

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y DEPORTE PROFESIONAL

BEST INTEREST OF THE CHILD AND PROFESSIONAL SPORT

CARMEN FLORIT FERNÁNDEZ

Universidad Europea

Recibido: 15/02/2019

Aceptado: 19/03/2019

Resumen: La compleja cuestión de la contratación de menores de edad para la práctica del deporte profesional fue en parte resuelta por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013 dictada en el llamado “caso Baena” aplicando, por primera vez, el principio del interés superior del menor en una cuestión que se planteaba como meramente patrimonial. En el presente trabajo se estudiarán las cuestiones que sobre este tema siguen sin la adecuada regulación. En primer lugar, se analizará el contenido de la patria potestad y sus límites, el concepto del interés superior del menor y su libre desarrollo de la personalidad y la falta de regulación de la vinculación de menores en contratos laborales en el ámbito del deporte profesional para, posteriormente, analizar la Sentencia citada y los antecedentes jurisprudenciales, así como el hecho de que tales asuntos se hayan dilucidado en el ámbito de la jurisdicción civil y no laboral. Para terminar, se hará una propuesta de *lege ferenda* que resuelva los conflictos que en este ámbito siguen surgiendo sin una solución jurídicamente satisfactoria.

Palabras clave: Menor, patria potestad, deporte, rescisión.

Abstract: *The complex issue of hiring minors for the practice of professional sports was partly resolved by the Supreme Court Judgment of February 3, 2013, issued in the so-called “Baena case”, applying, for the first time, the principle of best interest of child in a matter that was considered as merely patrimonial. In the present work, the questions that on this subject follow without adequate regulation will be studied. In the first place, the content of custody and its limits will be analyzed, the concept of the best interest of the child and its free development of the personality and the lack of regulation of the linking of minors in labor contracts in the field of professional sports; later, analyze the aforementioned Judgment and the jurisprudential background and that such matters have been elucidated in the field of civil and non-labor jurisdiction. Finally, a lege ferenda proposal will be made to resolve the conflicts that continue to arise in this area without a legally satisfactory solution.*

Keywords: *Child, custody, sport, termination clause.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. LA PATRIA POTESTAD, SUS LÍMITES Y SU RELACIÓN CON LA CAPACIDAD DEL MENOR. 2.1. Patria potestad: concepto y límites. 2.2. Capacidad natural del menor. 3. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA CONSTITUCIÓN, LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y OTRAS NORMAS. 3.1. Concepto y aplicación del interés superior del menor. 3.2. Menores, contrato laboral y deporte profesional. 4. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PER-

SONALIDAD DEL MENOR. 5. EL CASO DE LOS MENORES EN LOS CLUBES PROFESIONALES DE FÚTBOL. 6. LA CUESTIÓN DE LA JURISDICCIÓN. 7. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La consideración del interés superior del menor va hoy día mucho más allá del tradicional *favor filii*, quedando la patria potestad configurada como un derecho/deber que debe ejercerse siempre en beneficio del hijo menor de edad. Además, el artículo 10 de Constitución es directamente aplicable a los menores de edad, adquiriendo una virtualidad de innegable valor en cuanto al libre desarrollo de la personalidad, que debe conjugarse con el enunciado interés superior del menor. Como dice Mayor del Hoyo, “La consideración jurídica del menor ha variado a lo largo del tiempo y ha pasado de ser un sujeto sometido a la patria potestad y por tanto, carente de poder de decisión al ser sus progenitores quienes guiaban y controlaban su actuación en todos los sentidos, al ser un sujeto con un mayor protagonismo que debe ser oído, escuchado y consultado en las actuaciones que se desarrollen en torno a su persona ya sea: en el ámbito social, familiar, escolar o patrimonial”¹.

La práctica en el mundo del deporte profesional, para cuya didáctica utilizaré el ejemplo de los clubes de fútbol, nos muestra que es habitual vincular de alguna forma al menor a una determinada entidad mediante contrato suscrito por medio de representación de sus padres. En tales acuerdos no sólo se estipula la vinculación del menor a la entidad, asumiendo obligaciones (horas de entrenamiento, participación en partidos, control alimenticio, etc.), sino que, yendo más allá, se deja cerrada la posibilidad de que el menor rescinda, una vez sea mayor de edad o cuando alcance los 16 años, el contrato, acordando para ello una elevada indemnización por extinción voluntaria y anticipada del acuerdo. Tales acuerdos, suscritos por los padres y los clubes de fútbol, tienen carácter formativo, pero el precontrato estipulado es de naturaleza laboral, de tal modo que, al ser el precontrato nulo, por ser menor de 16 años, el conocimiento de dichas causas se realiza en la jurisdicción civil y por la formación recibida por el menor.

La Sentencia 26/2013 del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 2013, se dicta en la jurisdicción civil por este motivo. No obstante, en el ámbito laboral y con la misma *causa petendi* se han pronunciado los Tribunales, como en la Sentencia 1038/2008 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 1 de diciembre de 2008. En este caso, el menor tenía 17 años de edad cuando consintió en el acuerdo². Pero el

¹ MAYOR DEL HOYO, M. V., El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015, Navarra, 2017, p. 519. Para acercarse a la evolución del concepto de la patria potestad *vid.* MARLASCA MARTÍNEZ, O., “Limitaciones al ejercicio de la patria potestad. De Roma al Derecho Moderno”, Estudios de Deusto, vol. 48, núm. 2, 2000, pp. 123-151.

² En la Sentencia citada del Tribunal Superior de Justicia de Murcia se plantea la acción de este procedimiento en reclamación de la cantidad de un millón de euros con sus intereses legales, en concreto de indemnización por desvinculación unilateral que el trabajador demandado, jugador

contenido de los acuerdos que conforman los hechos de uno y otro caso son idénticos. Por lo tanto, si bajo el manto de una figura jurídica civil se está consintiendo en un contrato de naturaleza laboral, que no puede realizarse puesto que el menor tiene menos de 16 años, tal contrato constituye un claro fraude de ley.

El informe anual del Defensor del Pueblo³ de 2014, en su punto 18.3.2 manifestaba esta preocupación fruto de las quejas presentadas por la actuación de los clubes de fútbol que obstaculizan la salida de jugadores menores de edad, denegándoles la baja de la licencia federativa o condicionándola al pago de indemnizaciones –cláu-

de fútbol, realiza de su contrato con el Club Real Murcia, solicitando el accionante asimismo la responsabilidad subsidiaria en el pago de esa cantidad por incumplimiento contractual, del codeemandado Club de Fútbol Atlético de Madrid Sociedad Anónima Deportiva. El Juzgado de la Social nº 1 de Murcia desestimaba la demanda debido a la nulidad del contrato suscrito entre el actor y el demandado jugador de fútbol, con fecha 1 de agosto de 2002, por falta de capacidad de éste último por minoría de edad, como así expresamente se declara, absolviendo de la demanda libremente a ambos codemandados. Debe señalarse “prima facie”, que el jugador cuando firmó el contrato de relación laboral con el actor, tenía diecisiete años de edad, a tenor del hecho no recurrido probado primero de la sentencia de instancia. En consecuencia, era menor de edad, fijada civilmente en los dieciocho años, necesitando consiguientemente para la validez de su compromiso formal, y la aplicación del tradicional “pacta sunt servanda” la concurrencia para completar su capacidad de obrar de su padre, madre o tutor legal en su caso. Y sin embargo en el contrato que vinculó a ambas partes no aparecen más que dos firmas la del jugador menor de edad y la del vicepresidente del Club y tampoco si quiera estuvieron presentes quien o quienes detentaban la patria potestad... el Estatuto de los Trabajadores, en su precepto número siete apartado b) cuando afirma que podrán contratar la prestación de su trabajo, los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que los tenga a su cargo. Pues bien, en el presente proceso, resulta que el menor de edad ni vivía independientemente ni cuando firmó el contrato de autos, sus padres, tutores, persona o institución alguna llevó a cabo una manifestación de voluntad prestando su consentimiento al contrato citado.

³ “Como en años anteriores, se siguen recibiendo quejas relativas a la actuación de los clubes de fútbol base que dificultan la salida de jugadores, menores de edad, a quienes se deniega la baja de la licencia federativa o se le condiciona al pago de unas cantidades en concepto de unos presuntos o reales derechos de formación, lo que en principio es rechazado por los padres promotores de las quejas. Se trata de una situación que enrarece el ambiente en el equipo, al que trasciende el conflicto surgido y, en ocasiones, lleva aparejada la nula o escasa participación del futbolista en las competiciones deportivas; motivo por el cual la solución final suele pasar por el abono de las cantidades exigidas por el club, permitiendo así la liberación del jugador, o bien el abandono de la práctica deportiva por parte del menor. Informe Anual del Defensor del Pueblo 2014 Los derechos de formación y traspaso de jugadores menores de edad son muy

controvertidos por los distintos intereses en juego: económicos, personales y deportivos que, a veces, se utilizan al margen de la finalidad de las normas en las que se regulan. Destaca el caso que dio lugar a la admisión de una queja a trámite ante la Federación Gallega de Fútbol por la retención federativa que pesaba sobre un jugador menor cuya licencia la tenía un club de Vigo que no accedía a renunciar a sus presuntos derechos, a pesar de que el jugador se había trasladado a Madrid, en cuya tramitación se puso de manifiesto la ausencia de voluntad alguna por parte de la Federación implicada de intentar siquiera una solución al problema planteado en los términos reiteradamente propuestos por esta institución...”

www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/06/Informe2014.pdf, pp. 595-600.

sula penal –por los gastos de formación en los menores en muchos casos, como en el que sirve de ejemplo a este trabajo, desproporcionadas en relación a la formación recibida y dirigida no al fin indemnizatoria que manifiesta perseguir sino a impedir al menor desvincularse del club.

Es cierto que la iniciación en el mundo deportivo de manera profesional se realiza a corta edad, pues lo que en este sentido se haga condiciona sin duda el futuro deportivo-profesional de la persona que desee dedicarse a ello. Pero, también es cierto, que las decisiones de los progenitores o quien ostente la tutela sobre el menor no pueden ir más allá del interés del propio menor, esto es, sin tener en cuenta los deseos⁴ y el libre desarrollo de la personalidad del niño. Por tanto, el ejercicio de la patria potestad encuentra un claro límite bajo este prisma. Además, la prohibición de explotación laboral de menores y la edad mínima establecida en España para poder ser parte en una relación laboral, choca frontalmente con la práctica habitual.

La Sentencia citada del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2013 deja claro, tras años de controversia jurisprudencial sobre esta cuestión, que el interés superior del menor es un principio de carácter primordial que debe informar toda actuación en materia de protección del niño y, más concretamente, en el ámbito del deporte profesional.

En el presente trabajo, tras analizar los conceptos del interés superior del menor, su libre desarrollo de la personalidad, su posible capacidad, los límites de la patria potestad y la inexistencia de regulación en el ámbito de los contratos que vinculan a menores de edad en el entorno del deporte profesional, haré una propuesta de *lege ferenda* que creo solventaría las cuestiones controvertidas que quedan a mi juicio sin resolver satisfactoriamente. Propuesta que, por otro lado, supone el cumplimiento de la Directiva europea 94/33, de 22 de junio de 1994.

2. LA PATRIA POTESTAD, SUS LÍMITES Y SU RELACIÓN CON LA CAPACIDAD DEL MENOR

2.1. Patria potestad: concepto y límites

El artículo 154 del Código civil establece cuál es el contenido de la patria potestad: Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.

El deber de velar por los hijos, que informa a todos los demás, consiste en la obligación de vigilar y controlar a los hijos, aunque no se ostente la patria potestad

⁴ O teniéndolos en cuenta, pero claro está que un menor de corta edad no puede comprender la vinculación tanto presente como futura a la que se está comprometiendo.

sobre ellos⁵. Comprende, en primer término, proteger a los hijos de los peligros en su desarrollo físico y psicológico y dirigir su conducta. En segundo lugar, en cuanto a tenerlos en su compañía, más allá del hecho físico de la convivencia, implica algo más, permitiendo el cumplimiento de las funciones propias de la patria potestad: “inmediación física y la identidad de techo; entraña una comunicación efectiva, intelectual y, respecto de los padres, exige buen ejemplo y cariño ambiental”⁶. En tercer lugar, el deber de alimentar a los hijos, que comprende el sustento, habitación, vestido, educación y asistencia médica y no sólo hasta que cumpla la mayoría de edad sino que va mucho más allá, hasta que pueda mantenerse⁷. En último lugar, el deber de representar y administrar los bienes de los hijos menores, consecuencia de la falta de capacidad de éstos, y desarrollada en los artículos 162 y 163 del Código civil.

La patria potestad ha sido definida por el Tribunal Supremo como el “Conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto a los hijos...”⁸, o considerándola como una función: “La patria potestad tiene una indudable función tutelar que la configura como una institución a favor de los hijos”⁹.

En este sentido, dice Roda y Roda que “Ha dejado de ser considerada un derecho de los progenitores, al ser catalogada como una función o deber para con los hijos. Función que supone el nacimiento de un conjunto de deberes que la ley impone a quien la ejerce, en beneficio de los sometidos a ella... La mayor parte de la doctrina considera que la patria potestad no es un derecho subjetivo sino una función, un deber que se atribuye a los padres biológicos o adoptivos para con los hijos menores de edad. Ese deber o mejor dicho esa función, les ha sido encomendada por el ordenamiento jurídico al haber adquirido la condición jurídica de padres en sus dos vertientes, la biológica y la adoptiva. La dicotomía entre deber y derecho tiene en la patria potestad uno de sus más elocuentes ejemplos. Los padres, como titulares de la

⁵ RODA Y RODA, D., *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Navarra, 2014, p. 65.

⁶ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., “La patria potestad”, en *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo IV. Familia, Vol 1º, Madrid, 2002, p. 693.

⁷ Creo, así lo he defendido en distintos trabajos que, en el caso de pensiones establecidas judicialmente, sea en un procedimiento matrimonial o en el propio de alimentos cuando el hijo es extramatrimonial, debiera establecerse siempre el límite temporal a las pensiones de alimentos de los hijos. He de decir, además, que dicho límite entiendo que debiera en realidad aplicarse a todas las obligaciones alimenticias entre parientes, no sólo las que respectan a las provenientes del pleito matrimonial o referido en cualquier caso a los hijos, salvo cuando ello fuera imposible o desvirtuara el fin mismo de la prestación. Y todo ello por los siguientes motivos: a) economía procesal; b) el imprescindible estímulo que crearía en los hijos que siguen viviendo del subsidio paterno; c) por aplicación analógica de lo establecido en el art. 97 del Código civil para la pensión compensatoria, dado que su naturaleza es en parte alimenticia y dado que ambas pensiones se dilucidan en un proceso matrimonial. FLORIT FERNÁNDEZ, C., *Las pensiones alimenticias treinta años después de la modificación del Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo*, Murcia, 2014, p. 154.

⁸ STS, Sala 1ª, núm. 630/1994, de 24 de junio (RJ 1994, 6502).

⁹ STS, Sala 1ª, núm. 720/2002, de 9 de julio (RJ 2002, 5905).

patria potestad, tienen la obligación de actuar en defensa del interés del hijo frente a terceros, e incluso frente a las opiniones de los mismos cuando éstas sean claramente contrarias a su interés. Entendiendo el término función como un mandato u obligación hacia los progenitores por parte del ordenamiento jurídico, para que cumplan con las funciones inherentes a la patria potestad. De ahí que deba considerarse la patria potestad, intransmisible, irrenunciable e imprescriptible”¹⁰.

No obstante, y desde el punto de vista del derecho subjetivo que asiste a los progenitores, dentro del contenido de la patria potestad debemos entender comprendido el derecho de los padres a educar a sus hijos. “En la DUDH¹¹, tras reconocer que toda persona tiene derecho a la educación, la cual tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, en el artículo 26.3 de la DUDH, se reconoce el derecho preferente que tendrán los padres para educar a sus hijos. A su vez, el artículo 18 de la misma, se incluye el derecho a la enseñanza religiosa, como contenido específico del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”¹².

Por lo tanto, un límite evidente al ejercicio de la patria potestad es que éste debe ejercerse siempre precisamente en beneficio del interés superior del menor, superando el más simplista concepto de *favor filii*.

Desde el punto de vista del derecho de los padres a educar a los hijos cabe plantearse algunas cuestiones relativas al deporte profesional de los hijos menores. ¿Qué pasa cuando un menor quiere dejar de entrenar?, ¿quién le defiende?, ¿puede equipararse la potestad del padre de elegir la educación de su hijo, eligiendo por ejemplo el colegio al que acuda el menor, o cuando incluso se trata de un internado, con la decisión de mantenerle en un centro de alto rendimiento deportivo?, ¿no sería necesaria en este caso la autorización judicial cuando la decisión excede de lo razonable?

Como dice Gil Membrado, “Las decisiones de los padres, en el ámbito del poder de representación sobre sus hijos, no pueden extenderse a los ámbitos que supongan una manifestación o un presupuesto del desarrollo de su libre personalidad,

¹⁰ RODA Y RODA, D., El interés del menor., cit., pp. 60-61. También en este sentido, afirma Asensio Sánchez que “La diversa consideración, moral, social y jurídica del menor ha estado ligada históricamente a la evolución de la patria potestad y ha tenido su traducción y reflejo en el mayor o menor grado de capacidad y autonomía que se reconocía a los hijos frente a sus progenitores. En los ordenamientos jurídicos modernos la plena capacidad de obrar se adquiere por el individuo al alcanzar la mayoría de edad, sin embargo, históricamente no siempre fue así. En Roma no existía edad de mayoría, la plena capacidad se adquiría con la salida del *filiius* de la potestad del *pater familias* y no por el mero hecho de alcanzar una determinada edad. En las Partidas, en cambio, sí existía edad de mayoría (los veinticinco) pero tampoco se salía de la patria potestad por el mero hecho de alcanzar dicha edad. No será hasta la Codificación, por la influencia del liberalismo y su afirmación de la libertad como postulado axiológico de los ordenamientos jurídicos europeos, cuando la mayoría de edad adquirirá carácter emancipatorio”. ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud, 2012, p. 16.

¹¹ Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹² GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, E., La objeción de conciencia de los padres a ciertos contenidos docentes en España y la jurisprudencia de Estrasburgo, Madrid, 2017, p. 43.

que el menor, por sí mismo, pueda realizar. En particular, la decisión sobre el futuro profesional de menor, una vez alcanza la madurez para ello, corresponde al propio menor, sin que los padres puedan anteponer su decisión, ya que de ser así supondría una extralimitación de su actuación... En el supuesto que nos ocupa el Tribunal Supremo concluye con que la firma de un precontrato, en el que los padres, en virtud de la representación legal que ostentan sobre su hijo menor, acuerdan con el club deportivo impedir al menor la incorporación a otro club, invade el ámbito de decisión del propio del menor”¹³. En este sentido, también Varela Castro, que no considera aceptable el “consentimiento relevante” del padre en el que apoya su argumento la resolución¹⁴. “Esta postura convierte en irrelevante el del menor y difícilmente puede convivir con la idea, también presente en la Sentencia, de que el consentimiento del menor es necesario en los supuestos en los que se obligue a realizar prestaciones personales. El autor considera que estos casos en los que está en liza el futuro profesional del menor inciden de modo cualificado en el libre desarrollo de la personalidad del menor por lo que el consentimiento verdaderamente relevante es el del menor ya que es el propio menor el que debe obligarse contractualmente a ello, pudiendo excluir la actuación de los representantes legales, tanto para contratar como para no hacerlo”¹⁵.

2.2. Capacidad natural del menor

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su Exposición de Motivos, recoge el concepto de menor de edad: Son sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección a futuro. Éste es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad.

La doctrina mayoritariamente ha abogado por la existencia de una *capacidad natural* que puede propugnarse respecto de los menores sujetos a patria potestad para el ejercicio autónomo de sus derechos fundamentales. Así lo afirma, entre otros,

¹³ GIL MEMBRADO, C., “Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores para la práctica del fútbol profesional a la luz del régimen de protección a la infancia y a la adolescencia”, Actualidad civil, núm. 1, enero 2017, p. 4.

¹⁴ VARELA CASTRO, I., “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, Boletín del Ministerio de Justicia, 2188, mayo 2016.

¹⁵ GIL MEMBRADO, C. “Límites a la autonomía...”, cit., p. 5.

Asensio Sánchez, basándose en los siguientes argumentos: primero, en base a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución española que exigen, de un lado, una interpretación amplia de la capacidad de obrar y su adecuación a la efectiva existencia de la capacidad natural; y de otro, consecuentemente, la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar. Por eso el párrafo 2º del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, reconoce el carácter restrictivo que debe tener la interpretación de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, toda vez que la Ley parte de la autonomía del menor como el medio más adecuado para su desarrollo y maduración como individuo. En segundo lugar, en un estado democrático el libre desarrollo de la personalidad tiene una de sus máximas expresiones en el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales por los individuos y esto conlleva garantizar al máximo la efectividad de su ejercicio posibilitándolo con la mera capacidad natural y sin necesidad de alcanzar la mayoría de edad. En tercer término, esa máxima efectividad de los derechos fundamentales, al no poder ser actuados por representación, exige poder ser ejercidos por la mera capacidad natural. Por último, el artículo 323 del Código civil permite al menor emancipado regir su persona como si fuera mayor y parecería que la emancipación constituiría un acto habilitante de tal naturaleza que *per se* atribuiría al emancipado un plus de capacidad, fundamentalmente, en la esfera personal¹⁶. Además, como más adelante explico, el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño señaló que el interés superior del niño es un derecho sustantivo de aplicación directa y puede invocarse ante los tribunales.

Lázaro González, yendo más allá de los anteriores argumentos, afirma sin ambages que el menor deberá actuar y decidir siempre y en todo lo que pueda¹⁷.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta también que el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor establece que las limitaciones a la capacidad de obrar

¹⁶ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., Patria potestad, cit., p. 30-32. En el mismo texto, afirma la autora, en lo que se refiere a la emancipación que “No creemos que pueda pensarse en sana lógica jurídica que un acto como la emancipación, derivado de la voluntad paterna, de la autoridad judicial, del matrimonio o del mero consentimiento de una situación de hecho (artículos 316 y 319 del Código Civil), implique en sí mismo la atribución de un plus de capacidad al menor emancipado. En realidad, el precepto al establecer a favor del emancipado la presunción *iuris tantum* de capacidad natural no viene sino a corroborar el criterio de la capacidad natural de obrar, eximiendo por ministerio de la ley de su prueba, aunque limitada sólo a la esfera personal. Es más, este criterio de atender en la esfera personal a la efectiva capacidad natural, independientemente de la edad, se infiere también del propio Código, pues permite que un menor con 14 años pueda ejercitar autónomamente un derecho fundamental”.

¹⁷ Lázaro González, en cuanto a esto, también afirma que “pensamos que se trata de proteger y promover sus propios intereses, y fomentar el ejercicio de su libertad responsable, es el protagonista principal y afectado más directo en la situación conflictiva en que se debate sobre su interés. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord.), Los menores en el Derecho español, Madrid, 2002, p. 115. Por su parte, en cuanto a la capacidad de obrar de los menores, es interesante la propuesta de *lege ferenda* que hacen Lázaro González y Mayoral Narros. LÁZARO GONZÁLEZ, I. y MAYORAL NARROS, I. (coords.), Jornadas sobre derecho de los menores, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, pp. 462 y ss.

de los menores se interpretarán de forma restrictiva. Por ello, afirma Martínez Velencoso que “En consecuencia, se permitirá el normal desarrollo de la personalidad del menor, quien irá viendo ampliada su capacidad de obrar según vaya creciendo y sin más límites que los que fijen las leyes, que se interpretarán de forma restrictiva, como es la regla general en materia de capacidad. Ello tiene que ver con la necesidad de considerar al menor como auténtico titular de derechos y no sólo como objeto de protección”¹⁸.

3. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LA CONSTITUCIÓN, LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y OTRAS NORMAS

3.1. Concepto y aplicación del interés superior del menor

El art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño y que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Además, el Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño ya señaló que el interés superior del niño es un derecho sustantivo: “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales”¹⁹.

¹⁸ MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., “La necesaria observancia del interés superior del menor en la contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional. Sentencia 3 febrero 2013 (RJ 2013, 928)”, Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, núm. 93, septiembre de 2013, p. 469.

¹⁹ En la Observación “el Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: Un derecho sustantivo; Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo; Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales...” <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

En cuanto a la expresión *consideración primordial* a la que se refiere el Comité se debe aclarar que “En primer lugar, debemos destacar que la Convención, califica a la consideración como *primordial*. No dice *la única consideración que se tendrá en cuenta*. Como ha señalado el Comité en su observación General nº 14, *puesto que el artículo 3, párrafo 1, abarca una amplia variedad de situaciones, el Comité reconoce la necesidad de cierto grado de flexibilidad en su aplicación. El interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres) (...)*. Sin embargo, inmediatamente después de esa afirmación (y este es el segundo aspecto del significado del término “consideración primordial”), el Comité continúa diciendo: *teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño*. Es decir, el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones”²⁰.

Por su parte, el art. 39 de la Constitución establece que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia; que los poderes públicos, además, aseguran la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil; que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; y que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

Además, el artículo 2.1 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en aplicación de la Observación nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño que interpreta el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dice que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

El interés superior del menor²¹ es un concepto jurídico indeterminado²². No obstante, no es –o no debe ser –un concepto subjetivo. De Torres Perea afirma en

²⁰ CARDONA LLORENS, J., “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención”, ponencia presentada en la Jornada sobre el interés superior de la niña y el niño en el sistema judicial, celebrada en Bilbao el día 18 de noviembre de 2014. http://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3553_3.pdf

²¹ Acerca del concepto del interés superior del menor se recomienda especialmente consultar BELLOSO MARTÍN, N., “La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? de la Mediación Familiar”, Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá), núm. 10, 2017, p. 1-42.

²² “La protección del menor se suele englobar en la expresión «protección integral» la cual implica el respeto y garantía de derechos fundamentales del menor, la satisfacción de sus necesidades derivadas de su desarrollo físico y mental, y dentro de ellas, las necesidades básicas o vitales (alimento, vivienda, vestido, educación, asistencia médica, etc.), así como las necesidades espiri-

este sentido que “no debe caerse en el común error de identificar *interés del menor* con *tiranía del menor* o sometimiento de la familia a los caprichos del menor²³; pues se trata justamente de lo contrario, de procurarle una educación idónea para su desarrollo personal lo cual conlleva tanto aporte de cariño como pautas y autoridad, no de malcriar al menor”²⁴. Por ello, afirma Cardona Llorens que el hecho de que se trate de un concepto jurídico indeterminado no nos puede llevar a pensar que sea discrecional²⁵.

Como manifiesta García-Antón, “a pesar de esta vaguedad descriptiva, la aplicación de este principio ha de ir en consonancia con el espíritu que se desprende de la Convención, lo que significa que el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño debe ser respetado y garantizado conjuntamente con la protección de sus derechos”²⁶.

Especialmente importante es la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2015 (recurso núm. 2339/2013) en la que se declara que el interés superior del menor es concreto e individualizado. El interés que ha de valorarse y considerar prevalente en estos casos no es un interés abstracto sino que “el interés de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso”²⁷.

3.2. Menores, contrato laboral y deporte profesional

En nuestro Derecho, la norma que regula la relación laboral de los deportistas profesionales es el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. Por su parte, encontramos

tuales (afectivas, educativas, religiosas). Por «interés del menor» se puede entender aquello que le beneficia, entendido el beneficio en el sentido más amplio posible y no solo de orden material, sino también de orden social, psicológico, moral, es decir, todo aquello que redunde en su dignidad como persona, en la protección de sus derechos fundamentales y coadyuve al libre desarrollo de la personalidad y su desarrollo íntegro”, BELLOSO MARTÍN, N., “La protección...”, cit., p.20.

²³ Lázaro González dice en este sentido que “Son indudables los riesgos que conlleva dejar totalmente en manos del menor la determinación de su interés. No olvidemos que se trata de una persona en formación y con escasa experiencia, de ahí que pueda equivocarse más fácilmente”. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord.), Los menores en., cit., p. 115.

²⁴ DE TORRES PEREA, J. M., “Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social”; *Indret revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre de 2011, p. 8.

²⁵ Según el autor, si varios adultos tuviesen que decidir por separado sobre el interés superior de un menor, todos deberían llegar a la misma conclusión. Cardona Llorens, J., “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención”, ponencia presentada en la Jornada sobre el interés superior de la niña y el niño en el sistema judicial, celebrada en Bilbao el día 18 de noviembre de 2014. http://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3553_3.pdf

²⁶ GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, E., *La objeción de conciencia*, cit., p. 45.

²⁷ ALBA FERRE, E., FLORIT FERNÁNDEZ, C., GOÑI HUARTE, E. y ROLDÁN MARTÍNEZ, A., *Aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Audiencias Provinciales: el artículo 92.8 del Código Civil*, Madrid, 2017, p. 5.

también la Resolución de 23 de noviembre de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional.

En lo que se refiere al contrato celebrado con un deportista profesional cabe destacar el contenido de los siguientes artículos:

- El art. 14 del Real Decreto 1006/1985 estipula en cuanto a la extinción del contrato por expiración del tiempo convenido que para el caso de que tras la extinción del contrato por expiración del tiempo convenido el deportista estipulase un nuevo contrato con otro club o entidad deportiva, mediante convenio colectivo se podrá pactar la existencia de una compensación por preparación o formación, correspondiendo al nuevo club su abono al de procedencia.
- Por su parte, el art. 18 del Convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional estipula en cuanto a la compensación por preparación o formación: la LNFP y la AFE, de acuerdo con el artículo 14.1 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, que regula la relación laboral de los deportistas profesionales, conviene establecer para el caso de que, tras la extinción del contrato por expiración del tiempo convenido, el Futbolista Profesional estipulase un nuevo contrato con otro Club/SAD, que éste deberá abonar al Club/SAD de procedencia la compensación que libremente haya fijado en las Listas de Compensación.

Pero nada establece sobre la contratación de menores de edad. En cualquier caso el menor no puede consentir en un contrato laboral hasta haber alcanzado los 16 años, por lo establecido por el art. 6 del Estatuto de los Trabajadores: se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años, que establece, además, en el punto 4 que la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana. El permiso deberá constar por escrito y para actos determinados.

En cuanto a lo que se refiere a la explotación de menores, que la Convención de los Derechos del Niño prohíbe expresamente, cabe destacar el contenido de los siguientes artículos:

- Artículo 31: Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
- Artículo 32: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. 2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) Fijarán

una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

La Directiva 94/33 relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, excluye de la prohibición general del trabajo de los niños aquellos supuestos en los que se contrate al menor para “actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario”, “Como puede verse, de las previsiones de la Directiva parece desprenderse un ámbito de aplicación más extenso que el contemplado por la norma interna, ya que si bien es cierto que algunas de las actuaciones a que se refiere la Directiva pueden ser reconducidas al término genérico de lo «artístico», en otros casos resulta más problemático realizar tal asimilación; así ocurre por ejemplo con la actividad deportiva, que cuenta con una regulación específica en nuestro ordenamiento en la que no se contempla la posible contratación de menores. En este sentido, algún autor ha optado por considerar legítimas las prácticas deportivas del menor únicamente en cuanto se desarrollen en el marco de un espectáculo público. En nuestra opinión, sin embargo, si se admite que el contenido de la Directiva pueda tomarse como criterio de interpretación para la aplicación de la norma interna, este tipo de actividades podrán encajarse sin mayor violencia en el ámbito del artículo 6.4 TRET²⁸²⁹.”

De manera que lo que, en los casos de contratación de menores de 16 años, lo que se suscribe es un contrato de formación junto con un precontrato laboral que vincula al menor a partir de la edad en la que legalmente puede trabajar.

Por su parte, el art. 5 de la Directiva europea 94/33/CE, de 22 de junio de 1994 para la protección de los jóvenes en el trabajo, que es aplicable a toda persona menor de 18 años con contrato de trabajo contempla la necesidad de proteger a los jóvenes deportistas profesionales, estableciendo la necesidad de una autorización previa de las autoridades nacionales para proceder a su contratación. Además, el Consejo Europeo de Niza 7-10.12.2000, dictó la “declaración en favor de las características específicas del deporte y sus funciones sociales en Europa que se deben tener en cuenta en la aplicación de las políticas comunes”, estableciendo en el punto 13 del Anexo IV que “El Consejo Europeo expresa su preocupación por las transacciones comerciales cuyo objeto son los deportistas menores de edad, incluidos los procedentes de terceros países, por cuanto no se ajustan a la legislación laboral en vigor o ponen en peligro la salud y el bienestar de los jóvenes deportistas. Hace un llamamiento a las organizaciones deportivas y a los Estados miembros para que investiguen tales prácticas, las vigilen y adopten, en su caso, medidas adecuadas”.

4. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR

En cuanto a lo que se refiere a este punto, cabe destacar en primer lugar lo que establece en este sentido la Convención de los Derechos del Niño: el artículo 12.1

²⁸ Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

²⁹ LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord.), *Los menores en...*, cit., p. 704.

dice que los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Y el artículo 14: 1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Uniendo lo ya mencionado en cuanto al interés superior del menor con su derecho al libre desarrollo de la personalidad, establece Sánchez Martínez que “En sintonía con esta nueva perspectiva de la infancia en términos de derechos, el bien o interés del menor ha sido sometido a un proceso de transformación. El interés del menor será un elemento esencial a efectos de justificar la intervención sobre su persona y sus actuaciones, estando dicho interés conformado por el desarrollo de su libertad, autonomía y sus derechos. Partiendo del menor como un sujeto pleno de derechos, que la intervención de los adultos o los poderes públicos en las distintas facetas de su vida procure su bien o interés, está directamente relacionado con una eficaz garantía de sus derechos”³⁰.

En la Sentencia del llamado “caso Baena” expresa el Tribunal Supremo que “El componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE)”. Además, dice que “el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y que sirve al interés superior del menor, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico que claramente puede materializarse a los 16 años (Art. 162.1º CC)”... y sobre el 166 CC “Así, y en el sentido de la tutela patrimonial que inspira este precepto resulta congruente con la finalidad perseguida requerir la autorización judicial para aquellos actos que realizados, bajo la representación de los padres, vinculen obligatoriamente al menor con una responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento realmente significativa, nada menos que tres millones de euros, máxime cuando dicho precepto, en su párrafo segundo, prevé, con similar filosofía, el recabo de la autorización judicial para la repudiación de herencias, legados y donaciones efectuadas en favor del menor... En parecidos términos debemos pronunciarnos al concepto de orden público en materia laboral, en donde el presente caso atentaría contra el principio de libertad de contratación que asiste al menor, pues como se ha resaltado el juego de las estipulaciones predispuestas en el precontrato del trabajo, diez años de contrato laboral y una cláusula penal por incumplimiento de tres millones de euros, fue determinante, «de iure y de facto», para que el menor no pudiera decidir por él mismo acerca de su relación laboral en el momento en que debió y pudo hacerlo, ya al cumplir la mayoría de edad, o bien a los dieciséis años, con

³⁰ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O., “Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia”, Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá), núm. 10, 2017, p. 53.

vida independiente de sus progenitores... En esta línea, y a mayor abundamiento, el artículo 24.4 del Estatuto de los Trabajadores respecto al «pacto de permanencia en la empresa» cuando el trabajador ha recibido una especialización profesional para proyectos o trabajos específicos, limita su duración a un máximo de dos años”.

Como dice Gil Membrado, “Las decisiones de los padres, en el ámbito del poder de representación sobre sus hijos, no pueden extenderse a los ámbitos que supongan una manifestación o un presupuesto del desarrollo de su libre personalidad, que el menor, por sí mismo, pueda realizar. En particular, la decisión sobre el futuro profesional de menor, una vez alcanza la madurez para ello, corresponde al propio menor, sin que los padres puedan anteponer su decisión, ya que de ser así supondría una extralimitación de su actuación... En el supuesto que nos ocupa al Tribunal Supremo concluye con que la firma de un precontrato, en el que los padres, en virtud de la representación legal que ostentan sobre su hijo menor, acuerdan con el club deportivo impedir al menor la incorporación a otro club, invade el ámbito de decisión propio del menor”³¹.

5. EL CASO DE LOS MENORES EN LOS CLUBES PROFESIONALES DE FUTBOL

Es práctica habitual en la industria del fútbol³² que en los supuestos de contratación de jugadores menores de dieciséis años, que no pueden por tanto celebrar un contrato de trabajo, la incorporación en precontratos de cláusulas penales ante la eventual ruptura del mismo por parte del menor (y de sus progenitores en su representación)³³.

En este sentido, y tras varios vaivenes jurisprudenciales, la Sentencia del Tribunal Supremo 26/2013 de 5 de febrero, dejó asentada la doctrina que se resume a continuación:

En el fundamento de Derecho primero, establece la Sala que “El presente caso plantea como cuestión de fondo, de índole doctrinal y sustantiva, la posible nulidad de lo que podemos denominar como *práctica de contratación* respecto de un menor de edad para la formación y aseguramiento de sus servicios como futuro jugador profesional de fútbol mediante una relación negocial compleja conformada por la suscripción simultánea de un precontrato de trabajo, de un contrato de jugador no profesional y del contrato de trabajo, propiamente dicho”.

³¹ GIL MEMBRADO, C., “Límites a la autonomía...”, cit., p. 4.

³² En el presente trabajo me centro en el ámbito de los clubes de fútbol, pero todo lo aquí dicho puede aplicarse en cualquier entorno deportivo en el que se pretende que el menor cumpla los sueños de sus padres entrenándose desde muy temprana edad de forma profesional, condicionando física y psicológicamente al menor, al que afectará mucho un posible fracaso en su carrera deportiva posterior, y que le marca, sin contar con su opinión, que no puede ser madura a corta edad, y condiciona toda su vida posterior.

³³ LAFFER ABOGADOS, “Las cláusulas de rescisión en los contratos de futbolistas menores de edad”, 2017, http://www.lafferabogados.com/newsletter/2017.11_Las_clausulas_de_rescision_en_los_contratos_de_futbolistas_menores_de_edad.pdf, p. 3.

En el fundamento tercero, aclara que "... no puede desconocerse la peculiaridad que encierra el objeto de esta práctica de contratación dirigida a los menores de edad que comporta, sin ningún género de dudas, una especial protección y garantía de sus derechos por nuestro Ordenamiento Jurídico". A continuación, la citada Sentencia profundiza en el concepto del interés superior del menor, del que dice que "... no sólo se erige como el principal prisma en orden a enjuiciar la posible validez de la relación negocial celebrada, sino también como el interés preferente de atención en caso de conflicto".

En cuanto a la cuestión patrimonial, y superponiéndose por encima de ésta el referido concepto del interés superior del menor, el Tribunal aclara que "la perspectiva de análisis queda previamente condicionada a un ámbito axiológico que excede al mero tratamiento patrimonial de la cuestión, esto es, a su mera reconducción al carácter abusivo o no de la cláusula penal y, en su caso, a la posible moderación de la misma".

Lo novedoso que anuncié de la Sentencia, además de lo que más adelante aclaro, es precisamente la superación de la cuestión que aparece en el pleito como principal, esto es, la meramente patrimonial, para contemplar el asunto desde el prisma de la protección del interés superior del menor: "... la presencia del interés superior del menor conduce, necesariamente, a que la posible validez de la relación negocial resulte contrastada tanto con los límites que presenta la autonomía privada y la libertad contractual en estos casos, artículo 1255 del Código Civil, como con los que se derivan de la representación de los hijos, teniendo en cuenta que dicha representación nace de la ley, en interés del menor, y es la ley quien determina su ámbito y extensión ... en este contexto conviene resaltar, una vez más, que el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada... En este ámbito no cabe la representación, del mismo modo que tampoco pueden ser sujetos obligados respecto de derechos de terceros".

La Sentencia establece como punto de partida y de llegada la adecuación al interés superior del menor en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno tanto a la defensa y protección de los menores, como a su esfera de su futuro desarrollo profesional, indicando, además, que el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y que sirve al interés superior del menor, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico que claramente puede materializarse a los 16 años.

Haciendo referencia a la cuestión laboral, el Tribunal apela a razones de orden público en donde el presente caso, dice, atentaría contra el principio de libertad de contratación que asiste al menor: "... el juego de las estipulaciones predispuestas en el precontrato de trabajo, diez años de contrato laboral y una cláusula penal por incumplimiento de tres millones de euros, fue determinante, *de iure y de facto*, para que el menor no pudiera decidir por él mismo acerca de su relación laboral en el momento en

que debió y pudo hacerlo, ya al cumplir la mayoría de edad, o bien a los dieciséis años, con vida independiente de sus progenitores... En esta línea, y a mayor abundamiento, el artículo 24.4 del Estatuto de los Trabajadores respecto al *pacto de permanencia en la empresa* cuando el trabajador ha recibido una especialización profesional para proyectos o trabajos específicos, limita su duración a un máximo de dos años”.

Por todo lo anterior, el Tribunal entiende que cabe declarar la nulidad del precontrato de trabajo, con la consiguiente nulidad de la cláusula penal prevista por resultar contrario a los límites inherentes al orden público en materia de contratación de menores, especialmente en lo referente a tutela del interés superior del menor en la decisión personal sobre su futuro profesional como aspecto o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad, entendiendo que el precontrato vulnera el interés del menor, que debería ser la piedra angular e informadora de la reglamentación dispuesta en su conjunto, resulta ignorado ante una cláusula penal de tamaño envergadura que impide, como si de un contrato se tratase, dado sus plenos efectos obligacionales, la libre elección que sólo el menor debe decidir por sí mismo.

La novedad de la sentencia radica, según Guillén Catalán, en que aplica por primera vez el principio del interés superior del menor al derecho patrimonial como medida de protección de los intereses de los menores en este ámbito: “El TS entiende que no puede verse vulnerado el derecho a decidir de los menores sobre su futuro profesional y, por tanto, ante la desmedida cláusula penal mencionada que impide, dado sus plenos efectos obligacionales, la libre elección que sólo puede ejercitar el menor por sí mismo, considera que en este ámbito no tiene validez la representación cuando impide el libre desarrollo de la personalidad”³⁴.

La sentencia viene a ser una nueva manifestación del que es un debate clásico: proteger el desarrollo del menor en el entorno del deporte profesional, como afirma Hervás, que añade: “Que el período natural en que se desarrolla la práctica profesional del deporte se opone al proceso de maduración natural es una cuestión cierta. La decisión de un joven acerca de su futuro como deportista profesional se tiene que realizar en edad adolescente. Y, por tanto, la realidad del deporte profesional y los componentes jurídico y económico que se derivan, así como los derechos económicos y profesionales del joven deportista, entran en conflicto con la tutela de los derechos del menor, y con los derechos que asisten al club que le forma”³⁵. La sentencia citada supone un cambio radical, pues su novedad radica precisamente en que aplica por primera vez el principio del interés superior del menor al derecho patrimonial como medida de protección de los intereses de los menores en este ámbito³⁶.

La Sala, por tanto, entiende que la contratación de menores debe ser objeto de una especial protección por parte del ordenamiento jurídico (enunciado en la CE y

³⁴ GUILLÉN CATALÁN, R., “El interés superior del menor como límite al ejercicio de la patria potestad. Comentario a la STS núm. 26/2013, de 5 de febrero (RJ 2013, 928)”, *Revista boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015, p. 766.

³⁵ HERVÁS, J., “Deporte profesional y menores de edad, la reciente sentencia del Supremo sobre el caso Baena es una nueva manifestación del debate de proteger el desarrollo del pequeño en este entorno”, https://elpais.com/sociedad/2013/04/01/actualidad/1364845029_987596.html

³⁶ GUILLÉN CATALÁN, R., “El interés superior...”, cit., p. 765.

en los Trats. Internacionales de protección del menor), garantizando el principio del interés superior del menor, poniéndolo en conexión con el art. 10 CE que enuncia el libre desarrollo de la personalidad, que también es de aplicación al menor siendo, además, una manifestación de este derecho la decisión sobre su futuro profesional. De este modo, el poder de representación legal de los padres, en ejercicio de su patria potestad, no puede extenderse a ámbitos que el menor pueda realizar por sí mismo³⁷.

Afirma Martínez Velencoso, que “Otra de las cuestiones a tener en cuenta es que se propugna una aplicación analógica del art. 166 CC requiriendo autorización judicial en supuestos más allá de los fijados por el precepto, en atención a un criterio teleológico, el de la « *tutela patrimonial que inspira este precepto* », sobre todo valorando las características de este contrato que vinculaba « *obligatoriamente al menor con una responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento realmente significativa, nada menos que tres millones de euros*».

Con ello se aparta el TS de la doctrina contenida en su Sentencia de 28 de noviembre 1989 (RJ 1989, 7915) donde la madre había realizado actos de gravamen sobre los bienes de sus hijos menores, en concreto la pignoración del importe en metálico de una imposición a plazo fijo para financiar una empresa familiar³⁸.

Pues bien, después del análisis hecho, entiendo que, para proteger el interés superior del menor y su libre de desarrollo de la personalidad, como establece la directiva europea citada 94/33/CE, de 22 de junio de 1994, para la protección de los jóvenes en el trabajo, debería haber autorización judicial para este tipo de acuerdos, y que no puede bastar con el ejercicio de la representación paterna en estos contratos, por los siguientes motivos:

- Como establece la Sentencia, si es necesaria la autorización judicial para repudiar la herencia, legados y donaciones efectuadas en favor del menor (art. 166 del Código civil) debe haberla también en estos casos por cuanto supone la asunción de una deuda por parte del menor que compromete a su patrimonio presente y futuro, con efectos desde que sea menor y más allá de cuando alcance la mayoría de edad.
- El deseo del hijo de dedicarse al deporte profesional puede estar en consonancia o no con el de sus progenitores, pero en cualquier caso, y dado que la madurez del niño puede no ser suficiente para comprender el compromiso de la prestación personal que asume, dichos acuerdos deberían ser revisados y autorizados de igual modo por la autoridad judicial.
- Por similitud con lo que ocurre en el caso de menores en espectáculos públicos, en lo que es necesaria la autorización del ministerio de trabajo.

6. LA CUESTIÓN DE LA JURISDICCIÓN

Como he manifestado más arriba, tales acuerdos, suscritos por los padres y los clubes de fútbol, tienen carácter formativo, pero el precontrato estipulado es de na-

³⁷ M. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., “La necesaria observancia...”, cit., p. 464.

³⁸ M. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., “La necesaria observancia...”, cit., p. 467.

turalidad laboral, de tal modo que, al ser el precontrato nulo, por la edad del menor, el conocimiento de dichas causas se realiza en la jurisdicción civil y por la formación recibida por el menor. La Sentencia 26/2013 del Tribunal Supremo, de 5 de febrero de 2013, se dicta en la jurisdicción civil por este motivo. No obstante, en el ámbito laboral y con la misma *causa petendi* se han pronunciado los Tribunales, como en la Sentencia 1038/2008 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 1 de diciembre de 2008. En este caso, el menor tenía 17 años de edad cuando consintió en el acuerdo, que el Tribunal considera nulo por la falta de autorización paterna al no gozar el menor del beneficio de la mayor edad. Pero la figura del precontrato de naturaleza laboral de uno y otro caso es idéntica. Por lo tanto, si bajo el manto de una figura jurídica civil se está consintiendo en un contrato de naturaleza laboral, que no puede realizarse puesto que el menor tiene menos de 16 años, tal precontrato constituye un claro fraude de ley, pues al amparo de un contrato de formación se está realizando en realidad, uno de tipo laboral, característica que se aprecia en el dato del precontrato.

El Juzgado de 1ª Instancia que conoció del “caso Baena”, entiendo que debería haberse abstenido del conocimiento del pleito por falta de jurisdicción, correspondiendo su conocimiento al ámbito laboral.

A mayor abundamiento, en la Sentencia del “caso Baena”, el Tribunal Supremo declara nula la cláusula de rescisión como consecuencia de la nulidad del precontrato, pero lo hace a través de un auténtico galimatías jurídico: de un lado considera nulo el precontrato dada la edad del menor (menos de 16 años) y por otro afirma que “la configuración negocial que dio lugar a la celebración de estos contratos respondió a un propósito negocial determinado por la finalidad de asegurar, en exclusiva, los servicios de menor como jugador profesional de fútbol. En efecto, sólo desde la preeminencia de esta perspectiva causal, configurada de forma rectora en el precontrato de trabajo, cobra sentido negocial la contratación simultánea del menor ya como jugador no profesional o como profesional propiamente dicho. De esta forma el citado precontrato dota de unidad jurídica al entramado contractual realizado garantizando la finalidad del mismo mediante el juego de estipulaciones orientadas a esta finalidad, esto es, la vinculación a una contratación laboral de una duración que sobrepasa, con creces, el derecho de decidir el menor por él mismo (10 temporadas), y la supeditación, en caso de incumplimiento del precontrato, a una cláusula penal de 3 millones de euros”. En base a esto, considera que la cláusula de rescisión es excesiva y la aminora, rebajándola en los 30.000 euros que el jugador ya depositó, pues considera la petición desproporcionada en relación a la formación recibida. La Sentencia declara la nulidad del precontrato laboral por cuanto desde el punto de vista laboral no puede considerarse como tal al ser menor de 13 años y dado que la edad mínima para establecer este tipo de precontratos está en los 16 años. Así, los mayores de 16 años y menores de 18 emancipados o que tengan el beneficio de la mayoría de edad pueden contratar por sí mismos y obligarse como trabajadores (art. 6 del Estatuto de los Trabajadores), necesitando los mayores de 16 años y menores de 18 que no estén emancipados ni gocen del beneficio de la mayoría de edad el consentimiento de sus padres o tutores. Si se celebra un contrato de trabajo con un menor de 16 años, éste es nulo, y como única excepción, la legislación laboral con-

templa la posibilidad de que menores de 16 años puedan intervenir en “espectáculos públicos”, para lo que se necesita una autorización previa de la Autoridad Laboral, debiendo valorar ésta que el trabajo no suponga peligro para la salud física del menor ni para su formación profesional y humana. Y todo ello, aunque afirme Gil Membrado que “No considera la Sala renuncia alguna, sino más bien que los padres, en su condición de representantes legales, conforme determina el art. 162 CC, conciertan un precontrato con el fin de asegurar la celebración de un posterior contrato laboral de su hijo como jugador profesional cuando este alcanzara la mayor edad, siendo, por tanto, válido y eficaz”³⁹.

El precontrato es de naturaleza laboral. La propia sentencia dice que “De lo anteriormente expuesto cabe declarar, en el presente caso, la nulidad del mencionado precontrato de trabajo, de 22 de abril de 2002, con la consiguiente nulidad de la cláusula penal prevista en el pacto quinto de dicho precontrato, por resultar contrario a los límites inherentes al orden público en materia de contratación de menores, especialmente en lo referente a tutela del interés superior del menor en la decisión personal sobre su futuro profesional como aspecto o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad. Ámbito fundamental que el precontrato vulnera o menoscaba pues el interés del menor, que debería ser la piedra angular e informadora de la reglamentación dispuesta en su conjunto, resulta ignorado ante una cláusula penal de tamaño envergadura que impide, como si de un contrato se tratase, dado sus plenos efectos obligacionales, la libre elección que sólo el menor debe decidir por sí mismo”.

Sin embargo, “la Directiva 94/33/CE, de 22 de junio de 1994 relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, aplicable a toda persona menor de 18 años con un contrato de trabajo o una relación laboral regulada por el derecho vigente en un Estado miembro y/o sometido al derecho en vigor en un Estado miembro, contempla la necesidad de proteger a los jóvenes deportistas profesionales. Así, en su art. 5 («actividades culturales y similares») establece la necesidad de obtener una autorización previa de las autoridades nacionales para proceder a la contratación de niños en actividades deportivas”⁴⁰.

7. CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto, y teniendo en cuenta que la patria potestad que ostenta el padre sobre el hijo menor es un derecho/deber que, más allá del clásico *favor filii*, debe ejercerse siempre en interés del menor, que es una consideración primordial, y respetando el libre desarrollo de la personalidad del menor, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013, dictada en el llamado “caso Baena” fue novedosa en cuanto que aplicaba este interés superior del menor en una cuestión meramente patrimonial. Pero, entiendo que, y a pesar de lo loable de dicha resolución judicial, deja muchas cuestiones todavía controvertidas en este campo, así:

³⁹ GIL MEMBRADO, C., “Límites a la autonomía...”, cit., pp. 15-16.

⁴⁰ MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., “La necesaria observancia...”, cit., p. 465.

- Los límites a la patria potestad, entendiéndolo como tales no sólo el que ésta deba ejercerse siempre en beneficio del menor, sino también el libre desarrollo de la personalidad y la capacidad natural del menor a la que me he referido en este trabajo, deben aplicarse no sólo en cuestiones patrimoniales, sino que, yendo más allá, es aplicable a cualquier decisión que atañe al hijo cuando dicha decisión se exceda en lo razonable. Así, si el derecho del padre de educar al hijo se ejerce, por ejemplo, internando al menor en un centro de alto rendimiento deportivo, debería existir autorización judicial, al igual que en los casos similares al del pleito citado, esto es, obligando al menor mediante la representación paterna a la realización de cualquier prestación personal aunque ésta no pueda considerarse de naturaleza laboral por la edad del menor.
- Porque, como he explicado, entiendo, además, que en el caso citado se plasma la existencia de un fraude de ley.
- Por ello, sería necesaria la autorización judicial en los casos en que pudiera entenderse que excede al ejercicio razonable de la patria potestad cuando en representación del hijo menor se está comprometiendo a éste en acuerdos que determinen una prestación personal, incluso aunque dicho acuerdo sea deseado por el menor: en primer lugar, por lo establecido en la Directiva europea 94/33, de 22 de junio de 1994 para la protección de los jóvenes en el trabajo, que es aplicable a toda persona menor de 18 años con contrato de trabajo contempla la necesidad de proteger a los jóvenes deportistas profesionales, estableciendo la necesidad de una autorización previa de las autoridades nacionales para proceder a su contratación; y en segundo lugar, en lógica consonancia con lo establecido en el artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores: a intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana. El permiso deberá constar por escrito y para actos determinados.

BIBLIOGRAFIA

- ALBA FERRE, E., FLORIT FERNÁNDEZ, C., GOÑI HUARTE, E. y ROLDÁN MARTÍNEZ, A., *Aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las Audiencias Provinciales: el artículo 92.8 del Código Civil*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2017.
- ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., *Patria potestad, minoría de edad y derecho a la salud*, Dykinson, Madrid, 2012.
- BELLOSO MARTÍN, N., “La concreción del interés (superior) del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? de la Mediación Familiar”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, núm. 10, 2017.

- CARDONA LLORENS, J., “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención”, ponencia presentada en la Jornada sobre el interés superior de la niña y el niño en el sistema judicial, celebrada en Bilbao el día 18 de noviembre de 2014. http://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3553_3.pdf
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., “La patria potestad”, Instituciones de Derecho Privado. Tomo IV. Familia, Vol. 1º, Civitas, Madrid, 2002.
- DE TORRES PEREA, J. M., “Custodia compartida: una alternativa exigida por la nueva realidad social”; *Indret revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, octubre de 2011.
- FLORIT FERNÁNDEZ, C. y GOÑIHUARTE, E., “Custodia compartida e incongruencia tras la reforma del Código Civil por la Ley 15/2005, de 8 de julio”, *Actualidad civil*, núm. 11, 2017.
- GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, E., *La objeción de conciencia de los padres a ciertos contenidos docentes en España y la jurisprudencia de Estrasburgo*, Dykinson, Madrid, 2017.
- GIL MEMBRADO, C., “Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores para la práctica del fútbol profesional a la luz del régimen de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Actualidad civil*, núm. 1, enero 2017.
- GUILLÉN CATALÁN, R., “El interés superior del menor como límite al ejercicio de la patria potestad. Comentario a la STS núm. 26/2013, de 5 de febrero (RJ 2013, 928)”, *Revista boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord.), *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I., MAYORAL NARROS, I. V., (coords.), *Jornadas sobre derecho de los menores*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003.
- LÓPEZ SAN LUIS, R., “Injerencia en las facultades inherentes a la patria potestad. Vulneración del principio de interés del menor y del libre desarrollo de su personalidad en el Derecho del fútbol”, *Revista española de derecho deportivo*, núm. 42, 2018.
- MARLASCA MARTÍNEZ, O., “Limitaciones al ejercicio de la patria potestad. De Roma al Derecho Moderno”, *Estudios de Deusto*, vol. 48, núm. 2, 2000.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., “La necesaria observancia del interés superior del menor en la contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional. Sentencia 3 febrero 2013 (RJ 2013, 928)”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 93, septiembre de 2013.
- MAYOR DEL HOYO, M. V., *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.
- MONROY ANTÓN, A., “Sobre los derechos de formación de los futbolistas jóvenes en España”, *Revista internacional de derecho y gestión del deporte*, núm. 5, 2009.
- PÉREZ TRIVIÑO, J. L. y CAÑIZARES RIVAS, E. (coords.), *Deporte y derechos*, Reus, Madrid, 2017.

RODA Y RODA, D., El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O., “Las certezas del interés superior del menor en el contexto de los derechos de la infancia”, Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá), núm. 10, 2017.

VARELA CASTRO, I., “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, Boletín del Ministerio de Justicia, 2188, mayo 2016.