, a que tuviere derecho conforme a los contratos negociados y suscritos por el "Representante", o directamente por el "Jugador" resulta muy inferior a la reclamada y a la reconocida por la sentencia apelada. Siendo así que no se podrán percibir por daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento del contrato, una mayor cantidad de lo que hubiera percibido el representante de no haber mediado el incumplimiento. Por otra parte, no contiene la demanda rectora la petición de condena del jugador demandado abonar la retribución correspondiente a las cuatro temporadas restantes a medida que las mismas fueran venciendo.



9.- A la hora de fijar la indemnización solicitada de daños y perjuicios entiende que «el perjuicio realmente producido a "U1ST SPORTS S.A." no está tanto en no haber percibido un porcentaje de las sumas pactadas entre el jugador y el Club Manchesler United, pues como hemos reiterado, no participó ni directa ni indirectamente en las negociaciones con el citado club, sino en la pérdida de la oportunidad de obtener beneficios por la más que probable celebración por de un contrato de renovación con el Atlético de Madrid, o de un contrato con un club de elite durante la vigencia del contrato, debido a que DON Juan Manuel desde el día 14 de junio de 2010, aunque manifestara lo contrario, resolvió por la vía de hecho el contrato, impidiendo a partir de dicho momento a "UIST SPORTS S.A." desempeñar normalmente su actividad de representante del jugador coincidiendo con un momento de gran proyección deportiva como portero profesional. Esta pérdida de la oportunidad puede traducirse en una indemnización económica, que a nuestro juicio, debe lijarse en 100.000 euros, equivalente al 10% de la cantidad bruta que hubiera percibido del jugador si hubiera renovado por el Atlético de Madrid como consecuencia de las negociaciones desarrolladas en él ni es de agosto de 2010 (documento 27 de la demanda), cantidad a la que habría de añadir los gastos desembolsados por "U1ST SPORTS S.A." como consecuencia directa del contrato, que asciendan, según los dictámenes periciales obrantes en autos, a la suma de 62.666,50 euros.»

Tales cantidades no devengarán IVA, al tratarse de indemnización por daños y perjuicios, ni tampoco intereses de demora, por ser aplicable al presente caso la regla in liquidis non fit mora.

10.- La representación procesal de U1st Sports S.A., interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

11.- El recurso extraordinario por infracción procesal consta de cuatro motivos:

(i) En el primero de ellos se denuncia infracción de normas procesales reguladores de la sentencia, por vulneración de los arts. 216 y 218.2 LEC , referidos a la necesaria coherencia interna de la sentencia. Error de motivación de la sentencia (art. 469.1.2.º LEC), con vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE , por lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho.

(ii) El segundo motivo se basa en la infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, por vulneración de los arts. 216 y 218.1 LEC , por incongruencia omisiva (art. 469.1.2.º LEC), con vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE , por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 469.1.4.º LEC). (iii) En el tercer motivo se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE , por error en la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de apelación (art. 469.1.4.º LEC).

(iv) Y en el cuarto motivo se aduce la vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE , con lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que causa indefensión (art. 469.1.4.º LEC).

12.- El recurso de casación contiene dos motivos:

(i) El primer motivo denuncia la infracción de los arts. 1124 , 1101 , 1106 y 1107 CC .

(ii) El segundo motivo plantea la infracción de los arts. 1124 , 1100 y 1108 CC y la doctrina jurisprudencial existente sobre la regla in illiquidis no fit mora

Planteamiento:

El primer motivo persigue impugnar la sentencia de apelación en relación con la cuantía de la indemnización concedida, porque a pesar de reconocer la Audiencia Provincial el incumplimiento del contrato que vinculaba a las partes, no condena a D. Juan Manuel a pagar el importe de la comisión que se hubiera generado para U1st Sports SA con base en el salario que efectivamente percibe el futbolista del Manchester United.

Ciertamente, la sentencia recurrida indica por una parte, en su FD Séptimo: «[...] En definitiva, de los términos literales del contrato, el jugador podría intervenir directamente en negociaciones para la renegociación de su contrato con su mismo club, o para su contratación con otro en España o en el extranjero, pero si suscribía el contrato directamente, debería abonar igualmente la retribución pactada en la citada estipulación sexta. [...]»

Y sin embargo, en lugar de fijar la indemnización en atención al contrato suscrito con el club Manchester United, como sin embargo sí se hizo en primera instancia, la Audiencia Provincial, en el FD Undécimo, niega que el cálculo de la indemnización pueda hacerse teniendo en cuenta la retribución convenida con el club inglés, porque U1st Sports no hubiera podido alcanzar un acuerdo semejante por sus propios medios, y lo reduce además a la retribución del primer año, atendida la fecha de la demanda. Considera más bien (FD Duodécimo) que la



indemnización ha de fijarse en atención a la retribución que hubiera obtenido el jugador si hubiera renovado con el Atlético de Madrid (100.000 euros) más los gastos desembolsados por la recurrente (62.666,50 euros).

De acuerdo con los criterios de los arts. 1106 y 1107 CC , y partiendo de la interpretación del contrato que se realiza en el FD Séptimo de la sentencia, parece que la indemnización fijada en apelación merecería ser revisada por la posible infracción de los preceptos invocados, habida cuenta de que la negociación personal del jugador con un club también generaría la obligación de pago de la comisión, según interpreta la propia sentencia recurrida.

En cuanto al segundo motivo de casación, impugna la sentencia de apelación porque niega a la recurrente el derecho a percibir el interés de demora, en contra de lo que estableció la sentencia de primera instancia, al entender razonable la oposición de D. Juan Manuel a aceptar la cantidad reclamada en la demanda. Se basa para ello en la doctrina jurisprudencial reciente sobre la regla in illiquidis non fit mora , que fija como pauta si la oposición a la reclamación es razonable, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado y demás circunstancias concurrentes. Además de las sentencias citadas en el recurso, cabe indicar que otras más recientes mantienen la misma interpretación, como la STS 379/2016, de 3 de junio .

13.- La sala dictó auto el 27 de septiembre de 2017 por el que acordó admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, así como abrir el plazo de veinte días para que la parte recurrida formalizase por escrito su oposición a los recursos.

14.- La parte recurrida formalizó la citada oposición, si bien alegó óbices de admisibilidad a cada uno de los motivos de sendos recursos, sobre los que se decidirá expresamente, o se inferirá la decisión al ofrecer respuesta a cada uno de ellos.

15.- En el escrito de oposición alegó, sin embargo, una causa de inadmisibilidad común a ambos recursos.

En concreto, alegó como causa de inadmisibilidad la de no indicar con precisión en la petición final del escrito de interposición los pronunciamientos que se interesan de la Sala.

La petición fue la de que se revoque la sentencia recurrida y se «dicte otra de fondo plenamente congruente con las pretensiones de esta parte...»

Si esta petición se interrelaciona con el petitum de la demanda, se ha de convenir que no existe indeterminación alguna en el pronunciamiento que se interesa.

Cuestión distinta, y ese es el error de la parte recurrida, es que quepa o no acceder íntegramente, o en parte, a las pretensiones cuyo pronunciamiento solicita. De ahí, que en el cuerpo del escrito se esfuerce en analizar los motivos para que no se acceda a los pronunciamientos interesados por la recurrente.

Sin embargo, precisamente dilucidar sobre ello constituye el objeto de los recursos interpuestos.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

Segundo. *Decisión de la sala sobre el primer motivo.*

El primer motivo se formula al amparo del art. 469.1.22 y 49 LEC , y en él se denuncia la infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, concretamente los arts. 216 y 218.2 LEC , referidos a la necesaria coherencia interna de la sentencia, y error de motivación de la sentencia, con vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE , por lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en derecho.

Este primer motivo no puede prosperar, en primer lugar, por falta de las formalidades propias del recurso, y de manera específica, porque la parte recurrente reúne dos infracciones distintas en un mismo motivo, al denunciar infracción de las normas reguladoras de la sentencias (art. 469. 1.29 LEC) y error de motivación de la sentencia con vulneración del art. 24 CE (art. 469. 1.49 LEC). Frente a tal planteamiento del motivo, es requisito necesario del recurso extraordinario por infracción procesal que cada uno de los motivos en los que se articule se dedique a una infracción distinta, por lo que el motivo resulta inadmisibile en un primer lugar por motivos formales.

Además, entrando ya en el fondo, incurre este primer motivo en causa de inadmisión por carencia manifiesta de fundamento, ya que lo que la parte recurrente presenta como falta de coherencia interna de la sentencia y el error de motivación es en realidad un mero desacuerdo con la sentencia recurrida, omitiendo, incluso, el recurrente en el desarrollo del motivo las razones que específicamente llevaron a la audiencia a resolver en un determinado sentido, y que se encuentran en el Fundamento de Derecho undécimo de la sentencia, generando con ello el recurrente una apariencia de contradicción interna de la sentencia y de falta de motivación que realmente no



concurrir. Hay que añadir asimismo que no es posible pretender la falta de coherencia interna de la sentencia sin haber solicitado aclaración.

Junto a ello concurre otra causa de inadmisión, como es la carencia manifiesta de fundamento por pretender el recurrente una nueva valoración de la prueba con relación al informe pericial de KPMG, lo cual no es posible plantear salvo en el caso de error patente en la valoración de la prueba, que no concurre en este caso.

Tercero. *Decisión de la sala sobre el segundo motivo.*

En cuanto al segundo motivo, se plantea al amparo del art. 469. 1.2º y 4º LEC , denunciando infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por vulneración de los arts. 216 y 218.1 LEC por incongruencia omisiva, con vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE , por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. Cabe reproducir respecto de este motivo lo dicho en relación con el primer motivo respecto de los requisitos formales del recurso, al reunir también aquí el recurrente dos infracciones distintas en un mismo motivo, así como, respecto del fondo, la concurrencia de carencia manifiesta de fundamento como causa de inadmisión, por confundir la incongruencia de la sentencia con el desacuerdo con la misma, omitiendo en el motivo los razonamientos que llevaron a la audiencia a resolver en un determinado sentido en relación con la fijación de la indemnización, y que se encuentran en el Fundamento de Derecho undécimo, y sin haber solicitado aclaración de sentencia.

Cuarto. *Decisión de la sala sobre el tercer motivo.*

En el tercer motivo del recurso, que se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC , se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE por error en la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de apelación. El motivo no puede ser admisible por incurrir en carencia manifiesta de fundamento por pretender una valoración de la prueba, lo que no es posible realizar a través del recurso extraordinario por infracción procesal salvo error patente, que no ha quedado acreditado, debido a no nos encontramos ante una tercera instancia.

Quinto. *Decisión de la sala sobre el cuarto motivo.*

Finalmente, el cuarto motivo denuncia, al amparo del art. 469.1.45 LEC , vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE , con lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que causa indefensión. En este caso, el recurrente denuncia vulneración del art. 24 CE por defectos de motivación de la sentencia sin llegar a concretar la manera en que se ha producido tal vulneración, con lo que incurre en causa de inadmisión por carencia manifiesta de fundamento por falta de concreción de la infracción denunciada ni de la manera en que influyó en el resultado del proceso. En este motivo, al formular el recurrente una serie de afirmaciones genéricas pero sin llegar a especificar los aspectos en los que se concreta la infracción denunciada en el caso que nos ocupa, el motivo resulta inadmissible.

Sexto.

La decisión sobre los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal, antes expuesta, se implementa por la motivación que contiene la decisión sobre el recurso de casación, que se va a abordar a continuación.

Recurso de casación.

Séptimo. *Cuestiones Previas.*

Para la mejor inteligencia de la decisión de la sala sobre el principal motivo del recurso de casación que es el primero, es necesario detenerse en una serie de consideraciones:

1.- Al no ser el contrato litigioso, desde el punto de vista jurídico, una figura expresamente regulada en nuestro derecho positivo, la determinación de su naturaleza jurídica ha merecido calificaciones diversas.

A tal cuestión hacía mención la sentencia 127/2017, de 24 de febrero , en los siguientes términos:

«Se ha de tener en cuenta, partiendo de la realidad social, que el agente de jugadores por lo general no se limita a la contratación de estos por un club, acabando su tarea una vez suscrito el contrato, sino que realiza otras muchas funciones durante la vigencia del contrato de mediación en beneficio de su representado.

»Es cierto que, como mantiene la sentencia recurrida, se ha calificado, en principio, la mediación deportiva «como contrato atípico de representación y mediación en la esfera deportiva, incardinable dentro del contrato ordinario civil de mediación o corretaje.».

»Pero también es cierto que ha merecido otras calificaciones en sentencias de Audiencias Provinciales: (i) contrato atípico, sinalagmático y oneroso por el que se articula una representación en exclusiva a favor de la sociedad agente actora, que asume el encargo de promover gestiones y concluir contratos vinculados con la actividad de futbolista del representado y en nombre y por cuenta del mismo, recibiendo a cambio una retribución, que se rige, con arreglo a los principios de la autonomía privada y libertad contractual, por los pactos concertados y por las normas generales de las obligaciones y contratos; (ii) contrato de intermediación, que no es otra cosa que un arrendamiento de servicios, regulado en los artículos 1544 y concordantes del Código Civil, que obliga al receptor del servicio a pagar al agente y a éste a desplegar la actividad convenida, siempre teniendo en cuenta el principio de autonomía de la voluntad que recoge el artículo 1255 CC. Si bien aquella intermediación puede también ser conectada con el contrato de mandato, que regulan los artículos 1709 siguientes del Código Civil, pues es lo cierto que el intermediario que presta el servicio de conexión entre el jugador de fútbol y el club en el que pretende jugar, es, de alguna forma, representante del jugador, actuando como tal; (iii) los agentes constituyen un alter ego del futbolista que deberá defender sus intereses frente a terceros, ya sea en su contratación profesional como en todo tipo de compraventas que sobre su imagen o cualquier otro derecho se contrate, incluyendo también el asesoramiento en lo más conveniente para ellos, así como promocionarlos frente a las empresas, de tal manera que obtengan los mejores resultados para sus representados.

» En todas las calificaciones late un principio básico, cual es estar a lo expresamente pactado, a lo que cabe añadir que también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1258 CC). Precisamente, y en relación a los usos, puede servir, según ya es expusimos, como criterio interpretativo los Reglamentos de la Fifa, traspuestos por la RFEF.

»Se colige que el agente, por lo general, se convierte en un asesor con funciones de difícil encaje bajo una misma figura, aunque se acerque, según opiniones autorizadas, al agent anglosajón como persona que realiza diferentes funciones siempre relativas a la promoción de contratación.

»Todas estas consideraciones subyacen en la sentencia de esta sala 9/2015, de 21 de enero, que destaca como relevante el «propósito negocial buscado por las partes», y para ello pone de relieve que «debe atenderse, principalmente, a la autoría negocial como criterio preferente de interpretación y, en su caso, a los usos y costumbres que resulten de aplicación».

2.- Si se atiende a la autoría negocial se aprecia que sólo se puede exigir la retribución por los servicios prestados (cláusula quinta del contrato) de los contratos deportivos «que el jugador haya suscrito durante la vigencia de este acuerdo», y en la cláusula sexta se menciona, de forma copulativa, «contratos negociados y suscritos». Por tanto, la «suscripción» del contrato laboral durante la vigencia del contrato de mediación deportiva es la que hace exigible la obligación de retribución. Cuestión distinta es si el jugador contratante de la mediación ha incumplido las obligaciones comprometidas en la cláusula cuarta del contrato, sin que el contrato prevea cláusula penal para tales incumplimientos.

3.- La sentencia 127/2017, ya mencionada, refiere que los reglamentos de la FIFA, traspuestos a los estatutos federativos de la Real Federación Española de fútbol (RFEF), aunque se trate de normas de naturaleza privada, sirven de referencia para la interpretación de los contratos sometidos a su ámbito objetivo de aplicación.

Si se atiende a la reforma del reglamento de agentes FIFA llevada a cabo el 29 de octubre de 2007, que entró en vigor el 1º de enero de 2008, que era el vigente al tiempo en el que se celebró el contrato litigioso de mediación, en concreto a su art. 20.3, se aprecia que, sin servir de cobertura a fraudes de ley, protege la libertad del jugador; de forma que no quede, en una carrera que no es muy larga, vinculado al agente durante mucho tiempo.

El artículo dispone: «Si el agente de jugadores y el jugador no optan por un pago único y el contrato de trabajo del jugador negociado por el agente de jugadores en su nombre durase más que el contrato de representación suscrito entre el agente de jugadores y el jugador, el agente de jugadores tendrá derecho a su remuneración anual incluso después de haber vencido el contrato de representación. Este derecho durará hasta

que el contrato de trabajo objeto del contrato de representación venza o hasta que el jugador firme un nuevo contrato de trabajo sin la intervención del mismo agente de jugadores»

Por ello declaraba la sala en la citada sentencia que: «Si la obligación del pago periódico de la retribución se extiende necesariamente hasta la extinción del contrato laboral por vencimiento del plazo pactado, sería ilusorio que el contrato de mediación se limitase a dos años, con prórrogas «expresas» de otros dos, pues bastaría que el mediador, representante del jugador joven, ilusionado en su futuro deportivo y sin experiencia tanto él como su entorno familiar en estas materias, le indujese a firmar un contrato de larga duración para vincularle a él retributivamente durante todos esos años.»

Es cierto que el jugador en la última etapa del contrato litigioso de mediación gozaba de asesoramiento legal, pero no cuando lo celebró con la actora, empresa profesional del ramo; por lo que la oscuridad u omisiones en el contrato deben correr en contra del predisponente, como reconoce la sentencia recurrida.

Se aprecia que se pacta una retribución del 10%, cuya legalidad no se cuestiona, pero sí que es muy superior a la prevista por el reglamento (art. 20.4) en defecto de pacto, que es del 3%, señal de que el jugador se encontraba en una situación de asimetría negocial.

Por razones temporales no merecen nuestra atención las importantes modificaciones sufridas por los anteriores reglamentos, sustituidos desde el 1 de abril de 2015 por el Reglamento sobre las Relaciones con los Intermediarios, que, a su vez, ha dado lugar al reglamento de Intermediarios de la RFEF.

Octavo. Decisión de la sala.

1.- La sentencia recurrida, aunque podría ser más explícita, parece contemplar la distinción entre el derecho de la actora a ser retribuida por la suscripción del contrato de mediación, y el derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos a causa del incumplimiento de sus obligaciones por parte del demandado.

2.- En atención a los términos del contrato, relativos a la remuneración, que ha merecido nuestra consideración previa, la actora no tendría derecho a ser remunerada, pues cuando se suscribió el contrato de trabajo (1 de julio de 2011) el contrato de mediación deportiva ya no se encontraba en vigor. Es cierto, según consta como probado, que el 4 de abril de 2011 el Manchester United comunicó al Atlético de Madrid que ya había acordado los términos del contrato con el jugador, pues el club madrileño había otorgado al club inglés una opción exclusiva de compra para el traspaso del jugador con efectos a partir del 1 de julio de 2011, y de ahí tal comunicación. Pero también lo es, y no es hecho probado sino calificación jurídica, que en esa fecha (4 de abril de 2011) había acuerdo sobre los términos del contrato pero no se encontraba éste perfeccionado, si se atiende a la opción de compra que había otorgado el Club Atlético de Madrid al Club Manchester United. Tan es así que es el 28 de junio de 2011 cuando el Manchester United comunica al Club Atlético de Madrid que ejerce la opción de adquisición de los derechos del jugador, que el día anterior había pasado el reconocimiento médico. De todo ello se infiere que negociaciones serias e intensas existieron ente ambos clubs, y con el jugador, durante la vigencia del contrato de mediación deportiva, pero que, sin embargo, el contrato de trabajo no se perfeccionó ni se suscribió en ese ámbito temporal, lo que se compadece con una máxima de experiencia de no celebrarse entre clubs traspasos de jugadores en el mes de abril, periodo álgido de la temporada, sino a la finalización de ésta y antes del comienzo de la siguiente, que es lo que sucedió, aunque naturalmente con negociaciones previas prácticamente cerradas.

3.- Lo anterior se compadece con la afirmación de la sentencia recurrida, y de ahí su coherencia, de que el Sr. Juan Manuel incumplió claramente sus obligaciones por no informar a la actora de sus gestiones directas con el Club Manchester United, contraviniendo el deber asumido de informarle de cualquier acontecimiento o circunstancia que pudiese influir en el desarrollo de su carrera deportiva.

Por ello la sentencia si le reconoce el derecho a ser indemnizada por los perjuicios sufridos.

Sobre su cuantificación ha de decidir la sala, haciendo la correspondiente revisión de la sentencia recurrida.

4.- La anterior distinción se hace teniendo en cuenta el contenido del contrato litigioso de 20 de junio de 2009 en relación con la doctrina de la sala, antes citada, que recoge la sentencia 9/2015, de 21 de enero. Esta sentencia destaca «el carácter principal que tiene el contrato de mediación, esto es, su sustantividad propia, de forma que aunque tenga por finalidad el facilitar la celebración de otro contrato, no cabe establecer un vínculo causal directo entre ellos teniendo, por lo tanto, autonomía en su respectivo ámbito de eficacia jurídica». Pero añade que «no obstante, también se ha puntualizado que en relación a la "perfección del encargo" y, en su caso, al «éxito de la mediación, particularmente referida al propósito negocial buscado por las partes, debe atenderse, principalmente,

a la autonomía negocial como criterio preferente de interpretación[...]. Si así se obra, las negociaciones a que hace mención el contrato de 20 de junio de 2009 sobre mediación deportiva tenían como fin, en lo que ahora se debate, la suscripción de un contrato deportivo.

No cabe, pues, extraer las negociaciones de su contexto y darles una autonomía e individualización que la autonomía negocial no ha previsto.

Como consecuencia de ello las negociaciones entre clubs y con el jugador, ya expuestas, a espaldas del agente, no pueden tener, a efectos de la exclusividad, la relevancia y efectos pretendidos por la recurrente, pues la suscripción del contrato deportivo, que era su fin, estaba prevista para una fecha en la que el agente no podía suscribirlo en calidad de representante del jugador, ya que el contrato de mediación deportiva había dejado de tener vigencia. Lo anterior no empece a que constituya un incumplimiento contractual ocultar al agente las negociaciones mencionadas, ni tampoco que se considere que el jugador, al obrar así, actuó con falta de buena fe negocial.

5.- La sentencia recurrida, con razonamientos que, según la sala, no contravienen la lógica ni el derecho, entiende que la cantidad solicitada en la demanda, en concepto de daños y perjuicios, y concedida por la sentencia de primera instancia (10% del importe bruto del contrato deportivo suscrito entre D. Juan Manuel y el Manchester United), resulta totalmente desproporcionada «tanto desde el punto de vista del incumplimiento, como desde el punto de vista de los perjuicios efectivamente sufridos por la mercantil apelada.»

(i) Rechaza la equiparación de los daños y perjuicios sufridos a lo que sería la remuneración pactada en el contrato de mediación deportiva, tanto por razones formales como materiales.

Por razones formales por cuanto el pago no se pactó como pago único sino sujeto a liquidaciones «dentro de los diez días siguientes a la percepción de los ingresos» del contrato deportivo.

Por tanto, si quería la parte equiparar los daños y perjuicios al cumplimiento de la obligación de pago, si éste hubiese sido exigible, la condena se habría de solicitar acomodada a lo pactado y no a la posibilidad de pago único, pues en este caso el jugador debía adelantar el pago total de la comisión, con evidentes perjuicios económicos, según lo pactado, y con perjuicios jurídicos, según lo ya expuesto, si llegase a formalizar un nuevo contrato deportivo con otro agente.

Por razones materiales porque no consta que, al ocultar el jugador al agente las negociaciones con el Manchester United, se le privase al agente de la posibilidad de ser él quien las mantuviese y alcanzase el acuerdo a efectos de poder exigir el pago previsto en el contrato de mediación deportiva, pues hay que tener en cuenta que todo obedeció a un acuerdo por el que el Atlético de Madrid, que no tenía relación jurídica con la parte actora, otorgaba al club inglés una opción exclusiva de compra para el traspaso del jugador, pero, y ello es relevante, «con efectos a partir del 1 de julio de 2011», y naturalmente tras ejercitar este club la opción de compra.

De lo anterior se colige que no podía suscribirse el contrato laboral hasta esta fecha y después de ejercitarse la opción, y por ende fuera del periodo de vigencia del contrato de mediación deportiva, salvo que las partes se aviniesen a modificar este contrato, que no era el caso.

El citado acuerdo de traspaso permitía negociaciones previas entre el Manchester United y el jugador, pero el ejercicio de la opción de compra y la posterior suscripción se difería, según se ha recogido, para un periodo posterior al ámbito temporal de vigencia del contrato de mediación deportiva.

Lo contrario supondría, paradójicamente, que, a partir del día 1 de julio de 2011, extinguido el contrato de mediación deportiva, la parte actora tuviese derecho a cobrar el 10% de los ingresos brutos del jugador durante los cinco años del contrato deportivo suscrito entre éste y el club Manchester United, a partir de esa fecha. Por tanto, ninguna oportunidad tenía el agente al respecto, aunque el jugador hubiese cumplido con su obligación de informarle de las negociaciones, cuya mala fe al ocultarla no se niega.

No cabe reprochar al jugador que la actora, profesional del ramo, no previese en el contrato una cláusula penal para el supuesto de tales incumplimientos.

Naturalmente si se acudiese a esa previsión contractual conviene recordar lo sostenido por esta sala en la sentencia 530/2016, de 13 de septiembre :

«No obstante, es claro para esta sala que dicha posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que el artículo 1255 CC establece: pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente. No sólo las cláusulas penales «opresivas», intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado [como en el



caso que contempló la STS 26/2013, de 5 de febrero (Rec. 1440/2010)], o las «usurarias», aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; sino también aquéllas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. Un ordenamiento jurídico que contiene una prohibición como la del artículo 1859 CC no puede tener límite alguno de proporcionalidad a la libertad de los contratantes de estipular penas privadas.

»Para ese último tipo de cláusulas, con penalidades desproporcionadas en el sentido descrito, esta sala expresa su disposición a admitir la reducción judicial conservadora de su validez; que, como es evidente, ninguna relación tiene con lo dispuesto en el artículo 1154 CC, por lo que no se opone a nuestra actual jurisprudencia sobre en qué casos cabe, y en cuáles no, la moderación judicial de la pena que dicha norma contempla.

»Naturalmente, la carga de alegar y de probar (si no es evidente) que la penalidad era, desde la perspectiva ex ante considerada, extraordinariamente excesiva, corresponderá al contratante que se oponga a que la cláusula penal le sea aplicada en los términos pactados (art. 217.3 LEC).»

(ii) No puede la recurrente incluir en la indemnización la correspondiente a las negociaciones seguidas por ella con el Manchester United, por cuanto no consta probado que mantuviese negociaciones con este club.

Pretende en el recurso de casación que se estime error en la valoración de la prueba, por negar la sentencia recurrida la existencia de tales negociaciones.

Sin embargo se ha de tener en cuenta que la sentencia de primera instancia no da por probadas las citadas negociaciones y, no obstante, la actora, y aquí recurrente, no interpuso recurso de apelación contra aquella.

Es cierto que no tenía sentido que recurriese pues se había estimado su demanda, pero también lo es que, una vez que interpuso el demandado recurso de apelación contra la sentencia y se le dio traslado a la actora, venía obligada a impugnar aquellos pronunciamientos que le eran desfavorables si es que quería que integrasen el objeto del debate en el ámbito del recurso, y sin embargo no lo hizo.

Por tanto se trataría de una cuestión nueva, que no es admisible plantear en el recurso de casación.

La sentencia número 398/2016, de 14 junio, recurso número 169/2014, recoge que afirma la sentencia de 13 de octubre de 2015, Rc. 2117/2013, que: «Es doctrina reiterada de esta Sala (SSTS de 13 de julio de 2011, rec. no 912/2007, 6 de mayo de 2011, rec. nº 2178/2007, 21 de septiembre de 2011, Rc. no 1244/2008, y 10 de octubre de 2011, Rc. nº 1331/2008) que no resulta admisible plantear en casación cuestiones nuevas, entendiéndose por tales tanto las que no fueron suscitadas por la parte recurrente en primera instancia como las que sí lo fueron pero no integraron el objeto del debate en apelación y, por tanto, quedaron fuera de la razón decisoria de la sentencia de la segunda instancia, ya que el recurso extraordinario de casación tiene por finalidad corregir las posibles infracciones legales en que hubiera podido incurrir la sentencia impugnada, que únicamente resultarán predicables respecto de aquellas cuestiones sobre las que se haya pronunciado por constituir objeto del recurso de apelación (SSTS de 28 de mayo de 2004, Rc. nº 2171/1998, 3 de diciembre de 2009, Rc. nº 2236/2005, 21 de julio de 2008, Rc. nº 3705/2001, 10 de mayo de 2011, Rc. nº 1401/2007, 10 de octubre de 2011, Rc. nº 1331/2008, y 30 de abril de 2012, Rc. nº 515/2009)». Se trata de evitar indefensión para la parte contraria, por privarla de oportunidades de alegación y prueba, con transgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa, al verse sorprendida la contraparte por unas alegaciones que no fueron objeto del debate (SSTC 1 de julio de 2004 y 27 octubre 2004), y así se desprende del artículo 477.1 LEC.

(iii) Finalmente recoge la sentencia recurrida la oportunidad de la que se privó a la actora a causa del incumplimiento por el jugador de su obligación, y fija la indemnización, sin que la sala tenga elementos de juicio para revisarla al alza.

Se ha de tener en cuenta que el título de indemnización es por pérdida de oportunidad y no por prejuicios reales.

Por todo lo expuesto el motivo debe desestimarse.

Noveno. Decisión de la Sala sobre el motivo segundo.

Esta sala, a partir del Acuerdo de 20 de diciembre de 2005 consolida una nueva orientación, que se plasma en sentencias, entre otras, de 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio; 2 de julio de 2007, 12 de mayo 2015, que, prescindiendo del alcance dado a la regla in illiquidis non fit mor, atiende al canon de la razonabilidad en la



oposición para decidir la procedencia para condenar o no al pago de intereses y concreción del dies a quo del devengo. Este moderno criterio, que da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva de la tutela judicial, toma como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado, y demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado.

En el caso, la cuantía de la indemnización a cuyo pago se condena al demandado es muy inferior a la pretendida por la parte actora y ha sido liquidada en la sentencia de instancia que contiene el correspondiente pronunciamiento. No hay, por lo tanto, razón para que el demandado deba hacer frente al pago de los intereses legales desde la interpelación judicial, cuando no era líquida la indemnización que lo ha sido desde la fecha en que en la instancia recayó el pronunciamiento judicial que la cuantifica, y es además absolutamente desproporcionada.

Décimo.

De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC , procede imponer a la parte recurrente las costas de ambos recursos.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por U1st Sports S.A., representada por el procurador D. Carlos Alberto de Grado Viejo, asistido del letrado D. Alberto Goetsch Lara, contra la sentencia dictada por la Sección 20ª de la Audiencia Provincial de Madrid, el día 5 de mayo de 2015, dictada en el recurso de apelación 213/2014, dimanante de los autos de procedimiento ordinario nº 1343/2012, del Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid.

2.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por U1st Sports S.A., representada por el procurador D. Carlos Alberto de Grado Viejo, contra la ya mencionada sentencia.

3.º- Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza.

4.º- Imponer a la parte recurrente las costas de ambos recursos, con pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.