

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

NUEVA VISIÓN DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR: SU CAPACIDAD DE DECISIÓN SOBRE SU FUTURO PROFESIONAL

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Titular Acreditada Doctora.
Derecho Civil. UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR: a) EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SU TUTELA; b) EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL PODER DE REPRESENTACIÓN DE LOS PADRES; c) EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL COMO PRESUPUESTO PREVIO DE LA VALIDEZ DE DICHS CONTRATOS; d) EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA CESIÓN FUTURA DE LOS DERECHOS DE IMAGEN DEL MENOR. e) EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA CONTRAVENCIÓN DE LOS LÍMITES INHERENTES AL ORDEN PÚBLICO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DE MENORES.—III. CESIÓN FUTURA DE LOS DERECHOS DE IMAGEN DEL MENOR PARA CUANDO FUESE, EN SU CASO, JUGADOR PROFESIONAL.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (POR ORDEN CRONOLÓGICO).—VI. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha abordado recientemente un tema importante en relación con el concepto indeterminado del *libre desarrollo de la personalidad del menor*¹.

La cuestión que se analiza reside en la afirmación de que uno de los presupuestos que configuran la tutela del interés superior del menor ligado al libre desarrollo de su personalidad es la *capacidad que tiene para decidir sobre su futuro profesional*.

¹ STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de febrero de 2013, recurso 1440/2010. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Número de sentencia: 26/2013. Número de recurso: 1440/2010. Jurisdicción: CIVIL. *Diario La Ley*, núm. 8020, Sección Jurisprudencia, 11 de febrero de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 974/2013.

El poder de representación de los padres sobre los menores no puede incidir en el libre desarrollo de la personalidad de estos. Los padres, como titulares de la patria potestad, deberán orientar a sus hijos tanto en la esfera personal como en la esfera patrimonial (art. 154 CC), pero desde luego deben hacerlo pensando siempre en el beneficio personal y de acuerdo con la personalidad de cada uno de ellos. Esto supone que cualquier actividad que realice el menor debe ser en su interés, esto es, favoreciendo siempre el desarrollo integral de su personalidad². El propio menor será siempre el que ayude con sus preferencias a determinar su propio interés (desde luego estamos pensando en un menor con capacidad natural de obrar —con capacidad suficiente para el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales—), sus gustos, preferencias, lo cual es el paso previo para determinar lo que le beneficia, y, ayudará a su desarrollo integral.

Aunque no es el caso que vamos a estudiar, debemos recordar que si el menor no tiene esa capacidad natural de obrar corresponde su determinación a los titulares de la patria potestad (padres, parientes, administración, jueces, fiscales..., art. 158 CC) que en realidad son los sujetos que deben velar por garantizar el desarrollo de su personalidad.

Obviamente siempre se ha partido de la existencia de una presunción *iuris tantum* de que los padres y/o los titulares de la patria potestad siempre actúan en interés de los hijos. No obstante por lo que vamos a analizar a continuación, por un lado, el interés de los hijos puede ser contrario o al menos no beneficioso para el libre desarrollo de su personalidad, por otro lado, debemos tener en cuenta que la capacidad natural del menor tiene un carácter relativo porque la capacidad requerida para cada acto puede ser distinta.

Y además, hay que tener en cuenta, ya en el terreno práctico, que los intereses de los padres y de los hijos al celebrar un contrato que vincula al menor, pueden ser diferentes y pueden darse distintas situaciones. ASENSIO y QUESADA³ hacen un examen pormenorizado de los supuestos.

Por ejemplo, si tanto el menor como los padres están de acuerdo en la firma de un contrato donde el menor desarrolle una actividad que le interese y no interfiera ni en su vida personal ni académica, obviamente saldrá enriquecido con ello. En este caso siempre puede haber alguien que crea que el interés del menor esté siendo conculcado, en cuyo caso siempre se podrá acudir por medio del artículo 158 del Código Civil al juez o al Ministerio Fiscal, quienes deberán acudir en auxilio del menor.

Por otro lado puede darse el caso de que no haya acuerdo en la realización del contrato entre padres e hijos, generalmente porque los padres crean que be-

² El artículo 154 del Código Civil dice que: «Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades:

- Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
- Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad.

³ ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José («Minoría de edad y contratación: una aproximación a su problemática», en *Diario La Ley*, núm. 6639, Sección Doctrina, 29 de enero de 2007, año XXVIII, Ref. D-25, Editorial LA LEY. LA LEY 140/2007), describen diferentes situaciones.

neficia al menor (generalmente desde el punto de vista económico) y el menor no lo ve así. En este caso hay que detenerse en comprobar si el menor tiene el suficiente juicio. Si lo tuviera no habría problema pues puede negarse a firmar el contrato, pues es capaz de no otorgar su consentimiento. Si no lo tuviera serían los padres quienes firmarían el contrato y de nuevo nos encontraríamos con la posibilidad del artículo 158 del Código Civil.

También puede darse el caso contrario en el que los padres no quieran firmar el contrato y el menor sí. En este caso el menor «no realizará la actividad, ya que son los padres los que celebran el contrato».

Los citados autores también indican otra posibilidad que es que ambos, padres y menor, estén de acuerdo en que algo no conviene al interés del menor, y como están de acuerdo no se firmará el contrato.

Resulta obvio indicar que son los propios interesados los que deben interpretar en qué beneficia el contrato al interés del menor y si se producen problemas o discrepancias es cuando se hace indispensable la intervención judicial en este ámbito (arts. 154 ó 163 CC ó 158 CC).

Recordemos además, la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, donde se regula el deber protector de los poderes públicos (art. 12) el deber de poner en conocimiento de la autoridad las posibles situaciones de riesgo de menores que conozca (art. 13), y el deber de atención inmediata por parte de las autoridades oportunas (art. 14).

Puede suceder que los titulares de la patria potestad no estén de acuerdo entre ellos respecto de lo que beneficie el interés del menor, o como hemos indicado anteriormente, que terceros consideren que el menor está siendo perjudicado en su formación integral y lo pongan en conocimiento del Ministerio Fiscal. En estos casos será la autoridad judicial la que decidirá, valorando las características del caso y después de atender a los testimonios oportunos, qué beneficia el interés del menor en el caso concreto que se le plantea.

El supuesto de hecho de la sentencia del TS se centra en la *validez o nulidad de un precontrato de trabajo de un menor de edad para la práctica de fútbol profesional*. El TS entiende que sería necesaria la autorización judicial como presupuesto previo para la validez del precontrato.

También afecta al libre desarrollo de la personalidad del menor la inclusión en el precontrato de la *cesión futura de los derechos de imagen del menor para cuando fuese, en su caso, jugador profesional*.

Y decimos que es una nueva visión del análisis del libre desarrollo de la personalidad del menor pues hasta ahora solo se había estudiado desde otras perspectivas muy diferentes, por ejemplo, en sus relaciones con parientes y allegados⁴, o como miembro de una familia que debe ser oído tras el divorcio de sus padres⁵.

⁴ El bien jurídico protegido en el artículo 160.2.3 del Código Civil es el libre desarrollo de la personalidad del menor mediante el aprovechamiento de sus relaciones afectivas con «parientes y allegados». De manera que cualquier persona que se considere cercana al menor podrá invocar el derecho a relacionarse con él, y será el juez quien, en caso de oposición, resolverá. Vid. DE TORRES PEREA, José Manuel, «El artículo 160.2.3 del Código Civil. Norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-96, tomo 4, Editorial LA LEY. LA LEY 20174/2001.

⁵ El fundamento último de la audiencia del menor *como reflejo del respeto al libre desarrollo de su personalidad* y como menor, como miembro integrante del núcleo familiar que tiene derecho a desarrollar libremente su personalidad, expresar sus opiniones e intereses

Otra cuestión que analiza la sentencia es el concepto de orden público en materia laboral. A juicio del TS se estaría atentando contra el principio de libertad de contratación que asiste al menor que *no pudo 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.

Nuestro análisis, dentro de esta Sección dedicada a la Parte General, se va a centrar en el estudio de la llamada *práctica de contratación respecto de un menor de edad para la formación y aseguramiento de sus servicios como futuro jugador profesional de fútbol. Aunque la STS va más allá, analizando 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*⁶.

II. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR

a) EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y SU TUTELA

Como hemos comentado en nuestra introducción, la tutela del *interés superior* del menor viene íntimamente ligada al *libre desarrollo de su personalidad* (art. 10 CE). Uno de los intereses del menor, obviamente reside en su capacidad de decidir sobre su futuro profesional. Capacidad que no puede verse impedida o menoscabada.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional se ha referido a la capacidad de los menores que *cuentan con suficiente juicio o madurez y que sean oídos antes de que se resuelvan cuestiones que les afectan*.

En este sentido la STC, Sala Primera, 152/2005, de 6 de junio de 2005, analiza un supuesto de separación matrimonial y atribución de la guarda y custodia

acerca de todas aquellas cuestiones susceptibles de afectar a sus expectativas... Vid. BOJANÉ, Marta y CABALLERO RIBERA, Mónica, «El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-344, tomo 6, Editorial LA LEY. LA LEY 22579/2001.

⁶ La parte actora, «Fútbol Club Barcelona», ejercitó demanda contra don Roberto en reclamación de la suma de 3.489.000 €, en concepto de la cláusula penal pactada en el precontrato de fecha 22 de abril de 2002, al haberse integrado en la plantilla del Real Club Deportivo Espanyol, SAD incumpliendo los compromisos pactados en dicho precontrato.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la parte demandada abonar a la actora la suma de 30.000 €, en concepto de indemnización por extinción anticipada del precontrato de fecha 22 de abril de 2002, y de 500.000 € en concepto de indemnización por aplicación de cláusula penal contenida en el citado precontrato de fecha 22 de abril de 2002.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por ambas partes litigantes, dictándose sentencia de segunda instancia, de fecha 6 de abril de 2010, que constituye el objeto del presente recurso de casación, desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Roberto, estimando parcialmente el recurso de apelación formalizado por «Fútbol Club Barcelona», revocando parcialmente la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar a la parte demandada a pagar a la demandante la suma de 3.489.000 € en concepto de indemnización por aplicación de la cláusula penal contenida en el precontrato de 22 de abril de 2002. A los efectos que aquí interesan, dicha resolución considera que el precontrato citado no es nulo por cuanto la actuación de los padres del demandado se enmarca dentro del ámbito de la patria potestad.

a la madre. Considera el TC que se ha producido una vulneración del derecho del menor a ser oído en el procedimiento, *porque con nueve años de edad en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial*⁷.

La STC, Sala Segunda, de 221/2002, de 25 de noviembre de 2002⁸, aborda el estudio de la nulidad del auto que ordenó reiniciar el proceso de reinserción de una menor con su familia adoptiva, sin valorar los riesgos derivados del cambio de circunstancias.

En dicha sentencia se consideran *legitimados a los guardadores de hecho para recurrir en amparo una resolución judicial que consideran lesiva de los derechos fundamentales de la menor que tienen a su cargo*. El interés superior del menor, que constituye un principio rector de la actuación de los poderes públicos en este ámbito impide que pueda negarse legitimación a quienes⁹, ostentando la condición de guardadores de hecho de la menor, y que anteriormente habían sido sus acogedores en virtud de un acogimiento familiar de carácter provisional, impugnan ante este Tribunal decisiones de los poderes públicos que pueden ser lesivos de los derechos fundamentales de la menor que tienen bajo su guarda, pues, con independencia de que dichos intereses se encuentren defendidos por el Ministerio Fiscal, no por ello debe excluirse en todo caso la posibilidad de que también puedan ejercer tal defensa quienes tienen a su cargo a un menor como consecuencia de haberseles atribuido la guarda del mismo.

Pero ha sido precisamente la Jurisprudencia del TS la que ha aclarado diversos conceptos indeterminados, por ejemplo el del *libre desarrollo de la personali-*

⁷ STC, Sala Primera, 152/2005, de 6 de junio de 2005, recurso 1966/2004. Ponente: Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ. Número de sentencia: 152/2005. Número de recurso: 1966/2004. LA LEY 127662/2005. Nos encontramos en un caso que afecta a la esfera personal y familiar de un menor que, con nueve años de edad, en el momento de resolverse el recurso de apelación, gozaba ya del juicio suficiente para ser explorado por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oído que el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente citada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor).

La Sala de la Audiencia Provincial de Sevilla debió otorgar un trámite específico de audiencia al menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que, por este motivo, debe apreciarse ya la vulneración del artículo 24.1 CE.

⁸ STC, Sala Segunda, 221/2002, de 25 de noviembre de 2002, recurso 1044/2000. Ponente: Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ. Número de sentencia: 221/2002. Número de recurso: 1044/2000. LA LEY 178/2003.

⁹ Previamente el TC había concretado que «...este Tribunal ha interpretado de forma muy amplia y flexible la noción de interés legítimo a efectos de reconocer legitimación para recurrir en amparo, de ahí que hayamos considerado que tienen un interés legítimo para recurrir en amparo, no solo los titulares del derecho fundamental que se considera vulnerado, sino también todos aquellos a quienes la supuesta lesión del derecho fundamental invocado les haya podido ocasionar un perjuicio, ya que en tales casos los recurrentes se encuentran, respecto de los derechos fundamentales invocados, en una situación jurídico-material que les confiere el interés legítimo que exige el artículo 162.1.b) CE para estar legitimados a efectos de interponer el recurso de amparo...».

dad, como podemos ver en una de sus primeras sentencias, aunque no referidas a menores, la STS de 19 de abril de 1991¹⁰.

Referida al análisis del *interés del menor*, aunque en el ámbito de la reinserción familiar se halla la STS de 31 de julio de 2009¹¹, la cual ha indicado con gran claridad que: «Estos principios, considerados en abstracto, constituyen principios de fin o directrices, en cuanto no establecen mandatos genéricos por razón del objeto, sino por razón del fin. En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos. En suma, su cumplimiento exige atender a la consecución del interés del menor, mediante la adopción de las soluciones que, por una parte, le sean más beneficiosas y, por otra, que permitan la reinserción en la propia familia.

Desde este punto de vista, se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto (“se buscará siempre”), mientras que la directriz sobre la reinserción familiar se formula con carácter relativo (“se procurará”).

Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas. Desde esta perspectiva se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz que ordena procurar la reinserción familiar se subordina expresamente a ella (“cuando no sea contrario a su interés”).

La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor».

¹⁰ STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de abril de 1991. Ponente: Jaime SANTOS BRIZ, Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2010-JF/0000. Aunque no centrado en el ámbito del menor, el TS establece en esta sentencia como doctrina que *tras haber un cambio social de sexo, y en base al libre desarrollo de la personalidad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 10 CE que incluye dentro de dicho desarrollo los cambios físicos de forma del ser humano, se permite el ejercicio de su derecho a cambiar el nombre de varón por el de hembra, sin que suponga equiparación absoluta con el sexo femenino*.

¹¹ STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de julio de 2009, recurso 247/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 565/2009. Número de recurso: 247/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184099/2009. En un caso de declaración de desamparo de menores y acogimiento preadoptivo, el TS establece como doctrina jurisprudencial, primero, que es procedente que el juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo, *contemple la existencia de un cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se declaró con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad, y segundo, el modo en que debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en la familia biológica*.

En los mismos términos, y siguiendo esta doctrina jurisprudencial, se encuentra la STS de 13 de junio de 2011¹².

b) EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL PODER DE REPRESENTACIÓN DE LOS PADRES

El TS, en la sentencia objeto de comentario, entiende que en este ámbito *no cabe la representación*, del mismo modo que tampoco pueden ser sujetos obligados respecto de derechos de terceros.

Y recoge la doctrina jurisprudencial indicada en el apartado anterior, «la adecuación al interés superior del menor, por tanto, se sitúa como el punto de partida y de llegada en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno tanto a la defensa y protección de los menores, como a la esfera de su futuro desarrollo profesional»¹³.

No olvidemos que dentro de los Acuerdos Internacionales hay dos puntos clave:

- Por un lado, una tendencia por mejorar la protección del menor.
- Por otro lado, la necesidad de otorgar un mayor protagonismo a su actuación.

Así se desprende de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Reino de España el 30 de noviembre de 1990, y de la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A 3-0172/92 (DOCE núm. C241, de 21 de septiembre de 1992)¹⁴.

¹² STS, Sala Primera de lo Civil, de 13 de junio de 2011, recurso 1255/2009. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de sentencia: 397/2011. Número de recurso: 1255/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 111589/2011. Indica el Tribunal que insiste en la aplicación del principio del interés del menor en los casos de acogimiento, habiendo familia biológica, basado en que «las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor...».

¹³ Dice el FJ 3.º que: «Esta proyección de su incidencia en el núcleo de los derechos fundamentales encuentra, a su vez, un progresivo desarrollo complementario ya en torno a otros específicos derechos fundamentales contemplados por nuestra Constitución, caso del derecho de asociación (art. 22 CE), bien por la vía de los “Derechos y deberes de los ciudadanos”, caso del artículo 35.1 CE, en relación a la libre elección de profesión y oficio y la promoción a través del trabajo y, en su caso, por el cauce de los denominados “Principios Rectores de la Política Social y Económica”, supuesto del artículo 39.2 y 4 CE, en relación a la protección integral de los hijos y a la extensión de su tutela prevista en los Acuerdos Internacionales».

¹⁴ Como referentes en la interpretación de los derechos que recoge nuestra Constitución y el resto del Ordenamiento Jurídico (vid. la STC, Sala Primera, 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, recurso 4595/2005. Número de sentencia: 176/2008. Número de recurso: 4595/2005. LA LEY 198334/2008, que se refiere a la restricción del régimen de visitas a un menor inicialmente concedido a un padre transexual. La disforia de género del progenitor no constituye el verdadero motivo de la decisión judicial de restringir el régimen de visitas adoptada en procedimiento de modificación de medidas definitivas, sino que se justifica, atendiendo al interés prevalente del menor, y con base en la prueba pericial psicológica, en el riesgo relevante de repercusión negativa para el desarrollo personal del niño que supone la situación de inestabilidad emocional por la que atraviesa el padre).

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, profundiza en esta *tendencia hacia el desarrollo evolutivo* en el ejercicio directo de los derechos por el menor contemplando, entre otros extremos, la primacía del interés superior del menor frente a cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, junto con la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores (art. 2); sin perjuicio del reforzamiento de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4), o del reconocimiento expreso de los derechos de asociación y a ser oído (arts. 7 y 9, respectivamente).

Concluye el TS afirmando 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 dieciséis años (art. 162.1.º CC).*»

c) EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL COMO PRESUPUESTO PREVIO DE LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS

El artículo 166 del Código Civil establece una serie de *limitaciones impuestas* que hacen necesaria la autorización judicial como presupuesto previo de la validez de los contratos donde intervenga un menor¹⁵.

El precepto se centra en la tutela patrimonial, lo cual resulta congruente con la finalidad perseguida de requerir la autorización judicial para aquellos actos que realizados, *bajo la representación de los padres, vinculen obligacionalmente 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.*

La interpretación de este precepto debe hacerse siguiendo el sentido de la LO de protección del menor inspirada en los acuerdos internacionales, *no puede ser restrictiva sobre todo cuando la responsabilidad patrimonial asumida también afecte o repercuta en el plano extrapatrimonial del interés del menor.*

d) EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA CONTRAVENCIÓN DE LOS LÍMITES INHERENTES AL ORDEN PÚBLICO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN DE MENORES

La sentencia también se refiere a la *nulidad del precontrato de trabajo*, y de la *cláusula penal prevista*, por resultar contrario a los límites inherentes al orden

¹⁵ Artículo 166. 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.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el juez denegase la autorización, la herencia solo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.

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 donde 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 solo el menor debe decidir por sí mismo.

III. CESIÓN FUTURA DE LOS DERECHOS DE IMAGEN DEL MENOR PARA CUANDO FUESE, EN SU CASO, JUGADOR PROFESIONAL

El derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho que es, en principio, a quien corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero. Aunque existen circunstancias que pueden determinar que la regla enunciada ceda: cuando exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen. Por ello, cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección¹⁶.

Por otro lado, hemos partido del hecho de que el menor sí tiene capacidad, solo que aún no puede desarrollarla plenamente.

La imagen del menor es uno de los derechos de la personalidad del menor, y la cesión futura es un acto de disposición sobre un derecho de la personalidad. Pues bien tratándose de derechos de la personalidad y de menores, el *consentimiento* ha de interpretarse en *sentido estricto*. Más aún si detrás de esa intervención del menor existe un *aprovechamiento comercial*.

Y ello es así porque lo establece la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen; y 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. Ya en 1982, fue la LO, la que en su artículo 3 concretó 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.

La prevalencia del interés superior del menor y el libre desarrollo de su personalidad adquiere especial relevancia cuando en el precontrato, que debería limitarse al ámbito de la formación, se incluye la *cesión futura de los derechos de imagen del menor para cuando sea, en su caso, jugador profesional*.

El derecho a la imagen tiene un ámbito patrimonial pero dicho ámbito está íntima e indisolublemente vinculado a su ámbito personal, ya que el derecho a la propia imagen es, en esencia, un derecho a la personalidad, es decir, que dentro del elenco de derechos fundamentales, es de aquellos derechos más relevantes y trascendentes, pues se refiere a la persona en sí misma considerada. Como dere-

¹⁶ [SSTC 156/2001 (LA LEY 4591/2001), de 2 de julio, FJ 6; y 77/2009 (LA LEY 14343/2009), de 23 de marzo, FJ 2, por todas].

cho de la personalidad, es un derecho irrenunciable, inalienable, imprescriptible, y podrá ser revocado en todo momento.

De los términos concretados en el contrato se desprende que existe un consentimiento generalizado, vago e impreciso, sin que se haya otorgado a nadie en particular (ni a un anunciante, ni a una cadena televisiva, ni a ningún medio de comunicación) y además tan indeterminado que no se indica cuando (ni término inicial ni final) va a ser utilizado, ni por supuesto las condiciones.

Ello conllevaría a encadenarse a un consentimiento de por vida: de manera que si el menor hubiera autorizado en el pasado, podría estar afectado para el presente y futuro. Nada más contrario a la legalidad de nuestro ordenamiento jurídico que exige consentimiento reglado, expreso y escrito.

Parece que se trata de otorgar un consentimiento genérico, totalmente opuesto a la legalidad ya que se requiere y exige un nuevo consentimiento para cada uno de los actos donde se utilice la imagen del menor.

Además si el consentimiento hubiera sido prestado por los titulares de la patria potestad, y al tratarse de una cesión futura de la imagen del menor, el todavía menor pero con juicio, o ya incluso mayor puede prestar un consentimiento contrario.

No olvidemos que en la contratación con menores nunca podemos perder de vista la protección del interés supremo del menor y, por tanto, la posibilidad de declarar la nulidad de aquellos negocios jurídicos que les perjudiquen gravemente. Si además estamos en presencia de derechos de la personalidad, irrenunciables e inalienables, tendremos que afirmar que la dignidad personal del menor, honor, intimidad e incluso en algún caso la propia imagen, convertiría en actos nulos de pleno derecho algunos de estos negocios.

MACÍAS CASTILLO insiste en que «no puede interpretarse que la mera tolerancia o el consentimiento prestado tácitamente por un menor puedan ser válidamente aceptados a estos efectos en ningún caso. La no oposición o la negativa expresa, ni tan siquiera el consentimiento tácito puede sustituir al consentimiento reglado, expreso y escrito»¹⁷.

La STC, Sala Primera, 158/2009, de 29 de junio de 2009, estableció la prevalencia del interés superior del niño frente a la libertad de expresión de un periódico que publicó fotos del menor sin consentimiento paterno ni justificación legal¹⁸.

Para la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social el ordenamiento jurídico establece una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor. Para no ser calificada de intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982), será necesario el consentimiento previo y expreso del menor (si tuviere la suficiente edad y madurez para prestarlo), o de sus padres o representantes legales (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982), si bien incluso ese consentimiento será ineficaz para excluir la lesión del derecho a la propia imagen del menor si la utilización de su imagen en los medios de comunicación puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses (art. 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996).

¹⁷ MACÍAS CASTILLO, Agustín, «El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen», en *Diario La Ley*, núm. 6913, Sección Doctrina, 28 de marzo de 2008, año XXIX, Ref. D-94, Editorial LA LEY. LA LEY 15472/2008.

¹⁸ STC, Sala Primera, 158/2009, de 29 de junio de 2009, recurso 8709/2006. Ponente: Manuel ARAGÓN REYES. Número de sentencia: 158/2009. Número de recurso: 8709/2006. LA LEY 119833/2009.

Además cuando se trata de la representación gráfica de la figura de un menor, la apreciación de la accesoriadad prevista en el referido precepto ha de ser más restrictiva, por la especial protección del derecho a la propia imagen de los menores que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Asimismo es indiscutible que el interés social o la finalidad loable que pudiera tener el reportaje son cuestiones que carecen de trascendencia para considerar la publicación no consentida de la fotografía del menor como un atentado a su derecho a la propia imagen, y que resulta igualmente irrelevante en este caso la invocación por la recurrente de la doctrina constitucional referida al concepto de información veraz.

IV. LA ACTUACIÓN DE LA FISCALÍA Y LA PROTECCIÓN DE MENORES

El Fiscal General del Estado estableció en la Instrucción 2/2006, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores unas directrices para evitar que la impugnación de actos por parte del Ministerio Fiscal no suponga una restricción de los derechos de los menores a decidir por sí mismos cuando tienen la madurez bastante, así como para evitar restricciones del derecho de sus progenitores y representantes legales cuando están decidiendo con rigor y en beneficio de estos acerca de estos actos de disposición.

La Instrucción distingue dos situaciones: el consentimiento ya prestado (o proyectado) por los padres, tutores o representantes legales, y el consentimiento que presta el propio menor cuando considera que tiene capacidad suficiente para ello. Siempre que no estén privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad; o que no estén imposibilitados por cualquier causa para accionar, lo que lógicamente reforzaría la obligación de que el Ministerio Público lo hiciese; o que mantengan un conflicto de intereses con los hijos o representados o, que los padres vengán adoptando una actitud de inhibición o pasividad en lo que al cuidado de sus hijos y preocupación por sus cuestiones se refiere.

Cuando estamos en presencia de un *menor no maduro* habrá de atenderse, en primer término, al hecho de que los padres o representantes hayan o no prestado el debido consentimiento en base a la patria potestad.

La opinión del menor deberá pesar más cuánto más se aproxime este a las condiciones de madurez o la capacidad de juicio al que la ley se refiere. Esta circunstancia ya había sido señalada por la doctrina y la jurisprudencia con anterioridad: por su corta edad, debe presumirse la *falta de capacidad de niños de cinco o seis años de edad*; mientras que en el otro extremo, los que están próximos a la mayor edad, podrían *a priori* ser considerados perfectamente capaces para realizar numerosos actos de disposición. En todo caso, importa destacar el *derecho a ser oído* que el menor tiene, como expresión de la voluntad real del menor que, a menudo, puede ser inducido o condicionado por su entorno familiar para realizar algunos de estos actos.

También están los menores en situación de desamparo o son inadecuadamente tratados por sus progenitores, así como aquellos otros que carecen de representantes legales. En tales supuestos, la intervención del Ministerio Fiscal adquiere, si cabe, todavía más importancia.

Cuando los padres o representantes están en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad y las ejercen con responsabilidad, la intervención de los fiscales se configura como un segundo control, esto es, cuando resulta notorio que la prestación del consentimiento en nombre del menor se ha realizado con desprecio del superior interés del menor.

Cuando estamos en presencia de un menor maduro o presumiblemente maduro, se analizan dos situaciones distintas: el abandono, desamparo o desprotección del menor en mayor o menor grado, y el ejercicio irresponsable de la patria potestad o de las instituciones de guarda y custodia de menores. Pero estas situaciones son diferentes de la que se produce cuando el menor interviene y decide por sí mismo acerca de qué destino dará a determinadas facetas de sus derechos personalísimos. Es decir, estamos básicamente entrando a valorar la capacidad misma del menor para regirse, puesto que, en su caso, lo que los fiscales deben hacer, es cuestionar la madurez y racionalidad suficiente de los menores para poder decidir acerca de estas cuestiones.

La Instrucción recuerda que no puede prescindirse por completo de la voluntad de los menores maduros para desarrollar el contenido de los derechos de la personalidad. Para garantizar este derecho del menor, la Instrucción establece como premisa que, antes de demandar, el menor sea oído, en todo caso, por el Ministerio Fiscal, de modo que únicamente después de este examen y cuando resulte evidente la falta de madurez del menor o el grave daño que para su persona representa el acto consentido, solo entonces podrá presentar la demanda el fiscal.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel y QUESADA SÁNCHEZ, Antonio José: «Minoría de edad y contratación: una aproximación a su problemática», en *Diario La Ley*, núm. 6639, Sección Doctrina, 29 de enero de 2007, año XXVIII, Ref. D-25, Editorial LA LEY. LA LEY 140/2007.
- BOJANÉ, Marta y CABALLERO RIBERA, Mónica: «El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1996, Ref. D-344, tomo 6, Editorial LA LEY. LA LEY 22579/2001.
- DE TORRES PEREA, José Manuel: «El artículo 160.2.3 del Código Civil. Norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos», en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2001, Ref. D-96, tomo 4, Editorial LA LEY. LA LEY 20174/2001.
- MACÍAS CASTILLO, Agustín: «El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen», en *Diario La Ley*, núm. 6913, Sección Doctrina, 28 de marzo de 2008, año XXIX, Ref. D-94, Editorial LA LEY. LA LEY 15472/2008.

V. ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TC Y DEL TS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STC, Sala Primera, 158/2009, de 29 de junio de 2009, recurso 8709/2006. Ponente: Manuel ARAGÓN REYES. Número de sentencia: 158/2009. Número de recurso: 8709/2006. LA LEY 119833/2009.
- STC, Sala Primera, 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, recurso 4595/2005. Número de sentencia: 176/2008. Número de recurso: 4595/2005. LA LEY 198334/2008.
- STC, Sala Segunda, 221/2002, de 25 de noviembre de 2002, recurso 1044/2000. Ponente: Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ. Número de sentencia: 221/2002. Número de recurso: 1044/2000. LA LEY 178/2003.

- STC, Sala Primera, 152/2005, de 6 de junio de 2005, recurso 1966/2004. Ponente: Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ. Número de sentencia: 152/2005. Número de recurso: 1966/2004. LA LEY 127662/2005.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 5 de febrero de 2013, recurso 1440/2010. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Número de sentencia: 26/2013. Número de recurso: 1440/2010. Jurisdicción: CIVIL. *Diario La Ley*, núm. 8020, Sección Jurisprudencia, 11 de febrero de 2013, año XXXIV, Editorial LA LEY. LA LEY 974/2013.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 13 de junio de 2011, recurso 1255/2009. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Número de sentencia: 397/2011. Número de recurso: 1255/2009. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 111589/2011.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 31 de julio de 2009, recurso 247/2007. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Número de sentencia: 565/2009. Número de recurso: 247/2007. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 184099/2009.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 19 de abril de 1991. Ponente: Jaime SANTOS BRIZ. Jurisdicción: CIVIL. LA LEY 2010-JF/0000.

VI. LEGISLACIÓN CITADA

- Constitución Española. Artículo 10.
- Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por el Reino de España el 30 de noviembre de 1990.
- Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A 3-0172/92 (DOCE núm. C 241, de 21 de septiembre de 1992).
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
- Código Civil 162,1.º
- Instrucción 2/2006, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

RESUMEN

CAPACIDAD DEL MENOR FUTURO PROFESIONAL

La tutela del interés superior del menor está ligada al libre desarrollo de su personalidad que tiene, entre sus presupuestos, decidir sobre su futuro profesional. Ámbito este, el libre desarrollo de su personalidad, al que no puede extenderse el poder de representación de los padres, no resultando descartable la necesaria autorización judicial como presupuesto previo para la validez del precontrato.

ABSTRACT

LEGAL CAPACITY OF MINORS FUTURE CAREER

Protecting the higher interest of minors includes enabling minors to develop their personality freely, which involves deciding on their future career. Parents' power to represent their minor children does not extend to the field of personality development. Judicial authorisation may be needed before a letter of agreement or intent can be considered valid.