

USO DEL DERECHO DE TANTEO EN LA ENAJENACIÓN DE DERECHOS ECONÓMICOS Y FEDERATIVOS EN EL ÁMBITO DEPORTIVO

Álvaro Gómez de la Vega Jiménez

1. Concepto e inclusión en el derecho deportivo

Se define el derecho de tanteo como la herramienta legal por la cual una persona física o jurídica obtiene una preferencia a la hora de adquirir un bien en igualdad de condiciones con respecto a la oferta realizada por tercero interesado.

Dicho concepto viene recogido, entre otras leyes/código, en el artículo 1.521 del Código Civil que dice así:

“El retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago.”

Asimismo, este derecho ha sido común en la compraventa de inmuebles y, en España, la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, en su artículo 25, incorpora dicho concepto mediante el establecimiento de un derecho de tanteo en favor del arrendatario en caso de compraventa del inmueble arrendado. El primer apartado de dicho artículo dice lo siguiente:

“25.1. En caso de venta de la vivienda arrendada, tendrá el arrendatario derecho de adquisición preferente sobre la misma, en las condiciones previstas en los apartados siguientes.”

Por tanto y en este caso, se nos presenta el derecho de tanteo en el arrendamiento de viviendas urbanas como el derecho del inquilino a adquirir la vivienda, con prioridad frente a terceros compradores, en caso de que el dueño de la misma tome la decisión de vender el inmueble.

No obstante, el sector inmobiliario no tiene la exclusiva de este derecho y su uso se ha ido derivando a diversos sectores de la economía y a industrias que emplean el derecho de tanteo y retracto a la hora de negociar contratos de compraventa de derechos reales, de bienes muebles y un largo etcétera.

Llegados a este punto y tomando lo que hemos visto en la Ley de Arrendamientos Urbanos la fórmula de funcionamiento del derecho de tanteo parece simple:

A y B pactan para que sobre el bien Z, propiedad/titularidad de A, exista un derecho de tanteo en favor de B en caso de una futura venta por un tiempo definido y/o siempre que haya una oferta de C.

En un momento dado, C hace una oferta por dicho bien Z, activándose el derecho de tanteo de B.

Por tanto, A deberá informar en un plazo determinado a B de las condiciones ofertadas por C y que determinan la futura transferencia del bien Z.

Será entonces que, una vez recibida la información y en otro plazo determinado, B podrá obtener Z en las condiciones ofertadas por C y aceptadas por A mediante el ejercicio de su derecho de tanteo.

En este sentido, se ha podido ver que este concepto legal ha sido trasladado a la enajenación de los derechos económicos y federativos de los deportistas profesionales de élite siendo una excelente herramienta a la hora de negociar entre clubes o sociedades anónimas deportivas.

La forma de emplearlo se ha conocido como ese derecho de preferencia o, en ocasiones, las mal llamadas opciones de “recompra” que no son más que el uso de un derecho de tanteo en caso de venta de los derechos del jugador a un tercero.

Subrayamos que el bien enajenado son los derechos económicos y federativos del jugador en cuestión ya que hay que diferenciar la esfera civil/mercantil de la puramente laboral.

A lo largo de este artículo, veremos que el consentimiento del jugador juega un papel más que relevante a la hora de interpretar las cláusulas que contienen derechos de tanteo y el alcance de las mismas, pero que dicho consentimiento no determina la validez del derecho de tanteo ni es un elemento esencial para el mismo.

La herramienta es mucho más común en jugadores jóvenes. Esto se debe a la especulación que existe en el mercado de transferencias deportivas y a la incertidumbre que da el potencial de un jugador que apenas ha llegado a la élite destacando en las categorías inferiores.

Durante el presente mercado de transferencias hemos podido observar que el Fútbol Club Barcelona ha empleado este mecanismo en la transferencia de Víctor Roque para su

cesión en el Real Betis Balompié¹, reservándose una opción de recompra en caso de ser finalmente transferido al club hispalense.

El verano pasado, otras fuentes apuntaron al empleo del derecho de tanteo por el Real Madrid en el traspaso de una de sus jóvenes promesas, Sergio Arribas, a la Unión Deportiva Almería.²

Por tanto, podemos observar como muchos clubes vendedores, con capacidad económica y de negociación superior sobre el club comprador, suelen incorporar la antedicha opción de recompra para el caso que el jugador vendido (probablemente formado en el club vendedor) se revalorice, poder recuperarlo con unas condiciones más ventajosas.

Igualmente interesante es ver la cuantificación de las cláusulas penales en caso de incumplimiento, en la línea de las mal llamadas cláusulas de rescisión, que se establecen en estos derechos de tanteo de los jugadores profesionales y de cómo han sido tratados dichos casos en nuestra jurisprudencia.

Recientemente, hemos podido ver un más que interesante litigio de arbitraje legal deportivo entre el RCD Espanyol de Barcelona y el Real Sporting de Gijón que se saldó con un laudo desfavorable para el segundo debiendo abonar una cuantía de dos millones de euros (2.000.000.-€) a favor del club catalán.

La disputa versaba sobre un supuesto incumplimiento por el Real Sporting de Gijón de un derecho de tanteo que dicho club otorgó al club perico que, a su vez, lo ostentaba sobre uno de sus jugadores. Este jugador fue transferido al Girondins de Burdeos durante el mes de agosto de 2023 a cambio de una suma importante de dinero mediante un contrato de transferencia.

El incumplimiento del derecho de tanteo radicaba en la falta de notificación del club gijonés al RCD Espanyol de Barcelona sobre la oferta recibida de Francia y que, posteriormente, se materializó en la mencionada transferencia de los derechos económicos y federativos del jugador del conjunto gijonés al Girondins de Burdeos por parte del Real Sporting de Gijón.

Finalmente, se ha podido saber el laudo fue desfavorable para los asturianos, según reflejó la prensa, ya que se acreditó el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el derecho de tanteo pactado entre los clubes y la falta de comunicación de la intención de vender al jugador a un tercero.³

¹ <https://www.mundodeportivo.com/futbol/fc-barcelona/20240824/1002303512/detalles-cesion-vitor-roque-betis.html#:~:text=El%20club%20azulgrana%20ha%20acordado,recomprarlo%20por%2027%2C5%20millones>

² <https://www.estadiodeportivo.com/futbol/ud-almeria/las-cifras-finales-del-traspaso-sergio-arribas-almeria-20230808-425493.html>

³ <https://www.lavozdeasturias.es/noticia/sporting1905/2024/06/14/sporting-debera-pagar-2-millones-espanyol-sancion-pedro-diaz/00031718348664459854776.htm>

Asimismo, no era la primera vez que el fútbol profesional español veía un litigio de estas características.

Podemos encontrar otra controversia que versaba de la vulneración de un derecho de tanteo que ostentaba el Real Club Recreativo de Huelva respecto otro jugador de fútbol profesional de su plantilla y que fue vulnerado por el Hércules de Alicante en el año 2010 que lo transfirió a un tercero.⁴

Este caso tuvo relevancia y se diferencia del anterior, por contar el documento con la presencia/firma del jugador y un pacto expreso que el Hércules de Alicante no respetó transfiriendo al mencionado jugador a un tercero durante el año 2010.

Cabe mencionar que la prensa también se hizo eco de la noticia y que publicó parte del laudo cuyo contenido era el siguiente:

"El Tribunal de Arbitraje del Fútbol resolvió de manera favorable para el Real Club Recreativo de Huelva el contencioso que mantenía dicha SAD con el Hércules de Alicante, por una cláusula de tanteo del jugador _____, [...]

El Hércules tendrá que abonar al Recreativo 1.116.000 euros en concepto de indemnización (1.000.000 de euros, más 100.00 adicionales y el IVA de esta última partida)." ⁵

Viendo estas cantidades y la notoriedad de los casos, no estamos ante una cuestión menor y veremos que esta herramienta común en las negociaciones de los clubes, tiene cierto grado de complejidad y necesidad de exactitud en la forma de construirla.

Por consiguiente, este artículo se antoja necesario ante una cuestión que el letrado especializado en derecho deportivo no puede ignorar bajo ningún concepto.

2. Consideraciones sobre las cláusulas que incluyan un derecho de tanteo

a) La importancia de la redacción de las cláusulas.

Como mencionábamos anteriormente, a la hora de redactar las cláusulas, hay que tener una determinada precisión para evitar posibles causas de nulidad o excesos que pueden

⁴ https://www.eldesmarque.com/futbol/recreativo/20100928/el-recre-demanda-al-hercules-por-el-contrato-de-venta-de-dani-bautista_90023220.html

⁵ https://www.huelvainformacion.es/deportes/Hercules-pagara-euros-Dani-Bautista_0_458354773.html

afectar tanto al derecho como a la posible penalización en caso de incumplimiento de una de las partes.

Una buena redacción, tanto en este tipo de derechos como en cualquier documento de índole legal, nos ahorrará quebraderos de cabeza o interpretaciones torticeras en caso de que el tanteo se ejerza o, en el peor de los casos, se vulnere. Tirando de sabiduría popular: “*es mejor prevenir que curar*”.

Como consecuencia de lo anterior, se tiene que ser meticuloso en el objeto, alcance, plazos y formas de comunicación, entre otros, para que la cláusula revista de la formalidad necesaria para su propia validez y operatividad.

Por todo ello, este artículo hará un desglose detallado de los puntos esenciales que conforman ese “esqueleto” de la cláusula que contenga un derecho de tanteo. Por tanto, los puntos que desarrollaremos a continuación darán al lector una visión e idea de qué conceptos han de ser incluidos y cómo han de incluirse:

- b) La presencia o ausencia del jugador cuyos derechos económicos y federativos se enajenen.

Esta es la primera cuestión que nos aclarará ciertos puntos que desarrollaremos posteriormente. La presencia de la firma del jugador, como parte consciente e involucrada, es un elemento importante pero no esencial para el perfeccionamiento de un derecho de tanteo.

Se podría interpretar que, conforme a los artículos 6.3. y 6.4. del Código Civil, la cláusula provoca un perjuicio en el trabajador y que limita sus derechos laborales. No obstante, la jurisprudencia no sólo no ha admitido su inclusión sino que algunos Juzgados de lo Social se han declarado directamente no competentes en cuestiones de este tipo.

En este punto cabe subrayar que el factor diferencial es que, si el jugador presta su consentimiento, nos encontraremos con que el jugador será igualmente responsable como lo será su club otorgante frente al tercero que se le otorga el derecho de tanteo.

Por tanto, la firma del jugador lo que hace es completar el círculo y, en caso de ejercicio, tener la operación de traspaso completamente controlada. Es así como podemos afirmar que sus derechos no están limitados si no es parte firmante puesto que el objeto de enajenación son unos derechos de los cuales, como veremos más adelante, es titular su empleador.

No obstante, conviene analizar qué escenarios se abren tanto si el jugador firma como si no lo hace:

- La ausencia del consentimiento del jugador.

Llegados a este punto, la pregunta que hay que hacerse es: **¿puede ser nulo el derecho de tanteo si el jugador no consiente o no es parte firmante del documento?**

Aquí tendríamos que ver la jurisprudencia ya que podría alegarse que, sin el consentimiento del jugador, el documento podría carecer de validez y que este podría limitar al jugador en su libre elección como trabajador.

No obstante, en diversos litigios a lo largo de los años, la jurisprudencia ha determinado la validez de estas cláusulas siempre que hayan sido libremente pactadas entre dos clubes en virtud del principio del *pact sunt servanda*. Aquí deberíamos añadir que además de la libre voluntad de las partes, el pacto tiene que ser en igualdad de condiciones no yendo contra la moral y el orden público.

Asimismo, al no estar el jugador y no siendo un contrato de transferencia propiamente dicho, podemos concluir que estamos ante un contrato privado, el cual sí tiene cabida en nuestro ordenamiento y que sí ha sido reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En consecuencia, vemos que el contrato privado debe ser catalogado como contrato atípico incardinado bajo el principio general de libertad contractual recogido por la **Sentencia del Tribunal Supremo del 24 de Octubre de 2.014:**

“El principio general de libertad contractual y de autonomía privada, que consagra el artículo 1255 del Código Civil , permite la posibilidad de que las partes puedan configurar una relación negocial compleja sin la necesidad de ajustarse a los tipos pre establecidos por la ley y, a la vez, la posibilidad de modificar o sustituir la disciplina correspondiente a un determinado tipo de contrato, todo ello de conformidad con los concretos intereses o propósito negocial que, en cada caso, las partes traten de articular por medio de su relación negocial; entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2012 (núm. 428/2012)”

Este tipo de contratos es lo que se conoce como contratos atípicos o innominados, que son los que carecen de regulación legal y que se regirán por las normas generales de contratación, además de por las estipulaciones hechas por las partes, y por normas de figuras afines.

En este contexto, al tratarse de un pacto libre entre dos partes con plena capacidad legal de actuación, tendremos que acudir a los siguientes artículos del Código Civil para saber el porqué de su validez:

- ✓ **Artículo 1.088.** *“Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.”*
- ✓ **Artículo 1.089.** *“Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y quasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.”*

- ✓ **Artículo 1.091** que establece “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.”
- ✓ **Artículo 1.254.** “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.”
- ✓ **Artículo 1.255.** “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.”
- ✓ **Artículo 1.256.** “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.”
- ✓ **Artículo 1.258.** “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley.”
- ✓ **Artículo 1.124.** “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios y abono de intereses en ambos casos...”

Por consiguiente, la conclusión es que en caso de haber un contrato privado, los pactos de derecho de tanteo o si está incluido dentro un contrato, estos pactos son válidos siempre que haya sido puestos de mutuo acuerdo entre un club que, efectivamente, tiene ese derecho y la concesión a un tercero que lo que obtiene no es un derecho a contratar a un jugador *ipso facto* sino que tiene derecho a:

- (i) ser informado de las condiciones de la oferta de un tercero;
- (ii) a igualar la oferta de dicho tercero;
- (iii) a intentar la contratación del jugador o iniciar las negociaciones paralelamente, que podrá aceptar o no las condiciones de ese tercero, del club que ejerce el derecho de tanteo o de ninguno de los dos.

- La presencia del jugador en el documento.

En el otro lado, podemos encontrar al jugador como parte firmante y encontrar ese derecho de tanteo dentro de un contrato de transferencia mediante las llamadas cláusulas de recompra que básicamente son un derecho de tanteo que obtiene el equipo vendedor para poder recuperar al jugador cuyos derechos económicos y federativos transfiere.

Igualmente, podemos encontrar otro documento privado en el cual se establezca dicho derecho de tanteo pero que, esta vez, firme el jugador.

En ambos casos, veremos que se solapa la parte mercantil con la laboral creándose entre el club detentador del derecho de tanteo y el jugador una especie de pre-contrato.

Llegados a este punto, podremos ver que el club que tiene el derecho de tanteo y el jugador deberán, de cara a tener un pacto sólido y constituir la antedicha especie de pre-contrato laboral, pactar las condiciones de dicha contratación que:

- i) O podrán incluir en la redacción del contrato de transferencia en el caso de la recompra o en un documento separado que complemente el pacto del contrato de transferencia;
- ii) O, en el caso del documento privado, podrán insertarlo dentro del propio documento o en un documento separado entre jugador y club con el derecho de tanteo.

Lo habitual es que se haga en documento separado por la confidencialidad y de cara a que el club otorgante del derecho de tanteo no tenga constancia de dichas condiciones, pudiendo ser algo que, una vez conocido, siempre puede enturbiar las negociaciones paralelas.

- c) El objeto que se quiere enajenar y a quién pertenece.

Tal como mencionábamos con anterioridad, el objeto son los derechos económicos y federativos que un club tiene sobre un jugador profesional en concreto.

El derecho afecta, como mínimo, a ambos clubes contratantes siendo uno el que otorga el derecho de tanteo sobre unos derechos económicos y federativos de su titularidad a un tercero.

En este sentido y como hemos señalado en el punto inmediatamente anterior, no podrá darse por hecha la posterior contratación del jugador si éste no es parte firmante del documento prestando su consentimiento expreso y a unas condiciones mínimas para la futura contratación.

d) Entre quiénes se pueden otorgar.

Este punto que puede parecer obvio, puesto que sólo puede disponer de un derecho el titular y la entidad a la que se otorga mediante pacto expreso.

No obstante, no lo es tanto si acudimos al fútbol y, más concretamente, a la normativa FIFA que nos limita la enajenación de los derechos económicos y federativos de los futbolistas a los clubes y a los propios jugadores.

En este contexto, dentro del artículo 18 del vigente Reglamento sobre la Transferencia y el Estatuto del Jugador de la FIFA podemos leer lo siguiente:

“Artículo 18bis Influencia de terceros en los clubes:

1. Ningún club concertará un contrato que permita al/los club(es) contrario(s) y viceversa o a terceros, asumir una posición por la cual pueda influir en asuntos laborales o sobre transferencias relacionadas con la independencia, la política o la actuación de los equipos del club.”

“Artículo 18ter Propiedad de los derechos económicos de los jugadores por parte de terceros

1. Ningún club o jugador podrá firmar un contrato con un tercero que conceda a dicho tercero el derecho de participar, parcial o totalmente, del valor de un futuro traspaso de un jugador de un club a otro, o que le otorgue derechos relacionados con futuros fichajes o con el valor de futuros fichajes.”

Es por ello, que los clubes de fútbol ni las sociedades anónimas podrán enajenar derechos económicos y, mucho menos, federativos a terceros ajenos al fútbol.

Era práctica común hacer los denominados TPOs (Third Party Ownership Agreements/Contatos de Propiedad de Terceros) en favor de fondos de inversión, entidades de crédito o incluso de representantes sobre los derechos económicos de los jugadores. Para los clubes era una forma de ahorrar costes y para los terceros mencionados suponía una posibilidad de lucrarse.

No obstante, la FIFA decidió poner cartas sobre el asunto y prohibió este tipo de acuerdos entre sujetos ajenos al fútbol, limitándolos a los clubes y a los propios jugadores. De igual modo, con el nuevo Reglamento de Agentes de la FIFA podemos ver que se permiten mandatos de venta para operaciones concretas y siempre que sean del club vendedor a un agente registrado.

Respecto de este último punto han surgido dudas y los honorarios propuestos por la FIFA en dicho Reglamento han sido impugnados en muchos países, siendo suspendidos por el momento en gran parte de Europa.⁶

Por tanto y volviendo a los derechos de tanteo sobre los derechos económicos y federativos de los jugadores, en cuanto a fútbol se refiere, estos contratos sólo serán válidos entre clubes y siempre que su independencia/libertad de actuación no se vea comprometida por cláusulas abusivas.

- e) Si el derecho va a ser parte de un contrato de transferencia o parte de un documento privado

Este punto suele ser importante por diversos motivos:

El primero por ver la implicación del jugador y si el mismo es consciente de que se enajenan derechos que le afectan.

El segundo, por saber si el documento privado reviste de la formalidad necesaria y si es válido que se comprometa a un jugador si no es parte.

Lo más común será que:

- i) Se incluya en el documento de traspaso en caso de una posible "recompra" con un consentimiento expreso del jugador lo cual le hará parte vinculada;
- ii) Documento privado en el que podrá figurar o no el jugador.

Ambas opciones son válidas pero tienen una mayor o menor utilidad en función de si el jugador es parte del correspondiente pacto tal como vamos a ver en el siguiente punto.

- f) El valor a pagar por dicho derecho.

Este derecho se puede cuantificar e incluso suponer un pago en favor del club o sociedad anónima deportiva que lo otorga al tercero.

Dicho pago o cuantificación determinará que la ausencia del mismo, invalide el pacto y que, en caso de incumplimiento, no haya penalización por dicho incumplimiento en la obligación del pago.

No obstante y de cara a simplificar, es habitual que los mismos se otorguen sin valoración económica y puede que incluso se encuentren vinculados o dentro de otra

⁶ <https://cincodias.elpais.com/companias/2024-05-14/la-audiencia-de-madrid-mantiene-en-suspensu-el-limite-de-la-fifa-a-las-comisiones-de-los-agentes-de-los-futbolistas.html>

operación, con lo cual es un complemento o queda totalmente absorbido. De ahí, que encontremos documentos/contratos donde se otorgue de manera gratuita.

Lo habitual será que se otorgue por una cuantía baja o de manera gratuita si el pacto es entre clubes por documento privado. Respecto a si el jugador es parte del documento, es posible que se abone aunque puede que figure como otro concepto o que se descuento del precio de la “recompra”.

En dichos casos en que se otorga de manera gratuita, de cara a un eventual litigio la realidad sería que el derecho fue otorgado de manera no onerosa y se suprimiría todo el contexto de la operación principal (especialmente si el derecho de tanteo se encuentra en un documento aparte).

Al final, como se suele decir, el papel lo sustenta todo y también se tendría que ver caso por caso.

g) Los plazos.

Los plazos son parte esencial del derecho de tanteo y determinan la validez del pacto ya que, sin ellos, estaríamos ante un pacto nulo.

Desde un punto de vista práctico o lógico, no se puede entender este derecho sin unos límites temporales ya que el otorgante del derecho de tanteo se podría ver claramente perjudicado o atrapado en una obligación onerosa.

Es más, ya en el artículo 25 de la citada Ley de Arrendamientos Urbanos, se establecen unos plazos de ejercicio y caducidad:

“2. El arrendatario podrá ejercitar un derecho de tanteo sobre la finca arrendada en un plazo de treinta días naturales, a contar desde el siguiente en que se le notifique en forma fehaciente la decisión de vender la finca arrendada, el precio y las demás condiciones esenciales de la transmisión.

Los efectos de la notificación prevenida en el párrafo anterior caducarán a los ciento ochenta días naturales siguientes a la misma.”

Por tanto, respecto a los plazos se debe tener claro que estos se dividen en las siguientes partes o conceptos:

- i) El plazo de notificación de la persona que va enajenar el bien sobre el cual existe el derecho de tanteo.
- ii) El plazo de ejercicio de ejercicio de la persona que ostenta el derecho de tanteo sobre el bien enajenado.

- iii) Que la omisión en la respuesta conlleva la pérdida del ejercicio del derecho de tanteo.
- iv) Reducción de los plazos en caso de que la oferta del tercero se reciba a uno o dos días del cierre del correspondiente mercado de transferencias (en el caso del fútbol profesional).

En cuanto a la redacción de los plazos, ésta no conlleva un gran misterio en tanto, a pesar de ser un elemento esencial para que pueda ser válido el derecho de tanteo, la forma de inclusión en el documento no tiene más complejidad que indicar una de las siguientes opciones:

- i) El número exacto de días o incluso horas en el supuesto de cierre inminente del mercado de transferencias.
- ii) Si estos días son naturales o hábiles.

También, la inclusión de los plazos de los pagos en caso de haber pactado un precio o en el caso de una penalización, nos ayudará de cara al cálculo de posibles intereses de demora o para ver si el incumplimiento ha sido grave o no.

Finalmente, hay que tener en cuenta si vamos a establecer otro plazo que será el que podemos imponer al club que vaya a transferir los derechos del jugador a unas temporadas concretas.

Es decir, sabemos que el jugador mantiene una relación laboral con el club otorgante del derecho y que dicha relación puede extenderse en el tiempo mediante las pertinentes prórrogas pactadas entre club y jugador.

Entonces, **¿limitaremos el ejercicio del derecho de tanteo a las temporadas iniciales o será aplicable durante toda la relación del jugador con el club otorgante?**

En este supuesto, no hay respuesta correcta: dependerá única y exclusivamente de lo pactado entre las partes.

Por un lado, el club que obtiene el derecho de tanteo será proclive a que su derecho no tenga límite temporal y que esté sujeto a que el club otorgante venda los derechos económicos y federativos del jugador en cualquier momento.

Por el otro lado, el club otorgante querrá ceñirlo a una o dos ventanas de transferencia para obtener un mayor rendimiento en caso de una venta y no tener que estar limitado a una oferta que un tercero sólo tiene que igualar.

Sea como fuere, las partes tendrán que negociar este punto ya que si no se indica nada, la obligación subsistirá siempre que el jugador se encuentre laboral y contractualmente vinculado al club otorgante del derecho de tanteo.

h) La forma de notificación.

La forma de la notificación no siendo un elemento esencial, sí ha de estar bien regulada y detallada en el contrato. De no estarlo, podríamos encontrarnos en supuestos donde tendríamos que acudir a una testifical para probar el cumplimiento de la obligación, lo cual supondría un caos innecesario y evitable.

Nuevamente, incidimos en que lo que bien empieza bien acaba y que con una buena redacción, estas cláusulas no deberían dar quebraderos de cabeza.

Por tanto, aquí lo habitual será exigir una notificación por escrito entre las personas de manera que conste de manera fehaciente que se han enviado dichas comunicaciones de las ofertas y del interés o desinterés del club detentador del derecho de tanteo en ejercer su derecho.

La ventaja del correo electrónico es evidente: sabemos la fecha y horas exactas de envío y recepción, sabemos el destinatario y emisor del correo e incluso podemos pedir certificación el envío y recepción.

Si nada se especificase, podríamos encontrar que un club incumplidor se acogiese a una comunicación verbal. No obstante, esto sería muy difícil de probar -hasta el punto de que podría exigir al club demandante superar una verdadera *probatio diabolica* en el sentido de que dicha notificación no tuvo lugar- aunque, de demostrarse, sería plenamente válido.

Idealmente, se indicará que la comunicación será mediante el envío de correo electrónico escrito y, además, se deberían indicar varias direcciones específicas de correo electrónico de los clubes implicados para mayor seguridad.

Dicha forma de comunicación será recíproca tanto para notificar el interés del tercero con sus términos y condiciones como para notificar el interés o desinterés sobre la adquisición del jugador por parte del detentador del derecho de tanteo.

i) La penalización en caso de incumplimiento.

Es habitual incluir cláusulas de penalización de cara a obtener una liquidación de los daños y perjuicios que puede tener el club detentador si su derecho es vulnerado por el club otorgante.

Asimismo, como ya veremos más adelante, estas cláusulas han de ser proporcionadas y que no provoquen efectos usurarios u opresivos sobre aquel que tenga que responder de las mismas.

Además, veremos que la participación o no del jugador en el documento tiene relevancia a la hora de cuantificar dichas penalizaciones, admitiéndose una modulación de las mismas por árbitros y jueces de conformidad con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Es cierto que las partes pueden pactar lo que estimen y ese pacto puede prevalecer en caso de disputa. No obstante, la penalización tiene un efecto disuasorio en muchos casos y puede ser un caso análogo al de las cláusulas de rescisión que ya sufrieron modificación a la baja en casos como el de Zubiaurre.

En dicho caso, la Real Sociedad contaba con un jugador de su cantera con un salario muy desproporcionado en relación a la mal llamada cláusula de rescisión.

El jugador, con un club interesado en contratar sus servicios, rompió unilateralmente su contrato, el cual establecía una penalización de treinta millones de euros (30.000.000.- €) la cual cuando llegó a los Juzgados de lo Social del País Vasco, el juez confirmó que la justificación que impuso el tribunal de instancia al rebajar a 5 millones de euros la indemnización fijada, al considerar que la cantidad inicialmente pactada:

"se utilizó como instrumento de un poder de dominación del club, ya que con esa cuantía una salida antes de tiempo del jugador, en la práctica, resultaba imposible"

También mencionaba que la cláusula de rescisión fijada a Zubiaurre era "*una cláusula tipo impuesta a todos los jugadores*".⁷

Ello produjo que, por primera vez, se redujera la cláusula de rescisión de treinta millones de euros a cinco millones que hubo de pagar Ibán Zubiaurre con el Athletic Club de Bilbao como responsable subsidiario.⁸

¿En qué enlaza este caso con los derechos de tanteo?

En la posibilidad u opción de la que dispone el juez para modular penalizaciones que se estimen desproporcionadas. Estas penalizaciones se suelen estimar como desproporcionadas con más facilidad si el pacto se ha dado únicamente entre clubes, casos en los que no se ha "cerrado el círculo" que mencionábamos en el apartado a) de este artículo.

- j) Ejemplo de redacción de un derecho de tanteo entre dos clubes/sociedades anónimas deportivas sin el jugador:

⁷ <https://www.libertaddigital.com/deportes/el-supremo-confirma-que-iban-zubiaurre-debe-pagar-cinco-millones-a-la-real-sociedad-1276331916/>

⁸ https://cronicavasca.elespanol.com/economia/20240630/el-zubiaurre-millonaria-la-real-athletic-justicia/865663479_0.html

A confiere al B, un derecho de tanteo exclusivo y excluyente por valor de MIL EUROS (1.000.-€) a abonar antes del 30 de septiembre de 2024 de los derechos federativos, derechos de imagen y derechos de publicidad del D./Dña. _____, libres de toda carga y gravamen desde la firma del presente.

Este derecho estará vigente durante lo que resta de la presente temporada y durante una temporada más (2024/2025 y 2025/2026), esto es hasta el 30 de junio de 2026 o fecha en que de facto acabe la temporada 2025/2026 en España.

A queda obligado a notificar de manera fehaciente y por escrito a B sobre todas y cada una de las condiciones ofertadas por cualquier club tercero interesado en adquirir los derechos de D./Dña. _____ dentro de los dos (2) días hábiles posteriores a la eventual oferta no otorgando bajo ningún concepto el transfer del/a JUGADOR/A sin el consentimiento previo y por escrito del B durante el plazo máximo para su ejercicio.

En este sentido, la oferta del club o clubes tercero/s será compartida con B debiendo enviar la comunicación oficial o no oficial de la oferta enviada por dicho club tercero y debiendo informar A a dicho club de dicha circunstancia no pudiendo alegar motivos de confidencialidad.

En caso de que B ejerza el derecho de tanteo, para lo cual dispondrá de cuatro (4) días naturales a contar desde que reciba la comunicación anterior, ambas entidades se comprometen a suscribir los documentos necesarios para el traspaso definitivo del jugador y la inscripción en el B, todo ello en las condiciones ofertadas por el club tercero.

La comunicación ejerciendo dicho derecho deberá ser recibida por el A dentro del período arriba indicado, por cualquier medio que acredite su recepción.

A este respecto se hace constar que las comunicaciones se harán mediante correo electrónico a las siguientes direcciones:

- Club A: direccióndeportiva@cluba.com / info@cluba.com / ceo@cluba.com / legal@cluba.com

- Club B: direccióndeportiva@clubb.com / info@clubb.com / ceo@clubb.com / legal@clubb.com

En caso de incumplir esta obligación o cualesquiera aquí recogidas, A quedará obligado a abonar al B la cantidad de DIEZ MIL EUROS (10.000.-€) como compensación por los daños y perjuicios causados a B que habrán de ser abonados dentro de los 30 días siguientes al incumplimiento causado por A.

3. De la posible modificación o no de las cláusulas de penalización

Llegamos al punto donde debemos analizar si las penalizaciones establecidas en caso de incumplimiento son justas, válidas de acorde a nuestro ordenamiento jurídico o si su valor es algo que requiera un ajuste por parte del legislador.

Comenzamos con la jurisprudencia de la **Sala Primera del Tribunal Supremo, iniciada por la Sentencia de 13 de junio de 2.016**, jurisprudencia que admite la moderación en los casos de pena con cuantía desproporcionada.

Podemos encontrar dos perspectivas para dicha moderación:

- i) La perspectiva que lo hará por encontrar limitaciones de la autonomía de la libertad;
- ii) O bien, desde la perspectiva por la aplicación analógica del artículo 1.154 del Código Civil.

“Artículo 1154: El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”

Podemos ver que la modificación sería en caso de encontrarnos en un supuestos de cumplimiento parcial o irregular y que dicha modificación no aplicaría en caso de un incumplimiento total.

No obstante, la jurisprudencia admite la moderación en el caso de una cuantía de la pena desproporcionada.

Tanto es así, que la Sentencia mencionada acepta la moderación en caso de cláusulas con cuantías desproporcionadas tanto en el supuesto de las cláusulas penales con función coercitiva, sancionadora o punitiva (si estas no suponen algo abusivo o ilegal), como en las cláusulas penales con mera función de liquidación anticipada de los daños y perjuicios.

Aquí veremos que, en el ejemplo antes expuesto, podemos encontrar un encaje en nuestra jurisprudencia y que podría calificar a dicha cláusula como un pacto de *“efecto disuasorio excesivo”*, entre las cuales se encuentran, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2.016:

“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".

Según la citada Sentencia:

"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".

Es decir, una penalidad desproporcionada podría afectar a los límites de la autonomía de la voluntad del art. 1.255 del C.C, por entender que la cláusula podría ser contraria a la moral o al orden público, aunque una moderación de la penalidad le haría conservar su validez.

Es decir, podría darse el caso de que se declarase nula la penalización pero que dicha nulidad no afectase al resto del derecho de tanteo. Por tanto, aquí el juez tendrá la potestad y la obligación de modular la penalización.

Por consiguiente, las cláusulas penales han de tener un cierto sentido a la hora de cuantificarlas y han de evitarse excesos o sinsentidos que invaliden su contenido.

Bien es cierto que lo más común es una cuantificación excesiva de cara a que las partes tomen en serio sus obligaciones ya que, a pesar de los casos expuestos al inicio, es muy poco frecuente que estas obligaciones sean infringidas por las partes que las firman.

4. Conclusión

Tras todo lo comentado, podemos observar que tenemos un instrumento regulado por nuestro derecho y que ha sido empleado, cada vez con más frecuencia, por las direcciones deportivas a nivel nacional como internacional.

Su inclusión en contratos de traspaso y contratos privados, es algo común y que favorece o que quita tensiones a la hora de negociar sobre jugadores. Como mencionábamos, es una herramienta común en jugadores jóvenes

Se podría decir que existe cierta especulación, pero es que el mercado de transferencias internacionales del fútbol se encuentra, a día de hoy, en unos números que rondan, según el último informe de la FIFA, un total de 9.630 millones de USD.⁹

⁹ <https://digitalhub.fifa.com/m/114622e4e17cf6a8/original/FIFA-Global-Transfer-Report-2023.pdf>

Por tanto, esta herramienta es un instrumento que supone reducción de gasto a corto plazo en transferencias y que permite una mejor salida de los jugadores jóvenes que pueden verse bloqueados en categorías inferiores de grandes equipos.

Asimismo, hemos podido ver que su validez depende de una redacción sensata y que evite todo tipo de excesos tanto en las obligaciones como en las penalizaciones. La presencia del jugador es recomendable aunque no esencial y los plazos sí que suponen una parte imprescindible, especialmente para la ejecución.

Después de este análisis, estimo que los derechos de tanteo tienen una utilidad negocial importante siendo plenamente válidos bajo nuestro ordenamiento y siendo un elemento que como abogados debemos poner sobre la mesa como herramienta beneficiosa para los implicados.

EDITA: IUSPORT

Agosto 2024