

La caja de pandora

Cláusulas de rescisión vs. indemnización por ruptura contractual

Guido Jamer

El mercado de pases del verano europeo de 2017 ha encontrado en las “Cláusulas de Salida”[1] un protagonista explosivo y estridente, no solo a nivel europeo con la ejecución de su cláusula de rescisión por parte de Neymar Jr. para dejar Barcelona F.C. y marcharse al Paris Saint Germain, sino también a nivel local aquí en Argentina con la conflictiva salida de Lucas Alario del Club Atlético River Plate para desembarcar en la Bundesliga de la mano del Bayern Leverkusen.

Asimismo, este tipo de cláusulas han encontrado cobijo mediático a través de pletóricas renovaciones contractuales, como es el caso de la extensión de contrato de Isco con Real Madrid hasta 2022 con una cláusula de rescisión pactada en la suma de setecientos millones de euros, o las renovaciones de dicho club con sus delanteros estrellas Cristiano Ronaldo y Karim Benzema, con cláusulas de rescisión para cada uno reportadas en los mil millones de euros. No obstante la exuberancia de las cifras, lo cierto es que cuando opera la ejecución de esta familia de cláusulas suelen desarrollarse situaciones de conflicto, ya sea por el equipaje emocional que conlleva para un club y sus hinchas ver a un jugador querido o importante abandonar las filas del Club, o porque las partes involucradas no están de acuerdo en cuál es el tipo exacto de cláusula que se está ejecutando y las consecuencias que esta tipología pueda tener para el desarrollo de la aludida ejecución.

Este artículo se propone inmiscuirse en la diferenciación conceptual entre “Cláusulas de Rescisión” y “Cláusulas de Indemnización por Ruptura Contractual”, sus definiciones, naturaleza jurídica y como esta diferenciación encastra en el mundo jurídico del fútbol mundial[2].

Para afrontar dicho cometido se analizará la impregnación conceptual de estas cláusulas en el Código Suizo de Obligaciones (“CSO”), doctrina suiza y por supuesto su raigambre reglamentario en el Reglamento sobre Estatuto y Transferencia de Jugadores de FIFA (“RETJ”). Además, se analizarán precedentes relevantes de la Cámara de Resolución de Disputas de FIFA (“CRD”) y del Tribunal Arbitral del Deporte (“TAS”) y como estos tribunales consideran y diferencian esta familia de cláusulas. Por último, se abordará el asunto de las cláusulas ambiguas, es decir aquellas en las cuales conviven elementos que permitirían considerarlas como cláusulas de rescisión o de indemnización, y como ha sido la doctrina de la CRD y del TAS para diferenciar dichas cláusulas.

Como método de estudio, este artículo no se desarrolla partiendo de definiciones firmes de los institutos bajo análisis, “Cláusula de Rescisión” y “Cláusula de Indemnización por Ruptura Contractual” respectivamente, sino que se propone partir del análisis de las diversas fuentes jurídicas que se desarrollarán a continuación, para luego arribar hacia definiciones conceptuales de los objetos de estudio, a modo de conclusión y no, justamente, de premisa.

Reglamento Sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores FIFA (RETJ) [\[arriba\]](#)

Entiendo que la diferenciación entre Cláusula de Rescisión y Cláusula de Indemnización por Ruptura Contractual se encuentra amalgamada en la estructura

normativa del RETJ. Así, parecería que el instituto de la "Cláusula de Rescisión" ha sido previsto por la FIFA en el Artículo 13 del RETJ, que dispone que "Un contrato entre un jugador profesional y un club podrá rescindirse[3] solo al vencimiento del contrato o de común acuerdo." En efecto, el "común acuerdo" en la práctica puede manifestarse de diversas maneras, sea que el mismo opere en el marco de una transferencia definitiva a un tercer club, o, mediante la ejecución de una cláusula pactada bilateralmente e inserta en el cuerpo contractual que une al club y al jugador. En este último caso, puede estipularse que el jugador tenga derecho a rescindir su contrato abonando una suma determinada de dinero al club, quedando, consecuentemente, en libertad de acción federativa y sin exposición alguna a las sanciones disciplinarias previstas en el Artículo 17 del RETJ. Dentro de este mismo género, también es posible que un contrato prevea el derecho de un club de rescindirle el contrato a un jugador abonándole a este una suma determinada de dinero, sin que el jugador tenga derecho a considerarse "despedido" sin causa, con todas las consecuencias disciplinarias que ello podría conllevar para con el club.

No obstante, la forma que en la práctica tome el "común acuerdo" al que refiere el comentado artículo, lo cierto es que el artículo dota a la cláusula de rescisión de un elemento "bilateral", aparentemente ausente en el caso de las cláusulas de indemnización por ruptura contractual, como se verá más adelante. De esta forma lo han ponderado los Dres. Crespo Pérez y Frega Navia al comentar que "...en lo que concierne al cumplimiento del contrato, entiendo que no solo se puede 'rescindir' al vencer el mismo, o por mutuo acuerdo entendido cuando se realiza un traspaso, que es lo que quiere decir el artículo 13, sino que también se podrá pactar en el propio contrato, una suma indemnizatoria que, acordada por las partes, permite a un modo de "cumplimiento" del contrato, al conocer las partes que esa cláusula existe y puede llevarse a cabo, sin entender que sea una rescisión sin justa causa, sino pactada"[4].

En este orden de ideas, el comentario al Artículo 17 abaliza categóricamente que "las partes pueden estipular en el contrato la cantidad que el jugador pagará al club como indemnización para rescindir unilateralmente el contrato (la llamada cláusula de rescisión). La ventaja de esta cláusula es que desde el primer momento las partes acuerdan la cantidad y la fijan en el contrato. Al depositar esta cantidad a favor del club, el jugador tiene derecho a rescindir unilateralmente el contrato de trabajo. Como con la cláusula de rescisión las partes ha acordado ofrecer al jugador la posibilidad de finalizar el contrato en cualquier momento y sin ninguna razón válida, es decir, también durante el período protegido, no pueden imponerse sanciones deportivas al jugador por rescisión anticipada".

Resulta paradójico que el Comentario FIFA del Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores se refiera expresamente a la existencia de las cláusulas de rescisión[5], no, como uno habría de suponer, en el comentario al Artículo 13, sino en el comentario al Artículo 17 del RETJ, que regula las consecuencias de "...que un contrato se rescinda[6] sin causa justificada...". En efecto, la piedra angular de este artículo es la existencia de un "incumplimiento contractual"[7] que obliga a la parte "incumplidora", al terminar unilateralmente el contrato antes de su tiempo natural de vencimiento y sin el amparo de un común acuerdo al respecto, a abonar a la parte acreedora una suma de dinero en concepto de indemnización, suma que puede estar o no pactada anticipadamente en el contrato laboral, bajo el instituto de la "Cláusula de Indemnización por Ruptura Contractual".

He aquí, entonces, el quid de la cuestión que diferencia a este tipo de cláusulas de aquellas denominadas "de rescisión", según se desprende de los instrumentos de

FIFA aquí reseñados. En el caso de las cláusulas de rescisión, la rescisión es un derecho pactado bilateralmente en el ámbito contractual, por lo que su ejecución no es sino un cumplimiento contractual y, por ende, excluye la aplicación de sanciones disciplinarias al respecto. Por el contrario, la cláusula de indemnización por ruptura contractual no confiere el derecho de rescisión a las partes, sino que simplemente establece el monto de dinero a abonarse en concepto de indemnización en caso de que una de las partes decida unilateralmente terminar el contrato anticipadamente, incurriendo inevitablemente en su incumplimiento.

Aplicación de Derecho Suizo [\[arriba\]](#)

Es menester señalar que la importancia y relevancia del derecho suizo respecto del mundo de los contratos en el fútbol surge expresamente de los Estatutos de FIFA, que en su actual artículo 57 (Antiguo 66) consagra la jurisdicción de alzada del TAS y la aplicación del Derecho Suizo como complemento a los Reglamentos de FIFA. En virtud del mencionado artículo, ya es solemne la jurisprudencia del TAS[8] en torno al aspecto vinculante de los Reglamentos FIFA y el Derecho Suizo, complementariamente, para las partes que comparecen ante los tribunales arbitrales de FIFA y TAS como instancia de apelación, doctrina que ha sido más afianzada aun con la reciente bocanada de aire fresco que el Tribunal Federal Alemán le ha dado, en su decisión del caso "Pechstein"[9], al sistema de arbitraje del deporte que confluye hacia los despachos del TAS.

Código Suizo de Obligaciones. Doctrina Suiza [\[arriba\]](#)

Artículo 160[10]

1- Cuando se promete el pago de una penalidad por el no cumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato, el acreedor solamente podrá compeler al cumplimiento de la obligación o el pago de la penalidad.

2 - Cuando se promete el pago de una penalidad por el fracaso a cumplir con el tiempo o lugar estipulado para el cumplimiento de la obligación, el acreedor podrá reclamar la penalidad adicionalmente al cumplimiento de la obligación, provisto que no haya expresamente renunciado a dicho derecho o que haya aceptado el cumplimiento sin reservas.

3 - Lo anterior no será de aplicación si el deudor puede probar que tenía el derecho a retirarse del contrato al pagar la penalidad.

En el Código Suizo de Obligaciones, las cláusulas compensatorias de daño y/o penales se tipifican en el Artículo 160[11]. Si bien se analizará más adelante como el TAS referencia e interpreta este artículo a los efectos de definir su posición frente a una "cláusula de salida", es interesante adentrarse en la lectura que al respecto realiza el Dr. Franz Werro[12], al clasificar y señalar la naturaleza jurídica de las cláusulas insertas en el comentado artículo[13].

El Dr. Werro entiende fundamental distinguir un "acuerdo de indemnización a tanto alzado" de la "penalidad contractual", los que considera como acuerdos accesorios que acompañan una obligación principal cuyo propósito es garantizar la sanción en caso de incumplimiento. Según el mencionado autor, el "acuerdo de indemnización" se rige por las reglas generales de las obligaciones y puede definirse como un acuerdo mediante el cual las partes adelantan el monto de los daños y perjuicios que puedan

deberse en caso de incumplimiento de una o varias obligaciones contractuales. La compensación acordada es fija, ya que se establece contractualmente de antemano sin referencias a circunstancias particulares del incumplimiento o sus consecuencias, y si bien el acreedor tiene la obligación de demostrar el daño (ya que solo puede exigirse si el incumplimiento causa daño al acreedor) se le dispensa la carga de demostrar el alcance del menoscabo. Dentro de la clasificación de "acuerdo de indemnización", el Dr. Werro distingue, por un lado, a aquellos acuerdos "de tasa fija absoluta", que establecen un monto fijo y único respecto de la indemnización, de los de "indemnización a tanto alzado", que establece un monto mínimo a pagar por el deudor en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación, dejando la puerta abierta a la posibilidad de que las partes prueben que la lesión ha sido mayor o inferior a la lesión acordada, obteniendo así la regulación judicial correspondiente.

Respecto de la cláusula penal, el citado autor la entiende regulada en el citado Artículo 160 del CSO y la define como el acuerdo accesorio mediante el cual el deudor le promete al acreedor un beneficio en caso de que no realice o realice imperfectamente una determinada obligación. Se distingue "la pena alternativa", regulada por el inciso 1 del artículo 160 y según la cual el acreedor solo puede elegir entre la ejecución de la obligación principal o la multa acordada (quedando prohibida la acumulación de los beneficios), a la pena acumulativa prevista en el inciso 2.

Según Werro, para distinguir entre un "acuerdo compensatorio" y una "cláusula penal" podemos aplicar los siguientes criterios. En cuanto a los intereses de las partes, la cláusula penal es un instrumento de presión al deudor, mientras que el acuerdo compensatorio fija los intereses de ambas partes ya que el acreedor no necesita probar el alcance de la lesión y el deudor sabe anticipadamente el precio a pagar si no realiza correctamente la obligación principal. Por lo tanto, el acuerdo compensatorio tiene por objeto principal la compensación del daño causado (que debe necesariamente existir), en contraste con el elemento punitivo presente en la cláusula penal (cuya ejecución no depende de la existencia de daño, sino meramente de un incumplimiento).

La interpretación doctrinaria antes descrita es útil para aproximarse al Artículo 160 del CSO desde el punto de vista suizo. No obstante, y como se verá a continuación, el TAS marca una diferencia entre "cláusulas de rescisión" y "cláusulas de indemnización", pero equipara estas últimas a las cláusulas penales en sentido amplio y, a la hora de definir su naturaleza jurídica, se respalda normativamente en el Artículo 160 del CSO, en contraste con la exegesis del Dr. Werro que distingue entre cláusulas de indemnización y cláusulas estrictamente penales, adjudicando únicamente al Artículo 160 la tipicidad de estas últimas.

Jurisprudencia TAS / CRD FIFA [\[arriba\]](#)

En un principio, el tratamiento jurisprudencial de las cláusulas de salida por parte del TAS no singularizaba las tipologías de cláusulas de rescisión y/o de indemnización respectivamente. La primera vez que el TAS trató una rescisión de contrato mediante la ejecución de una cláusula de rescisión contractualmente pactada fue en el ámbito del caso "Barreto"[14], en el que admitió su validez por aplicación del insigne Real Decreto 1006/85[15]. Más adelante, en ocasión de decidir el célebre caso "Matuzalem"[16], el TAS se enfocó primordialmente en pautas de cálculo del monto compensatorio por ruptura unilateral injustificada de contrato, criterios que tuvo que adoptar al considerar que la cláusula 3.3[17] del contrato laboral entre el

jugador Matuzalem Francelino Da Silva y el Club Shakhtar Donetsk de Ucrania no constituía una cláusula de indemnización por ruptura unilateral de contrato. No solo no ahondó en sus argumentos y razonamientos para desestimar la mencionada cláusula como una cláusula de indemnización, sino que, además, expuso un obiter dictum en el cual se pronunció acerca de la validez y necesidad de las cláusulas de salida, sin hilar fino en diferenciar sus diversas tipologías. De esta manera, el panel del TAS de marras expresó que "...la razón de permitir que las partes establezcan anticipadamente en el contrato el monto a abonarse en el evento de una terminación unilateral, prematura e injustificada de contrato es reconocer que en ciertos países jugadores y clubes no solo tienen el derecho sino la obligación de hacerlo (mientras que, debe notarse, en otros países ello puede estar prohibido)...que dichas cláusulas se llamen 'de compra', 'indemnización' o 'penales' es irrelevante...las partes deben proveer en el contrato el monto a abonarse por la parte incumplidora en el caso de incumplimiento o terminación prematura y unilateral del contrato laboral".

Empero, el caso "Bresciano"[18] constituye un firme punto de partida para analizar la relativamente joven jurisprudencia actual del TAS frente a las "cláusulas de salida"[19] y su distinción conceptual. Para resolver el caso en cuestión, el TAS tuvo que pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica de una cláusula de salida prevista en el contrato laboral suscripto entre el jugador australiano Mark Bresciano y el Club Al Nasr de Emiratos Árabes Unidos. Dicha cláusula, inserta en el Artículo 8 del mencionado contrato disponía que "Si el [jugador] cancela por su cuenta el contrato entre él y el [club] por cualquier razón, él le pagará al [club] el monto total del dinero abonado por el [club] al [jugador] [como resultado de la implementación del Contrato. Salvo que el daño causado al [club] exceda este monto, en cuyo caso el [club] podrá reclamarle al [jugador] por la compensación real de los daños resultantes de dicho incumplimiento." [20]

En el contexto del caso, el jugador y Al Nasr se encontraban entablando conversaciones para encaminar la renovación del contrato laboral que los unía. En el transcurso de las negociaciones el jugador informó al club que tenía la voluntad de dejar sus filas, por lo que envió, a través de sus abogados, una carta informando la terminación unilateral e irrevocable del contrato y requirió que el club provea los datos bancarios correspondientes a fin de abonar la suma estipulada en la cláusula de terminación (antes transcripta) y liberarse del contrato. Días más tarde, el jugador suscribió un contrato laboral con el club Al Gharafa de Qatar, lo cual motivó a Al Nasr a realizar una presentación ante la Cámara de Resolución de Disputas de la FIFA reclamando indemnización por daños debido a la ruptura unilateral sin causa de contrato y solicitando sanciones disciplinarias contra el jugador y su nuevo club (por inducción a ruptura contractual) conforme lo estipulado por el Artículo 17 del RETJ. La CRD de FIFA hizo lugar al reclamo de Al Nasr y ordenó al jugador y a Al Gharafa (solidariamente) al pago de la suma indemnizatoria, además de imponerles sanciones disciplinarias de cuatro meses de suspensión y prohibición de incorporar jugadores durante dos periodos de pases respectivamente. Ante la apelación del jugador y Al Gharafa, el caso aterriza en los despachos del TAS.

En el comentado caso, definir la naturaleza jurídica de la cláusula en cuestión denotaba la piedra angular del razonamiento jurídico del panel decisorio. Ello así, ya que la consideración de la citada cláusula como una cláusula de rescisión o una cláusula de indemnización tendría impacto directo en el monto que el jugador y su

nuevo club debían pagarle al club anterior y también sobre la aplicabilidad o no de las sanciones disciplinarias dispuestas por la CRD de FIFA. En efecto, el panel se remitió a la definición de “cláusulas de rescisión” vertidas en el Comentario FIFA al RETJ, y opinó que dicha definición “...se corresponde con una práctica standard en el fútbol internacional, las partes, cuando suscriben un contrato, pueden acordar que en un momento determinado (o cualquier momento) una de las partes (normalmente el jugador) pueda terminar el contrato mediante una simple notificación y pagando el monto estipulado. En otras palabras, una de las partes (normalmente el club) acepta de antemano que el contrato puede ser terminado: como resultado, cuando el contrato sea efectivamente terminado, dicha terminación puede ser basada en el previo consentimiento de las partes. Por ende, no hay incumplimiento contractual, y la parte terminante del contrato no será pasible de sanciones deportivas. Solamente estará obligada a pagar el monto estipulado -que representa la “consideración” (o precio) de la terminación...”.

Sentado lo anterior, el panel procedió a analizar la cláusula en disputa y consideró que la misma se refiere, no a una cláusula de rescisión, sino a una cláusula penal o “de daños líquidos”[21]. El panel entendió que la redacción de la cláusula era clara en cuanto a que no concedía al jugador derecho a terminar el contrato, sino que estipulaba las consecuencias en caso de que el contrato sea terminado antes de tiempo. Asimismo, el panel notó que la presencia idiomática de la palabra “daños” no era consistente con el concepto de una “cláusula de rescisión”. De igual modo, el panel consideró que la cláusula, en cuanto a su naturaleza penal, se asemejaba a aquella tipificada en el Artículo 160 del Código Suizo de Obligaciones (sin efectuar la disgregación conceptual hecha por el Dr. Werro) en cuanto a que reunía todos los elementos necesarios para ameritarla como una cláusula de “daños líquidos”, a saber: 1- Mención expresa de las partes obligadas. 2- tipo de penalidad determinada 3- condiciones de ejecutoriedad de la obligación de pago de la pena 4- parámetros identificables de establecimiento del monto. Por lo tanto, el panel concluyó que la analizada cláusula de terminación “...al determinar el monto de “daños” a ser resarcidos “si” el contrato se incumple, aparece cumplir con una función (determinación del monto que una parte debe pagarle a la otra en concepto de daños en caso de incumplimiento) es perfectamente consistente con la ley suiza.”[22]

La doctrina antes descripta obtuvo un íntegro y contundente respaldo en noviembre de 2016 mediante el laudo “Marmolejo.”[23] En este caso, el jugador colombiano Darwin Andrade Marmolejo perfeccionó una relación laboral como jugador profesional de fútbol con su compatriota club La Equidad, mediante un contrato que estipulaba, entre otras, la siguiente cláusula: “Las Partes acuerdan mutuamente que, de acuerdo con las provisiones del Artículo 64 del Código Laboral, la terminación del acuerdo sin justa causa por parte del empleado antes de la fecha de vencimiento del contrato causará que el empleado esté obligado a pagar al empleador todos los daños resultantes, que las partes han evaluado anticipadamente en el monto de cien mil dólares.” Un año después de la firma del contrato (y antes de su vencimiento natural) el jugador informó al club que terminaba unilateralmente la relación laboral, abonando una semana después la suma de cien mil dólares conforme lo pactado contractualmente. Posteriormente, La Equidad formuló un reclamo formal ante FIFA contra el jugador y su nuevo club, derivando en sanciones disciplinarias de suspensión de cuatro meses y prohibición de contratar durante dos ventanas de pases, por parte de la CRD al Jugador y su nuevo club respectivamente. Ante la apelación de estos, el caso entra en la órbita del TAS.

Nuevamente, y al igual que en el caso “Bresciano”, la definición de la naturaleza jurídica de la cláusula de salida era fundamental para establecer la aplicación o no

de sanciones disciplinarias contra el jugador y su nuevo club. Luego de reproducir idénticamente la doctrina del caso “Bresciano”, el panel concluyó que la cláusula en cuestión no constituía una cláusula de rescisión y debía considerarse como una cláusula de indemnización (o de “daños liquidos”), ya que no confería al jugador derecho de rescisión, y establecía las consecuencias en caso de ruptura unilateral sin justa causa por parte de él[24]. Asimismo, el panel hizo hincapié en el argumento idiomático de la inserción de la palabra “daños” en la redacción de la cláusula en cuestión y su incompatibilidad con el concepto de cláusula de rescisión.

Teniendo en cuenta los precedentes comentados, sumado a la doctrina sobre cláusulas de rescisión expuesta en el Comentario FIFA sobre el artículo 17 del RETJ[25], queda claro que es fundamental, para discernir los dos tipos de cláusulas bajo análisis, determinar si la misma confiere o no un derecho al jugador a rescindir el contrato y, por ende, la exclusión de sanciones disciplinarias contra él y su nuevo club.

La exégesis del TAS es congruente con algunos precedentes de la Cámara de Resolución de Disputas de FIFA al respecto. Precisamente, la CRD ha opinado que “...la redacción de la cláusula es clara: no le da a ninguna parte, Reclamante o Reclamado, el derecho o la opción a terminar unilateralmente el contrato de empleo, pero establece las consecuencias financieras cuando ‘la terminación del contrato no sea debido a justa causa o acuerdo mutuo entre las partes concernientes, el [reclamado] o el [reclamante] tendrán derecho a recibir de la otra parte incumplidora del contrato una compensación por el monto neto de(...)’. Además, la Cámara tomó particular nota de la referencia al término ‘compensación’ debida a la otra parte en caso de terminación sin justa causa. En este punto, la CRD considera que el término ‘compensación’ en el contexto de la cláusula relevante, es inconsistente con una cláusula de rescisión...”[26]

De este modo, para aceptar la validez de una cláusula o acuerdo de rescisión, la CRD debe cerciorarse de que las partes han podido negociar los términos de manera tal que no hayan sido impuestos leoninamente por una de las partes y que sean aceptables para el club y el jugador[27].

En resumen, y sopesando el RETJ y el Código Suizo de Obligaciones junto con la jurisprudencia del TAS/CAS antes expuesta, puede trazarse una línea distintiva entre la tipificación de “Cláusula de Rescisión” y “Cláusula de Indemnización por Ruptura Contractual”. En el caso de las primeras, estas son cláusulas en las cuales la rescisión es un derecho contractual pactado bilateralmente, por lo que su ejecutoriedad puede darse en cualquier momento[28] y no implica incumplimiento contractual alguno y ello excluye, pues, la aplicación de sanciones disciplinarias al jugador y su nuevo club. En contraste, las cláusulas de indemnización por ruptura contractual no confieren derecho alguno a la terminación anticipada de contrato sin justa causa, por lo que la terminación contractual en dicho contexto implicaría un incumplimiento material de contrato, generando daños y la obligación de compensar. Asimismo, y en caso de que la terminación injustificada se suscite dentro del periodo protegido, dará lugar a posibles sanciones disciplinarias hacia el jugador y su nuevo club.

Las Cláusulas ambiguas. Consecuencias [\[arriba\]](#)

La importancia de cláusulas contractuales con redacciones sólidas y diáfanas no ha de ser subestimada, no solo por sus implicancias prácticas, sino también por la ponderación que dichas cláusulas puedan tener en ocasión de una eventual

contienda ante la CRD o el TAS. Al respecto, en ocasión de exponer sus consideraciones para resolver el ya citado caso "Matuzalem", el panel de TAS expuso que "...es en el interés general de tanto jugadores como clubes establecer relativamente altos los lineamientos mínimos para admitir la existencia de una cláusula penal/de rescisión en el significado del Artículo 17 de las Regulaciones FIFA. Ya que por dicha cláusula las partes se apartan de una cuantificación de la compensación en base a todos los otros elementos especificados en el artículo 17, se les exige a las partes asegurarse que cualquier cláusula incluida en un contrato laboral deberá indicar la suma especificada como compensación en el evento de un incumplimiento unilateral, respectivamente terminación del contrato por cualquiera de las partes"[29].

En este orden de ideas, cabe reafirmar que la trascendencia de redacciones inmaculadas de las cláusulas de indemnización no es baladí, y es, por el contrario, parte de una solemne doctrina del TAS con dicha afinidad. Justamente, el tribunal arbitral ha opinado en reiteradas ocasiones que "...de acuerdo al Artículo 17, inciso 1 del RETJ, las partes de un contrato de empleo pueden estipular en el contrato el monto de compensación por incumplimiento contractual. Cuando dicha cláusula existe, su redacción no debe dar lugar a interpretaciones y debe reflejar claramente la verdadera intención de las partes..."[30].

No obstante, la claridad de la distinción de cláusulas desarrollada por FIFA y TAS y el hincapié jurisprudencial en la exigencia de redacciones precisas y consistentes de las cláusulas de salida, lo cierto es que en la práctica es habitual interactuar con cláusulas contractuales vagas y/o ambiguas que contienen elementos que permitirían considerarlas como cláusulas de rescisión o de indemnización, por lo que podemos considerarlas como cláusulas de tenor anfibológico.

La jurisprudencia del TAS, en torno a criterios de interpretación de un contrato o de cláusulas contractuales en disputa, es rica conceptualmente pero no resulta de utilidad, desde mi punto de vista, para establecer un grado razonable de previsibilidad de como un panel de TAS puede llegar a entender una determinada cláusula de salida[31]. Para interpretar cláusulas contractuales grises, el TAS suele remitirse a la aplicación de la regla interpretativa del Artículo 18 del Código Suizo de Obligaciones, que establece que "al evaluar la forma y términos de un contrato, la verdadera y común intención de las partes debe ser considerada sin estancarse en expresiones o indicaciones inexactas que pueden haber hecho, ya sea por error o con el propósito de esconder la verdadera naturaleza del acuerdo". Este artículo implica, tal como lo entiende el TAS, la búsqueda de la verdadera intención de las partes, independientemente de la literalidad del texto. Lo cierto es que el citado método es a menudo insuficiente, especialmente cuando se debe indagar a través de expresiones contractuales torpes, imprecisas o erróneas.[32]

Lo anterior debe reforzar la tesis de la importancia y conveniencia de cláusulas contractuales concisas y exactas, en contraste con aquellas envilecidas de una ambigüedad que, lejos de jugar a favor de la parte "más fuerte" como muchas veces se presume, genera una situación de incertidumbre e inestabilidad jurídica que puede perjudicar tanto a los jugadores como los clubes involucrados al arrastrarlos hacia un conflicto evitable y abrir la puerta a que un tribunal deje sin efecto la cláusula contractual "pactada" y aplique un monto compensatorio diferente al que las partes tenían en mente.

Esta última hipótesis se suscitó en el caso "Bangoura"[33], al desestimar el TAS la aplicación de una cláusula de indemnización redactada con tal ambigüedad que le

era imposible al panel discernir la verdadera intención de las partes. La cláusula en cuestión disponía que "...en caso de que el jugador haya terminado el antes mencionado contrato por su cuenta y por cualquier razón; el tendrá derecho a pagar al [club] (10,000,000) euros y el jugador tendrá derecho al (10%) del monto (3,000,000) euros que serán abonados del [club] al jugador. También, en el caso que [el club] reciba más de (10,000,000) euros entonces el monto que exceda (10,000,000) euros será dividido en partes iguales entre [el club] y el jugador". Respecto de la cláusula transcrita, el panel consideró, además de la vaguedad de la redacción, que el involucrar al jugador en el cobro de la compensación percibida implicaba un elemento que imposibilitaba considerar dicha cláusula como una cláusula de compensación en los términos del Artículo 17 del RETJ.

Independientemente del análisis jurisprudencial anterior, lo cierto es que en Argentina, y más allá de lo dispuesto por el Artículo 20 del Convenio Colectivo de Trabajo 557/09[34], la regla es la convivencia con contratos que disponen cláusulas de salida ambiguas, en especial en convenios laborales entre jugadores y clubes de la primera división[35]. Es decir, que estas cláusulas de salida contienen elementos idiomáticos y/o jurídicos correspondientes tanto a "Cláusulas de Rescisión" y/o "Cláusulas de Indemnización por Ruptura Unilateral" tal como han sido discernidas por la jurisprudencia de la CRD y TAS antes expuesta[36]. En efecto, para los clubes la tipificación de una cláusula de salida como "Cláusula de Indemnización" es más atractiva que una "Cláusula de Rescisión" porque ello implicaría, durante el periodo protegido, la exposición del jugador y su nuevo club a posibles sanciones disciplinarias en caso de ruptura unilateral de contrato, desalentando, por ende, dicho proceder. No obstante, y más allá del carácter disuasorio ante posibles sanciones disciplinarias, la "Cláusula de Indemnización" supone un arma de doble filo, tanto respecto de las sanciones disciplinarias como del monto indemnizatorio. En primer lugar, no es seguro que las sanciones disciplinarias sean necesariamente aplicadas ya que la jurisprudencia de FIFA y TAS es por demás inconsistente e impredecible[37] en ese sentido, lo cual contrasta absolutamente con el mandato reglamentario del Artículo 17.3 del RETJ en cuanto a que "...deberán imponerse sanciones deportivas a un jugador que rescinda un contrato durante el periodo protegido..."[38]. En segundo lugar, en una reciente decisión el TAS desestimó el derecho de un club damnificado a petitionar dichas sanciones ante FIFA, al considerar que "ninguna regla legal, sea en las Regulaciones FIFA u otro lado, le permite al club víctima de incumplimiento contractual petitionar que una sanción sea impuesta. En efecto, el sistema de sanciones establece las reglas que aplican a la FIFA, por un lado, y al jugador o el club que lo contrató, por el otro. Un tercero como el club víctima de incumplimiento contractual no tiene un interés legalmente protegido en este asunto y por ende no está en posición de requerir que una sanción sea impuesta al jugador y/o el club que contrató al jugador"[39]. Por último, la tipificación de una cláusula de salida como "cláusula de indemnización por ruptura unilateral" abre la puerta a la posibilidad que, ante una eventual contienda arbitral, la CRD y/o el TAS morigeren el monto indemnizatorio en favor de la parte incumplidora[40] en caso de considerarlo excesivo o desproporcional al incumplimiento o las particularidades del caso. Numerosos laudos del TAS han adoptado el enfoque de la morigeración, en aplicación del mandato legal dispuesto por el Artículo 163 del Código Suizo de Obligaciones que permite al juez reducir las penalidades que considere excesivas[41].

Conclusión [\[arriba\]](#) :

En virtud del análisis legislativo, doctrinario y jurisprudencial antes expuesto, pueden diferenciarse, en el ámbito de los contratos laborales del mundo del fútbol

profesional, dos especies diferentes de “Clausulas de Salida”, a saber: “Cláusulas de Rescisión” y “Clausulas de Indemnización por Ruptura Unilateral”. En el caso de las primeras, se trata de cláusulas que confieren un derecho bilateralmente pactado y reconocido a una o cualquiera de las partes a rescindir el contrato laboral en cualquier momento, a cambio de una suma de dinero previamente pactada, sin implicar la rescisión incumplimiento contractual alguno y excluyendo, pues, la posible aplicación de sanciones disciplinarias contra las partes involucradas y la posibilidad que un tribunal pueda morigerar la suma pactada por la rescisión. Por el contrario, las Clausulas de Indemnización por Ruptura Unilateral no confieren derecho alguno a rescindir el contrato, sino que meramente establecen las consecuencias financieras en relación a la indemnización por los daños causados en caso de que una de las partes termine unilateralmente el contrato, incumpliendo el mismo. Por lo tanto, en el caso de las “Cláusulas de Rescisión” la terminación contractual es de carácter bilateral, o de común acuerdo, mientras que en las “Clausulas de Indemnización” la terminación es de origen unilateral. Desde mi punto de vista, las Cláusulas de Rescisión confieren mayor previsibilidad y seguridad jurídica, al establecer las consecuencias verosímiles y finales de una rescisión contractual, en contraste con la volatilidad de las Clausulas de Indemnización en torno a la aplicación (o no) de sanciones disciplinarias y la posible morigeración del monto indemnizatorio en detrimento de la parte damnificada por la ruptura.

Son importantes la tipificación y redacción vítreas de las cláusulas de salida en los contratos, ya que las clausulas ambiguas potencian la posibilidad de conflictos de interpretación y de ejecución contractual entre las partes, arrastrando al contrato a un panorama fosco de cara y a un posible pleito arbitral ante la CRD o el TAS. Sobre estos últimos, entiendo que aún hay margen de mayor profundidad y claridad jurisprudencial a fin de dotar de mayor contundencia a la interpretación y tipificación de las cláusulas de salida, sobre todo para contrarrestar la confusa y lúgubre técnica legislativa adoptada por el del Artículo 17 RETJ en relación a las mismas[42].

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Denominada así en este artículo por propósitos estrictamente prácticos, ya que se ha optado en la oración por una etiqueta nominalmente equidistante entre las dos denominaciones a analizarse conceptualmente: cláusula de rescisión y cláusula de indemnización por ruptura contractual respectivamente. Asimismo, se aclara que no es objetivo de este trabajo el diseccionar las entrañas de las terminologías aplicables a estos institutos, ya que no es caso omiso para el autor la sensibilidad y curiosidad de no pocos colegas en torno a la semasiología de las etiquetas imputables a las Clausulas de “Salida”, “Rescisión”, “Rescisorias”, “Indemnizatorias”, “De daños líquidos”, “a tanto alzado”, “interés positivo”, etc. A ellos se les delega, humildemente, dicha investigación.

[2] Se estima oportuno aclarar, entonces, que este artículo no tiene por objeto aportar más información al océano de tinta que ya se ha plasmado para tratar con el embrollo del cálculo de indemnización por ruptura unilateral de contrato reglamentado por el Artículo 17 del Reglamento sobre Estatuto y Transferencia de Jugadores de FIFA.

[3] Se advierte la inadecuada terminológica del verbo “rescindir” para referirse indistintamente a la terminación contractual por el vencimiento natural del mismo

a una terminación anticipada por común acuerdo de las partes. La versión en inglés del RETJ aplica el verbo "terminated", que parece más apropiado para etiquetar a ambas variables temporales de terminación (por vencimiento o antes de tiempo) bajo una misma familia. Felizmente, esta contienda ya ha sido zanjada por el Artículo 28 del propio plexo normativo, que da prevalencia a su versión en inglés por sobre aquella en otros idiomas.

[4] Juan de Dios Crespo Pérez & Ricardo Frega Navía - "Nuevos Comentarios al Reglamento FIFA", Pagina 66.

[5] Denominadas, en el comentario en inglés, como "buy out clauses" o "cláusulas de compra".

[6] Se destaca nuevamente la preferencia por el termino "terminated" utilizado por la versión en inglés del RETJ.

[7] Versión en inglés, Art. 17, Inciso 1: "in all cases, the party in breach shall pay compensation".

[8] Arbitrations 2013/A/3165 FC Volyn v. Issa Ndoeye, award of 14 January 2014 - Arbitrations CAS 2016/A/4550 Darwin Zamir Andrade Marmolejo Vs. Club Deportivo La Equidad Seguros S.A. & FIFA / CAS 2016/A/4576 Ujpest 1885 FC Vs. FIFA, entre otros.

[9] http://www.tascas.org/fileadmin/user_upload/Media_Release_Pechstein_07.06.16_English_.pdf

[10] <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf>

1 Where a penalty is promised for non-performance or defective performance of a contract, unless otherwise agreed, the creditor may only compel performance or claim the penalty.

2 Where the penalty is promised for failure to comply with the stipulated time or place of performance, the creditor may claim the penalty in addition to performance provided he has not expressly waived such right or accepted performance without reservation.

3 The foregoing does not apply if the debtor can prove that he has the right to withdraw from the contract by paying the penalty.

[11] A mayor abundamiento, se remite al lector interesado a la lectura de los Artículos 161, 162 y 163 del Código Suizo de Obligaciones, en los cuales se regula la relación entre la penalidad y el daño, la facultad de las partes de fijar los montos indemnizatorios/punitivos y la posibilidad de que el juez mitigue los daños.

[12] Doctrinario Suizo, profesor de la Universidades de Friburgo y Georgetown, quien además ha editado el célebre comentario al Código Suizo de Obligaciones junto con el Dr. Luc Thevenoz.

[13] Franz Werro - "La Peine Conventionnelle: Quelques Aspects Saillants de L'Actualite Jurisprudentielle".

[14] CAS 2006/A/1082 Real Valladolid v. Diego Barreto

[15] Real Decreto 1006/85, Artículo 16.1: "La extinción del contrato por voluntad del deportista profesional, sin causa imputable al club, dará a éste derecho, en su caso, a una indemnización que en ausencia de pacto al respecto fijará la Jurisdicción Laboral en función de las circunstancias de orden deportivo, perjuicio que se haya causado a la entidad, motivos de ruptura y demás elementos que el juzgador considere estimable."

[16] CAS 2008/A/1519 - FC Shakhtar Donetsk (Ukraine) v/ Mr. Matuzalem Francelino da Silva (Brazil) & Real Zaragoza SAD (Spain) & FIFA CAS 2008/A/1520 - Mr. Matuzalem Francelino da Silva (Brazil) & Real Zaragoza SAD (Spain) v/ FC Shakhtar Donetsk (Ukraine) & FIFA

[17] "During the validity of the Contract, the Club undertakes - in the case the Club receives a transfer offer in amount of 25,000,000 EUR or exceeding the some [sum] above the Club undertakes to arrange the transfer within the agreed period"

[18] Arbitration CAS 2013/A/3411 Al Gharafa S.C. & Mark Bresciano v. Al Nasr S.C. & FIFA, 9 May 2014.

[19] Teniendo siempre en cuenta que, en el ámbito de dicho tribunal arbitral, el precedente no es obligatorio para futuros paneles.

[20] Traducción literal de la transcripción en inglés de la cláusula efectuada por el TAS en el cuerpo del laudo, al que se remite.

[21] Liquidated damages clause

[22] Un dato interesante a tener en cuenta es que el panel considero, además, que las cláusulas penales no deben ser necesariamente recíprocas para tenerse como válidas.

[23] Arbitrations CAS 2016/A/4550 Darwin Zamir Andrade Marmolejo Vs. Club Deportivo La Equidad Seguros S.A. & FIFA / CAS 2016/A/4576 Ujpest 1885 FC Vs. FIFA, entre otros

[24] De conformidad con lo estipulado por el Artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo Colombiano, citado por la cláusula misma. El panel noto que la inclusión de esta referencia se contradecía con la posición del jugador de considerar a la cláusula como una cláusula de rescisión.

CST, Artículo 64: "En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente."

[25] Doctrina que sirve como matriz para la presentación de los argumentos de FIFA como parte apelada en algunos casos como el de Marras, "Marmolejo", expuestas en el párrafo 83 del cuerpo del laudo, al que cabe remitirse.

[26] Decisión de la CRD aprobada en Zúrich, Suiza, el 13 de octubre de 2016.

Idéntica doctrina fue expuesta por la CRD en su decisión del 4 de octubre de 2013.

[27] Franz de Weger - "Jurisprudence of the FIFA Dispute Resolution Chamber", P. 196.

[28] Esta posibilidad temporal de rescindir el contrato en cualquier momento implicaría, no solo hacerlo durante el "periodo protegido", sino también "durante el transcurso de la temporada", ya que existe un precedente jurisprudencial del TAS en el que se ha interpretado que la limitación temporal del Artículo 16 del RETJ ("un contrato no puede rescindirse unilateralmente en el transcurso de una temporada") se aplica únicamente a la terminación unilateral fuera del periodo protegido o en caso de ruptura por causa deportiva justificada (Arbitrations CAS 2015/A/4206-9).

[29] "Matuzalem", CAS 2008/A/1519/20, Párrafo 74.

[30] Arbitrations CAS 2013/A/3091-2-3 / Arbitrations CAS 2014/A/3707 Emirates Football Club Company v. Hassan Tir, Raja Club & FIFA.

[31] Arbitration CAS 2013/A/3133 FC Dnipro Dnipropetrovsk v. Ervin Bulku, award of 28 August 2013 - Arbitrations CAS 2013/A/3365 Juventus Football Club S.p.A. v. Chelsea Football Club Ltd & CAS 2013/A/3366 A.S. Livorno Calcio v. Chelsea Football Club Ltd, award of 21 January 2015 - Arbitration CAS 2015/A/4187 Charles Fernando Basílio da Silva v. FC Lokomotiv Moscow, award of 25 April 2016 - Arbitration CAS 2013/A/3379 Club Gaziantepspor v. Santos Futebol Clube, award of 8 May 2014 - entre otros.

[32] Commentaire Romand, Code des Obligations I - Benedict Winiger. P. 84:

"Cependant, cette méthode est souvent insuffisante, notamment lors que leur volonté se cache derrière des expressions maladroites, imprécises ou erronées"

[33] Arbitrations CAS 2013/A/3091 FC Nantes v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA) & Al Nasr Sports Club & CAS 2013/A/3092 Ismaël Bangoura v. Al Nasr Sports Club & FIFA & CAS 2013/A/3093 Al Nasr Sports Club v. Ismaël Bangoura & FC Nantes, award of 2 July 2013 (operative part of 3 June 2013)

[34] Artículo 20°. Rescisión de contrato:

Las partes podrán extinguir el contrato de común acuerdo en cualquier época, en cuyo caso el futbolista quedará en libertad de contratación, debiendo observarse lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 241 LCT, so pena de lo establecido en el párrafo segundo del mismo artículo.

[35] Actualmente, Superliga Argentina de Fútbol.

[36] Será interesante el eventual análisis que los paneles de la CRD y/o TAS efectúen sobre la típica cláusula de salida argentina en caso de que River Plate decida llevar adelante su reclamo contra Bayer Leverkusen en el marco del traspaso de Lucas Alario.

[37] “El enunciado [del Art. 17.3 RETJ], sencillo y claro, permite creer que así será siempre, pero no es el caso ya que FIFA, en casos de rescisión de contrato por un jugador en periodo protegido y cuando existen hechos que pueden derogar la norma general, no sanciona deportivamente al mismo, por lo que la sanción no es un elemento obligatorio, según el máximo organismo del fútbol...no deja de ser extraño que las sanciones siempre existan cuando se trata de casos de media o alta relevancia y que solo en los menos importantes la regla deje de ser de oro...lo que ya es muy sorpresivo es que, en segundo lugar, el TAS recoja el guante y se coloque en el lugar de FIFA, no dándole siquiera un pequeño toque de atención por el torticero esfuerzo mental que lleva a una decisión contra legem...” - Juan de Dios Crespo Pérez & Ricardo Frega Navía - “Nuevos Comentarios al Reglamento FIFA”, Página 187/9.

[38] “FIFA observed that it is stable, consistent practice of FIFA and of the DRC in particular, to decide on a case by case basis whether to sanction a player or not. Even though it is fair to say that the circumstances behind the decisions filed by FIFA to demonstrate such practice differ from case to case, the Panel is satisfied that there is a well accepted and consistent practice of the DRC not to apply automatically a sanction as per art. 17 para. 3 of the FIFA Regulations. The Panel is therefore inclined to follow such an interpretation of the rationale of art. 17 para. 3 of the FIFA Regulations which may be considered contrary to the literal interpretation, but appears to be consolidated practice and represents the real meaning of the provision as it is interpreted, executed and followed within FIFA” - CAS 2007/A/1358

[39] Arbitrations CAS 2014/A/3707 Emirates Football Club Company v. Hassan Tir, Raja Club & FIFA.

[40] CAS 2004/A/780 Christian Maicon Henning v. Prudentopolis, CAS 2011/A/2656 Gastón Nicolás Fernández v. FIFA & Club Tigres de la UANL - entre otros.

[41] Para mayor información sobre jurisprudencia del TAS en esta materia, se recomienda la lectura del ensayo “Excessive Contractual Penalties in Football” de Despina Mavromati, Directora de Investigación y Mediación del TAS.

[42] “Es sin duda alguna, el artículo más conflictivo del Reglamento FIFA” - Juan de Dios Crespo Pérez & Ricardo Frega Navía, ob. Cit. P. 158.