

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)

*THE HIGHER INTEREST OF THE MINOR AS A LIMIT TO THE  
EXERCISE OF PARENTAL RIGHTS. COMMENT ON STS NO. 26/2013, OF  
5 FEBRUARY (RJ 2013, 928)*

*Rev. boliv. de derecho n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 758-767*



Raquel  
GUILLÉN  
CATALÁN

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 17 de septiembre de 2014  
**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de octubre de 2014

**RESUMEN:** Invalidez del contrato de formación y contrato profesional de futbolista menor de edad, firmado con el consentimiento de los padres cuando tenía 13 años, con cláusula penal. Prevalencia del criterio del interés superior del menor sobre el principio pacta sunt servanda.

**PALABRAS CLAVE:** Contratación con menores de edad, interés superior del menor, libre desarrollo de la personalidad, representación de los padres.

**ABSTRACT:** Invalidity of contract formation and contract professional footballer with people under age, with signed parental consent, and with punitive clause. Prevalence of criteria "higher interest of the minor" on the principle pacta sunt servanda.

**WORDS:** Contract with people under age, higher interest of the minor, free development of personality, parental consent.

**SUMARIO:** I. Notas preliminares sobre el precontrato.- II. La representación legal de los padres.- III. La configuración del interés superior del menor.- IV. Conclusión.

---

## SUPUESTO DE HECHO

El club de fútbol interpuso una demanda contra el futbolista (en su día menor) por cuantía de 3.489.000 euros en concepto de la cláusula penal pactada en el precontrato, al haberse incumplido los compromisos pactados en el mismo, atendiendo a que el futbolista se integró en la plantilla de otro club de fútbol.

La SJPI estimó parcialmente la demanda, condenando al demandado a abonar a la parte actora 30.000 euros en concepto de indemnización por extinción anticipada del precontrato y 500.000 euros en concepto de indemnización por aplicación de cláusula penal contenida en el precontrato.

La AP consideró que el contrato no era nulo, por cuanto la actuación de los padres del demandado se enmarcaba dentro del ámbito de la patria potestad y, en consecuencia, revocó parcialmente esta sentencia, condenando al pago de toda la suma solicitada en la demanda, es decir, la suma de 3.489.000 euros.

El futbolista interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, que no fue admitido a trámite, y recurso de casación. El TS estimó el mismo declarando la nulidad del precontrato y, en consecuencia, de la cláusula penal, pero se condena al recurrente al pago de 30.000 euros al Club de fútbol en concepto de indemnización por extinción anticipada del contrato de jugador no profesional, tal y como constaba en el clausulado del mismo.

## DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En esta Sentencia el TS realiza una extraordinaria aportación respecto a la cuestión de la contratación de menores en el ámbito deportivo.

### • Raquel Guillén Catalán

Es Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, Acreditada a Profesora Titular de Universidad. Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia en 2008 y Premio Extraordinario de Doctorado. Autora y coautora de múltiples publicaciones, destacando la publicación de tres monografías como autora única (SPAM y Comunicaciones Comerciales No Solicitadas, Aranzadi, 2005; Oferta Contractual y Nuevas tecnologías, Aranzadi, 2009 y La oferta contractual dirigida a consumidores, Colegio Nacional de Registradores, 2010) y una monografía realizada en coautoría con el Prof. Orduña Moreno dedicada a la Insolvencia: concepto, régimen jurídico y tratamiento jurisprudencial de la editorial Thomson-Reuters, 2010. Además, ha realizados contribuciones a congresos, tanto a nivel nacional como internacional, y ha participado en Programas de Movilidad para Profesorado y ha realizado estancias de investigación en Europa y América. Correo electrónico: raquel.guillen@uv.es.

La importancia de su planteamiento radica en que la Sentencia entiende que en este tipo de contrataciones de menores se debe prestar especial atención al principio del superior interés del menor y, por ello, "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 (artículo 162.1º del Código Civil)".

En consecuencia, el TS declara la nulidad del contrato, aunque condena al jugador al pago de treinta mil euros al club de origen en concepto de indemnización por extinción anticipada del contrato de jugador no profesional.

## COMENTARIO

### I. NOTAS PRELIMINARES SOBRE EL PRECONTRATO.

La figura del precontrato no se encuentra específicamente regulada por el ordenamiento civil español, a excepción de la promesa de comprar y/o vender que se contempla en el art. 1451 CC y la promesa de constituir prenda o hipoteca del art. 1862 CC.

Esta ausencia de regulación ha motivado amplios debates en cuanto a su naturaleza jurídica, contenido, requisitos y efectos.

A modo de presentación, sin entrar a analizar detenidamente cada una de las teorías que han surgido en torno al precontrato, se van a exponer brevemente algunas ideas:

1º) El precontrato obliga como un contrato definitivo [ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho de Obligaciones. Derecho Civil*, t. II. Barcelona (1997): Bosch, pp. 440 y ss.].

2º) La doctrina mayoritaria defiende la existencia autónoma de esta figura frente al contrato definitivo, y que se subdivide en dos teorías:

a) El precontrato es un acuerdo en el que se establecen las directrices básicas que las partes deben desarrollar en el futuro, obligándose a colaborar para establecer el contrato definitivo cuyas bases han sido establecidas por aquél [ROCA SASTRE, R.: *Estudios de Derecho Privado, I, Obligaciones y contratos*. Madrid (1948): Edersa, p. 324].

b) El precontrato como un convenio por el que las partes crean a favor de una de ellas, o de ambas, la facultad de exigir la eficacia inmediata de un contrato

por ellas proyectado; existiendo, por tanto, dos etapas, una primera, la promesa de contrato, en la que se establece el contrato proyectado y las partes, o al menos una de ellas quedan facultadas para exigirlo y la segunda que surge con el ejercicio de la facultad de exigir el contrato proyectado por la parte o partes facultadas para ello [DÍEZ PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T. I. Madrid (1996): Civitas].

La jurisprudencia, en STS 4 julio 1991 (RJ 1991, 5325), entiende que la esencia del llamado precontrato es la de constituir un contrato por virtud del cual las partes se obligan a celebrar posteriormente un nuevo contrato (el llamado contrato definitivo) que por el momento no se quiere o no se puede celebrar:

En consecuencia, puede llegar a afirmarse que el precontrato consiste en “quedar obligado a obligarse”, según expresa la STS 24 julio 1998 (RJ 1998, 6393), es decir, las partes mediante un precontrato se comprometen a hacer efectiva la conclusión de un determinado contrato en el futuro y, por ello, tal contrato preliminar no se puede identificar con el posterior contrato que será definitivo, ni engendra otra obligación que la de prestar el consentimiento de las personas que se comprometieron [STS 2 febrero 1960 (RJ 1960, 456)].

Por tanto, en primer término, es imprescindible que las partes se obliguen a suscribir en el futuro un determinado contrato proyectado y, en segundo término, se plantea la cuestión de la obligatoriedad o no de determinar los requisitos esenciales del contrato definitivo que los interesados quieren.

En torno a esta segunda cuestión, se debe apuntar que se han suscitado diversas cuestiones que han supuesto la confrontación entre la teoría que considera la existencia del precontrato únicamente cuando en el mismo se recojan los elementos esenciales del contrato proyectado [SSTS 3 junio 1998 (RJ 1998, 3715) o 20 abril 2001 (RJ 2001, 5282)] y la teoría que realiza una interpretación amplia del concepto de precontrato, considerando su existencia aun cuando no figuren expresamente detallados los elementos específicos del contrato proyectado [STS 4 julio 1991 (RJ 1991, 5325), que a su vez se basa en los postulados de las SSTS 5 julio 1940 (RJ 1940, 684) y 9 julio 1940 (RJ 1940, 691)].

En definitiva, el precontrato es, en sí mismo, un contrato, cuyo objetivo es celebrar posteriormente un nuevo contrato.

## II. LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS PADRES.

Los menores de edad, al no haber alcanzado la plena capacidad de obrar que se adquiere con la mayoría de edad o la emancipación, necesitan de la intervención de sus padres o tutores para que actúen en su nombre o administren sus bienes

[ATIENZA NAVARRO, M. L., en DE VERDA BEAMONTE, J. R. (coord.): *Derecho Civil I*. Valencia (2013): Tirant Lo Blanch, p. 106].

El poder de representación que ostentan los padres sobre los menores nace de la ley. Concretamente, el art. 162 CC establece que "los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados".

No obstante, el mismo precepto exceptúa los siguientes supuestos:

1º. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

2º. Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3º. Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres".

En consecuencia, la ley permite a los menores de edad no emancipados llevar a cabo determinadas actuaciones por sí solos, quedando excluida la representación legal que tienen los padres sobre ellos.

A los efectos de este comentario, se va a prestar especial atención a los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el menor, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

La Sentencia, en relación con este aspecto, entiende que la vinculación a una contratación laboral de una duración de 10 temporadas en el club sobrepasa, con creces, el derecho de decidir el menor por él mismo sobre su futuro profesional futbolístico, que se podría haber materializado con la mayoría de edad o a los 16 años, atendiendo a que el art. 1263 CC señala que no tienen capacidad contractual los menores no emancipados y los incapacitados. Teniendo, así mismo, presente que un contrato laboral de un menor de 16 años iría en contra del orden público atendiendo a que el art. 6 del Estatuto de Trabajadores prohíbe expresamente la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años.

Así mismo, no se debe olvidar que dicho derecho está intrínsecamente relacionado con el libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el art. 10 CE.

No sólo cabe mencionar ese aspecto, sino que hay que tener en cuenta que en el precontrato se hacía mención expresa a la cesión futura de los derechos de imagen del menor para cuando sea, en su caso, jugador profesional.

En este sentido, no cabe ninguna duda de que el derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad que se regula en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de

Mayo, sobre protección civil del derecho al honor; a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La citada norma, en su art. 3, párrafo primero, establece, en la misma línea, que el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil y el párrafo segundo, a continuación, afirma que, en los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez.

Por tanto, en virtud de que la decisión sobre el futuro profesional futbolístico del menor se incardina dentro del ámbito del desarrollo de su libre personalidad, el menor contratante del supuesto de hecho analizado en este comentario debería haber podido claramente manifestar por él mismo su consentimiento cuando hubiera alcanzado los 16 años, cuestión que no pudo llevarse a cabo por la vinculación contractual con el club de origen que habían consentido sus padres.

En consecuencia, la Sentencia entiende que el poder de representación que ostentaban los padres, en virtud del art. 162 CC, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico y por ello entiende la nulidad del precontrato formalizado por los padres.

Así mismo, una vez analizados los actos relativos a la personalidad, se debe hacer referencia a los actos jurídicos que afectan a la esfera patrimonial del menor. En ese caso, la norma general es que los padres o el tutor del menor deben velar por la protección patrimonial de sus hijos actuando como representantes legales de los mismos.

Sin embargo, el art. 166, párrafo primero, CC establece que "los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal" y el párrafo segundo señala que "los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario".

Por tanto, en un primer momento puede afirmarse sin mucha dificultad que los padres, como representantes legales de sus hijos y administradores de sus bienes,

pueden, sin autorización judicial, realizar todos aquellos actos patrimoniales no mencionados en el citado precepto.

No obstante, si el objetivo de este artículo es la protección de los intereses patrimoniales de los menores, podría plantearse, tal y como muy acertadamente lo hace la Sentencia, si cabría la aplicación analógica del mismo al supuesto objeto de litigio, la formalización de un contrato con una cláusula penal de más de tres millones de euros.

Al ser una cuantía económica desproporcionada y que conllevaría, en caso de incumplimiento, la responsabilidad patrimonial del menor con carácter "perpetuo", siendo necesaria la enajenación o gravamen de sus bienes, creo que se debería haber exigido la autorización judicial.

Por ello, hay que mencionar las consecuencias jurídicas en el supuesto de que los representantes legales realizan los actos descritos sin la correspondiente autorización judicial.

En ese sentido, se debe señalar la numerosa y diversa jurisprudencia [vid. al respecto ATIENZA NAVARRO, M.L, en DE VERDA BEAMONTE, J.R. (coord.): *Derecho Civil I*, Valencia (2013):Tirant Lo Blanch, p. 109]. Mientras iniciales sentencias del TS entendían que el contrato realizado era nulo, posteriormente se fueron pronunciando a favor de la anulabilidad del contrato, dado que el mismo puede ser después confirmado por el menor, al alcanzar la mayoría de edad. Inclusive, la jurisprudencia más reciente afirma que se trata de un negocio jurídico que queda pendiente de la ratificación por el menor.

### III. LA CONFIGURACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que se ha desarrollado frecuentemente en el Derecho de familia.

Por ello, la novedad de la sentencia comentada radica en que aplica por primera vez este principio al derecho patrimonial como medida de protección de los intereses de los menores en este ámbito.

Concretamente en el presente caso se ha articulado como criterio rector en orden a enjuiciar la posible validez de la contratación celebrada con menores, siendo, además, prevalente sobre el principio *pacta sunt servanda* en caso de conflicto.

La Sentencia considera que el interés superior del menor se debe situar en el centro de referencia y principio informador del conjunto de normas del ordenamiento jurídico [MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: "La necesaria observancia del interés



superior del menor en la contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (2013), núm. 93, pp. 457-472].

Por ese motivo, para el TS, la procedencia del recurso de casación no se basaba simplemente en determinar el carácter abusivo o no de la cláusula penal y, en su caso, la posible moderación de la misma, sino en la incidencia de la aplicación del principio del interés superior del menor en la validez de la relación jurídica que conduce, necesariamente, al estudio de los límites de la autonomía privada reconocido en el art. 1255 CC, así como a la extensión de la representación de los hijos, explicada anteriormente.

En atención a todo lo anterior, 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 [DE VERDA BEAMONTE, J. R.: “La invalidez de los precontratos celebrados por los representantes legales de los menores para la práctica del deporte profesional: (a propósito de la STS de 5 de febrero de 2013)”, *Diario La Ley* (2013), núm. (8047)].

Por tanto, ello supondrá un radical cambio de proceder en la contratación de menores en el ámbito deportivo, especialmente, en el mundo del fútbol, ya que los clubs deberán respetar el interés del menor en la formalización de contratos y, por ende, adaptar el tipo de contrato a la edad del contratante, es decir, circunscribiendo, tal y como se ha mencionado, la perfección de precontratos o contratos de futbolista profesional a los mayores de 16 años, pudiendo formalizar únicamente contratos de formación para aquellos menores que no alcancen la citada edad.

En consecuencia, considero que la Sentencia está en conexión, no sólo con los instrumentos internacionales, como la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, o la Carta Europea de los Derechos del Niño, que dan un mayor protagonismo a la actuación de los menores, sino también con la actual tendencia doctrinal favorable a potenciar la autonomía del menor y a extender el poder de decisión del menor sobre aspectos de su propia personalidad.