

FUTURO PROFESIONAL DE LOS MENORES Y EJERCICIO DE
LA PATRIA POTESTAD

*PROFESSIONAL FUTURE OF MINORS AND EXERCISE OF
PARENTAL AUTHORITY*

Rev. Boliv. de Derecho N° 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 252-277



Purificación
CREMADES
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de abril de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2021

RESUMEN: La decisión personal sobre el futuro profesional del menor de edad, constituye un aspecto del desarrollo de su libre personalidad, que como en cualquier decisión que le afecte, debe adoptarse desde el principio del interés superior del menor. Los padres, en el ejercicio de la patria potestad, tienen la representación legal de sus hijos menores, a excepción de los actos relativos a los derechos de la personalidad, que puede dicho menor con suficiente madurez, realizar por sí mismo. Cuando confluyen derechos de la personalidad y derechos patrimoniales, se hace necesario determinar el papel a desarrollar por los padres, y que en último término debe ser de protección y respeto a los derechos de sus hijos.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del menor; patria potestad; libre desarrollo de la personalidad; futuro profesional.

ABSTRACT: *The personal decision about the professional future of the minor, constitutes an aspect of the development of his free personality, and, like every decision that affects him, it must be adopted considering the principle of the best interests of the child. The parents, in the exercise of parental authority, have the legal representation of their minor children, except for the acts related to the personality rights, which can be carried out by the minor child himself if he is mature enough. When personality rights and economic rights converge, it is necessary to determine the role the parents play, which in the end will always have to be the protection and respect for their children's rights.*

KEY WORDS: *Best interests of the child; parental authority; free development of personality; professional future.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. APROXIMACIÓN A LA CUESTIÓN A TRAVÉS DE LA STS 5 FEBRERO 2013.- III. DISPONIBILIDAD PATRIMONIAL Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.- IV. EL INTERÉS DEL MENOR.- I. Protección y participación del menor.- 2. La autorización judicial.- V. DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y FUTURO PROFESIONAL.

I. INTRODUCCIÓN.

Influencer o *youtuber* es la profesión que actualmente los menores valoran entre sus preferencias, aun teniendo presente también las tradicionales de deportista o actividades artísticas¹. El *influencer* implica la nueva versión del líder de opinión aplicado al medio *online*, aprovechando el potencial enorme demostrado por las redes sociales; es una persona que posee cierta credibilidad sobre un tema concreto y que su presencia e influencia en las redes sociales hace que se convierta en un prescriptor idóneo de una marca determinada².

También los niños se han convertido en protagonistas o creadores de contenido en las plataformas digitales. Nacidos precisamente en la era digital, a su corta edad arrastran a una cantidad ingente de seguidores. Dieciocho millones en nuestro país es la cifra más alta en el 2020. Evidentemente ello supone una sobreexposición pública del menor que reporta importantes beneficios económicos para las dos partes³.

Para tener una cuenta en YouTube o Instagram en España, se debe tener al menos 14 años. Por eso, los menores que no cuentan con el consentimiento de sus padres falsean sus datos para poder triunfar en la red. Las agencias de publicidad se fijan en ellos ante la caída de los ingresos por canales tradicionales como la televisión, cada vez menos consumidos por los menores. Y es que, la penetración de la marca, haciéndolo bien, va a ser más creíble si lo hace un niño de 12 años en un canal de YouTube que un adulto; es una comunicación de igual a igual. Es como un amigo para ellos, y las marcas han visto la rentabilidad de promocionarse

1 Disponible el 23-3-2021 en <https://www.europapress.es/portaltic/sector/noticia-youtuber-influencer-cinco-profesiones-favoritas-ninos-anos-20190601112948.html>

2 GÓMEZ NIETO, B.: "El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa", *methaodos.revista de ciencias sociales*, vol. 6, núm. 1, 2018, p. 150.

3 Disponible el 23-3-2021 en <https://marketing4ecommerce.net/10-ninos-youtubers-que-triunfan-en-espana-el-mundo-2019/>

• Purificación Cremades García

Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: p.cremades@umh.es.

en dicho contexto⁴, pudiendo alcanzar también el beneficio económico para el menor, cifras verdaderamente importantes.

El parlamento francés aprobó el pasado año una nueva ley para proteger a los niños *influencers* del país, regulando horarios, ingresos, y el derecho al olvido. De esta forma, los niños menores de 16 años que dedican mucho tiempo a crear y publicar contenidos en Internet, tendrán limitado su horario, sus beneficios serán depositados en una cuenta bancaria a la que podrán acceder cuando cumplan 16 años; las empresas que quieran contratar a los niños *influencers* tendrán que pedir permiso a las autoridades locales, obligando a las redes sociales y plataformas de Internet que eliminen cualquier video o contenido que soliciten los niños *influencers* menores de 16 años⁵.

II. APROXIMACIÓN A LA CUESTIÓN A TRAVÉS DE LA STS 5 FEBRERO 2013.

La STS 5 febrero 2013⁶ abordó de una manera directa, la complicada cuestión del libre desarrollo de la personalidad del menor, entendiendo que el poder de representación que ostentan los padres, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan un presupuesto, precisamente del libre desarrollo de la personalidad del menor y que pueda realizar por el mismo, incardinando la decisión sobre su futuro profesional en esa situación.

Parece que en este sentido los padres o representantes legales de los menores, no desempeñen ningún papel cuando se trate de decidir sobre el futuro profesional de sus hijos, y que son estos quienes, cuando tienen suficiente madurez, pueden hacerlo por sí mismos. La primera cuestión sería, por lo tanto, determinar esa específica madurez.

La oportunidad de la STS 5 febrero 2013 provoca una serie de interrogantes que no hacen más que mostrar los problemas que surgen en torno a la capacidad de decisión sobre el futuro profesional, especialmente en los grandes menores o adolescentes. En este sentido cabe plantearnos si debe considerarse el libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el art. 10 de la CE derecho fundamental, como una cuestión excluida de la representación de los padres, y que el hijo de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. Y si es así, cómo se puede compatibilizar con la disponibilidad patrimonial derivada de dicho ejercicio o cuándo se tendrá en cuenta el interés del menor. En último término

4 El negocio de los *influencers* de 12 años que ganan más que tú: "los padres ni lo saben". Disponible el 23-3-2021 https://www.elconfidencial.com/cultura/2018-06-12/video-youtuber-ninos-12anos-marcas-publicidad-musically_1577416/

5 Disponible el 23-3-2021 en <https://www.europapress.es/portaltic/internet/noticia-francia-aprueba-nueva-ley-protoger-ninos-influencers-20201009133432.html>

6 STS 5 febrero 2013 (RJ 2013/928).

hemos de tener presente que todas estas cuestiones afectan de forma directa a terceros contratantes con el menor.

Los hechos de la sentencia son los siguientes:

Los padres de Carlos Miguel, de 13 años entonces, deciden vincularlo a la plantilla del fútbol no profesional del F.C. Barcelona, y lo hacen a través de dos contratos, uno de ellos como jugador no profesional, con una duración de 8 años y vigencia desde el 1 de julio de 2002 hasta el 30 de junio de 2010, y el otro en forma de precontrato regulador del futuro otorgamiento de un contrato de jugador profesional. Cinco años después de finalizar la temporada 2006/2007, y al haber alcanzado el jugador la mayoría de edad, el Club le requirió para la firma del contrato laboral. Al no llegar a un acuerdo, el futbolista comunica su voluntad de extinguir anticipadamente el contrato, poniendo a disposición del Club la cantidad de 30.000.-€ prevista como indemnización por resolución unilateral y anticipada, aceptando por lo tanto el incumplimiento de este contrato de deportista amateur. Extinguida dicha relación contractual, y con el visto bueno de la Real Federación Española de Fútbol, el futbolista firmó un contrato de jugador profesional con el Real Club Deportivo Español SAD, por lo que el Fútbol Club Barcelona entendió que habían vulnerado los acuerdos contenidos en el precontrato de 22 de abril de 2002, reclamando el importe de la cláusula penal cifrada en 3.489.000.-€.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial, estimaron la procedencia de la indemnización prevista en la cláusula penal del precontrato, mientras que en primera instancia se moderaba la cláusula de rescisión a 500.000 euros, la Audiencia Provincial reconocía al Fútbol Club Barcelona su derecho a cobrar íntegramente la suma prevista como cláusula penal, considerando que el incumplimiento era total, por lo que no procedía la moderación y que no era abusiva en su cuantía, sino lo habitual en este tipo de contratos. Finalmente, el TS declara la nulidad del precontrato, y por tanto de la indemnización.

Establece la Sala del TS: "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, propiamente dicho...". "En este sentido, y en primer término, 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. En efecto, el interés superior del menor no solo se erige como 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. De este modo, la perspectiva de análisis queda previamente condicionada a un ámbito axiológico que excede del 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. Por el contrario, 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 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”.

Y respecto al ámbito personal del menor la STS 5 febrero 2013 establece: “El poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y 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 del Código Civil)”. Se declara la nulidad del precontrato y por consiguiente la nulidad de la cláusula penal prevista en el mismo “por resultar contrario a los límites inherentes al orden público en materia de contratación de menores, especialmente en lo referente a la tutela del interés superior del menor en la decisión personal sobre su futuro profesional como aspecto o presupuesto del desarrollo de su 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 solo el menor debe decidir por sí mismo”.

Se ha venido a reconocer que la novedad de la sentencia radica, en que se 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 ámbito⁷. Ahora bien, también desde un análisis crítico de la misma, se ha apuntado que hubiera sido más oportuno un abordaje patrimonial del caso, donde lo determinante hubiera sido si la cláusula es o no exorbitada y en su caso la moderación de la misma conforme habilita el art. 1154 CC⁸, o la inoportunidad

7 GUILLÉN CATALÁN, R.: “El interés superior del menor como límite al ejercicio de la patria potestad. Comentario a la STS núm. 26/2013 (RJ 2013, 928)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015, p. 765.

8 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, consultado en Smarteca, p. 8.

de fundamentar el interés superior del menor al que debieron atender los padres⁹. Incluso a plantearse que el contrato celebrado, en realidad no fuera tal precontrato, sino que se tratara de un acto de simulación y se estuviera encubriendo un verdadero contrato de trabajo, celebrado con un menor de 16 años, a través de un precontrato civil, por lo tanto, un contrato de deportista profesional celebrado en fraude de ley¹⁰.

En realidad, la STS 5 febrero 2013 evidencia la necesidad de identificar el papel a desarrollar por los padres, no solo en el ámbito patrimonial, sino también en el personal de sus hijos, especialmente en cuanto a grandes menores se refiere.

III. DISPONIBILIDAD PATRIMONIAL Y EJERCICIO DE LA PATRIA POSTESTAD.

El art. 1263 CC señala que no pueden prestar consentimiento contractual, los menores no emancipados¹¹. Los padres, en el ejercicio de la patria potestad, representan a sus hijos y administran sus bienes, estableciendo el art. 154 del Código civil, que los hijos que tuvieren suficiente madurez, deberán ser oídos siempre, antes de adoptar decisiones que les afecten, y que los progenitores podrán, en el ejercicio de sus funciones, recabar el auxilio de la autoridad judicial¹².

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el menor tiene un grado de autonomía; esto se proyecta desde el derecho a ser oído, hasta la limitación de las facultades de la representación legal como es el caso de los actos relativos a los derechos de la personalidad, sustraídos precisamente a la representación legal paterna¹³.

Los padres deben administrar los bienes de los hijos, con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador, si bien no están bajo administración paterna los bienes del hijo mayor de

9 CARRASCO PERERA, Á: "El niño que quería ser Messi", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863/2013, consultado en base de datos Aranzadi (BIB 2013/1061), y en este sentido afirma que es manifiesto que el menor "hubiera pactado lo mismo o peor si no hubiera estado asistido por su padre o agente. Y no podía esperarse que el chico cumpliera 16 años, porque el FC Barcelona hubiera prescindido de él, al tener en su cantera potencial centenares de chicos que quieren y acaso pueden ser Messi y hubieran firmado a los 13 años".

10 SELIGRAT GONZÁLEZ, V. M.: "Contratos deportivos y protección de menores", *Actualidad Civil*, núm. 4, 2014, consultado en Smarteca, p. 7.

11 A la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, debemos el que se haya introducido un nuevo párrafo, que posibilita el referido consentimiento en menores cuando se trata de bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad, de conformidad con los usos sociales.

12 ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. y QUESADA SÁNCHEZ, A. J., entienden que la intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad debe ser excepcional, subsidiaria de los padres y sólo justificada por la puesta en peligro del interés del menor, "Minoría de edad y contratación: una aproximación a su problemática", *Diario La Ley*, núm. 6639, 29 de enero de 2007, consultado en laleydigital, p. 2.

13 GIL MEMBRADO, C.: "Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores para la práctica del fútbol profesional", cit., p. 2.

16 años que haya adquirido con su trabajo o industria, y en este sentido, los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres, para los que excedan de la misma (art. 164 CC). Y es que pertenecen al hijo no emancipado, los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiera con su trabajo e industria; ahora bien, los padres podrán destinar los bienes del menor que viva con ambos o con uno solo de ellos, en la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, no estando obligado a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido por ello según el art. 165 CC.

La administración del patrimonio del hijo ha de entenderse en el sentido de dirección económica del patrimonio, como gestión conservativa, pero rentable, y por lo tanto activa del mismo. Podrá comprender concretos actos de enajenación respecto a los productos del mismo (empleo de rentas, venta de frutos etc.), pero en general los actos traslativos de dominio poseen una cobertura legal específica. Se excluyen de la administración paterna, los bienes que el hijo mayor de 16 años, haya adquirido con su trabajo e industria, aunque los que excedan de dicha administración ordinaria, requerirán del consentimiento de los padres. Si bien es cierto que habrá que atender a cada caso para delimitar la administración ordinaria de la extraordinaria, y en este último supuesto, el necesario concurso de la función representativa de los padres. Hay que entender como administración extraordinaria, aquella que arriesga la sustancia de ese patrimonio, con actos capaces de empobrecerlo, aunque no sean estrictamente dispositivos como puede ser un arrendamiento de larga duración¹⁴.

En el ámbito laboral, el Estatuto de los Trabajadores en el art. 6.1 prohíbe la admisión al trabajo de los menores de 16 años. Su art. 7 permite contratar la prestación de su trabajo, a quienes tengan la capacidad de obrar conforme al CC, y además los menores de 18 años y mayores de 16 años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.

Sin embargo, el art. 6 del ET, también establece una serie de matizaciones y prohibiciones, así en su apartado segundo prohíbe que los trabajadores menores de 16 años realicen trabajos nocturnos ni actividades o puestos de trabajo respecto a los que se establezcan limitaciones a su contratación conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales¹⁵, siendo el apartado tercero el que prohíbe la realización de horas

14 LLAMAS POMBÓ, E.: "Comentario al art. 164 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 833, 835 y 836.

15 El art. 27 de la referida Ley preceptúa que, ante la incorporación al trabajo de jóvenes menores de 18 años, el empresario deberá efectuar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por los mismos, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de su exposición, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan

extraordinarias. El art. 6.4 del ET concluye: “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 física ni para su formación profesional y humana; el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados”.

En similares términos protectores se manifiesta el RD 1435/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, al disponer en su art. 2 que la autoridad laboral puede excepcionalmente autorizar la participación de menores de 16 años en espectáculos públicos, siempre que dicha participación no suponga un peligro para su salud física ni para la formación profesional y humana, requiriéndose que la autorización conste por escrito y se especifique el espectáculo o actuación para la que se concede.

La prohibición de trabajar a los menores de 16 años, con excepción a la referida de intervención en espectáculos públicos, y aún en este campo, con las cautelas adoptadas, no supone una presunta incapacidad natural, sino claramente una norma de protección, proyectada fundamentalmente en dos ámbitos, por un lado que el trabajo prematuro pueda perjudicar su salud, y por otro, que pueda resultar comprometida su instrucción, impidiendo obtener la preparación necesaria para su posterior vida de adulto, influyendo en la elección del límite de edad las circunstancias económicas, sociales y culturales de los países¹⁶.

En Código Civil y la legislación laboral, particularmente al tratar la intervención de menores en espectáculos públicos coinciden, ya que tanto la solicitud del permiso como la celebración del contrato, una vez concedido el primero, corresponde a los representantes legales del menor, con el previo consentimiento del mismo cuando tuviera suficiente juicio¹⁷. Y el párrafo final del art. 162 CC establece que para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales, se requiere el previo consentimiento de este si tuviera suficiente juicio, previsión aplicable también a los contratos celebrados fuera del ámbito laboral, que impliquen la realización de alguna actividad por el menor. En el caso de que el menor no posea la suficiente madurez, podría entenderse que los padres no pueden actuar en representación de aquel, por tratarse de un contrato que le vincula a la realización de una prestación personal, sino que lo harían en su propio nombre,

poner en peligro la seguridad o salud de estos trabajadores. La evaluación tendrá especialmente en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto. El empresario informará a dichos jóvenes y a sus padres o tutores que hayan intervenido en la contratación, de los posibles riesgos y de todas las medidas adoptadas para la protección de su seguridad y salud. En cualquier caso, el Gobierno establecerá las limitaciones a la contratación que presenten riesgos específicos.

16 RUANO ALBERTOS, S.: “El ingreso en la empresa”, en AA.VV.: *Derecho del Trabajo* (dir. por J. I. GARCÍA NINET, coord. por A. VICENTE PALACIO), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, p. 481.

17 *Ibidem*, p.485.

comprometiéndose a la obtención de un resultado, que será la actividad del niño, y cuya consecución dependerá habitualmente de aquellos¹⁸. Pero en cualquier caso, hemos de plantearnos si el consentimiento relevante para la celebración contrato es el del padre, que ostenta la patria potestad y la representación legal de los hijos menores, sin perjuicio de que sea necesario el previo consentimiento del menor por obligarle el contrato a realizar prestaciones personales, cuando posee la madurez suficiente¹⁹, o bien considerar por el contrario que el consentimiento verdaderamente relevante, es el del menor, y se le debe reconocer capacidad para contratar en este ámbito, suponiendo que será él quien en último término se vincule por la relación contractual²⁰.

En el ámbito patrimonial, establece el art. 166 CC que los padres necesitan autorización judicial para renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares, enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, justificando causas de utilidad o necesidad; ahora bien, no será necesaria autorización pública si el menor hubiera cumplido 16 años y consiente en documento público. El art. 323 reconoce que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero necesita el consentimiento de sus padres o curador para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

En cuanto al ámbito contractual y en último término patrimonial se refiere, se reconoce la edad de 16 años como determinante para intervenir el menor, actuando en su propio nombre, o completando la actuación de sus padres. De esta forma el hijo mayor de 16 años puede realizar por sí mismo, los actos de administración ordinaria de los bienes adquiridos con su trabajo o industria, de los que por supuesto es propietario; complementa la voluntad de los padres, evitando de esta forma la autorización judicial para renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares, enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, con justificación de causa por utilidad o necesidad; o en el caso del menor emancipado que solo y exclusivamente necesita el consentimiento de sus padres para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

18 SEISDEDOS MUIÑO, A.: "Comentario al art. 162 del Código Civil" en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 827.

19 SAP A Coruña 23 abril 2009 (JUR 2009/257555), en este caso la controversia lo es, por la posible nulidad de un contrato de mediación, tácitamente renovado, con un agente de futbolista, para las actividades deportivas de un menor de edad.

20 VALERA CASTRO, I.: "El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor", *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2189, mayo 2016, p. 45.

Se le reconoce por lo tanto al menor de 16 años una capacidad natural suficiente para actuar en el orden patrimonial propio, si bien cuando se trata de cuestiones cuya cuantificación económica pueda repercutir económicamente en sus bienes, la intervención paterna es ineludible²¹.

Mayores dificultades se presentan en la intervención requerida del menor que pueda llevar a cabo en virtud de su madurez suficiente; y es que cuando se vayan a celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales, es necesario su consentimiento. En este sentido, si los padres desean vincular al menor contractualmente, y el menor tiene suficiente juicio, es preceptivo su referido consentimiento.

Por lo tanto, si tenemos que fijar una edad donde se le reconoce cierta autonomía al menor en cuanto a cuestiones patrimoniales, es la de 16 años, asumiendo también que la valoración cuantitativa del negocio va a marcar la exigencia de la participación paterna en el mismo, aunque se pueda oponer y evitar de esta forma el nacimiento de la obligación²². La determinación de la madurez del menor, por supuesto cuando cuenta con menos de 16 años, resulta sin lugar a dudas, un escollo importante que requerirá del análisis subjetivo del niño o adolescente, y de los concretos detalles del negocio jurídico.

El Código Civil no contiene un precepto específico que defina con carácter general cuándo debe considerarse maduro a un menor, aunque en dicho cuerpo legal, así como en las leyes especiales, existen preceptos en relación con materias concretas, en que se dota al menor de autonomía para la realización de actos con trascendencia jurídica o se exige su audiencia. De esta forma podemos encontrar casos para el mayor de 12 años, otros para el mayor de 14 años, y en otros para el mayor de 16 años.

En último término se puede acudir al genérico ejercicio de la patria potestad del art. 154 CC, en el que los padres representan a sus hijos y administran sus bienes, pero también los hijos que tuvieran suficiente juicio madurez, deberán ser oídos siempre, antes de adoptar decisiones que les afecten, pudiendo los progenitores, en el ejercicio de sus funciones recabar el auxilio de la autoridad judicial. Los intentos de la doctrina científica por tratar de llegar a principios generales partiendo de las disposiciones específicas, han sido múltiples, pero también infructuosos, fracasando de esta manera el precisar en abstracto y con carácter general, la edad

21 Salvo la capacidad para testar que el Código Civil sigue conservando en la edad de 14 años para su otorgamiento (art. 663), a excepción del ológrafo, en el que se requiere 18 años. Ciertamente se trata de un acto de disposición eminentemente patrimonial, permitido a una edad en principio inferior a la que parece se sitúa la referida permisibilidad patrimonial, es decir a los 16 años. Ahora bien, también se cuenta con el Fedatario Público, cuando lo sea abierto y ante Notario, pudiendo este último asegurarse que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar (art. 685).

22 En el mismo sentido ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. y QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: "Minoría de edad", cit., pp. 7 y 8.

cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Por lo tanto, en estos momentos se debe integrar este concepto jurídico indeterminado, valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores o emancipados es variable o flexible, en función de la edad, el desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate²³.

La cuestión es que las facultades representativas o de asistencia, las ejercen los padres frente a terceros ajenos al vínculo familiar, y a quienes les mueven intereses exclusivamente económicos, por lo que las actuaciones de los padres, que se deben desarrollar con una evidente intención protectora, no tendrían que suponer, ante esa cierta indeterminación en las fórmulas de participación paterna, una inseguridad jurídica en los terceros contratantes con el menor.

En este sentido, y volviendo a la STS 5 febrero 2013 nos planteamos si hubiera sido distinta la decisión, existiendo autorización judicial para la suscripción del precontrato que contenía esa elevadísima cantidad en concepto de cláusula penal, y siendo así, debería por lo tanto haber exigido el FC Barcelona la referida autorización judicial. O bien, si hubiera cambiado la fundamentación y el fallo el TS, consintiendo el menor en documento público. Teniendo en cuenta que, en el momento de la firma, el menor tenía 13 años de edad, la contestación más inmediata probablemente debería ser negativa, al no poseer 16 años, abriéndose por tanto el complicado debate entre capacidad de obrar y determinación de la edad, bien subjetiva, con la madurez suficiente, o bien objetiva, con la edad cronológica que, en las cuestiones patrimoniales de especial relevancia, parece establecerse en 16 años.

La fundamentación última sobre la que se basa el TS, se atribuye a la tutela del interés superior del menor, otorgando con ello al mismo unos efectos que por supuesto trascienden del ámbito familiar. Y es que la patria potestad se debe ejercer siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, y a su integridad física y mental.

IV. EL INTERÉS DEL MENOR.

I. Protección y participación del menor.

La Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, establece en su art. 3, párrafo 1º: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades

23 Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, del Fiscal General del Estado, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”. El art. 39.4 de la CE dispone que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

La LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia establece en el Preámbulo (II): “Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación General n° 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento²⁴. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”.

A tenor de las dimensiones referidas, la STS 5 febrero 2013 ha atendido al carácter de derecho sustantivo respecto al interés superior del menor. Resulta evidente que se ha procedido a una ponderación de los intereses en juego, los patrimoniales del FC Barcelona frente a los personales del menor y por ende a los suyos patrimoniales, y que han primado los de este último. En este sentido podríamos decir que el interés superior del menor se ha constituido en un derecho

24 La Observación General n° 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de los Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, establece ya esta triple dimensión, como derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento, y como tal afirma: “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. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado ese derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se han basado la decisión y cómo se ha ponderado frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”.

subjetivo general o absoluto, como un poder reconocido a su titularidad, que debe ser respetado por todos los demás miembros de la comunidad, es decir, tiene una eficacia *erga omnes*.

Según establece el art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se deben determinar cuáles son los elementos pertinentes para evaluar el interés superior del menor, dotándolos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás. Para llevar a cabo en cada caso la interpretación y aplicación del interés superior, se deberán tener en cuenta entre otros criterios, el desarrollo del menor, así como la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones, debiendo participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés personal.

La evaluación del interés superior del menor debe abarcar el respecto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga en cuenta debidamente en todos los asuntos que le afecten. Para ello se debe estimar la evolución de las facultades del niño, y a medida que este madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la referida evaluación del interés superior. Los bebés y los niños muy pequeños, tienen los mismos derechos que los demás niños a que se atiende a su interés superior, es por eso que deben establecerse mecanismos adecuados, incluida la representación, cuando corresponda²⁵.

Ahora bien, las dificultades estriban en delimitar estrictamente cuáles deben ser esos mecanismos adecuados, bien sea representante o cualquier otro órgano apropiado, tratándose de niños de corta edad, y la oportunidad de intervención del menor maduro.

No cabe ninguna duda de que en la legislación tanto internacional, como nacional, existe una tendencia por mejorar la protección del menor, al mismo tiempo que asume la necesidad de otorgar un mayor protagonismo a su actuación²⁶.

Si bien en la STS 5 febrero 2013, para ponderar en el conflicto que supone la concurrencia del interés superior del menor, lo condiciona a un ámbito de valores que supera el mero tratamiento patrimonial de la cuestión, concretado en este caso a su reconducción respecto al carácter abusivo o no de la cláusula penal y, en su caso, a la posible moderación de la misma. Sin embargo, 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 representa la

25 *Ibidem*, párrafos 43 y 44.

26 DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: "Nueva visión del libre desarrollo de la personalidad del menor: su capacidad de decisión sobre su futuro profesional", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013, p. 1813.

autonomía privada y la libertad contractual, como con los que se derivan de la representación de los hijos, y, en cualquier caso, dicha representación nace de la ley, en interés del menor, y es la ley quien determina su ámbito y extensión. La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones, pudiendo participar de este modo en la determinación de su propio interés, no se han tenido en cuenta por el Juzgador.

Entendido de esta forma, de nada hubiera servido el consentimiento del menor en la suscripción de los contratos, ni aun contando con 16 años, ni tan siquiera la previa autorización judicial, dado que la misma en aquellos momentos, se hubiera constituido en un mero control de que la intervención paterna respetaba el interés superior del menor, como así parece que se hacía.

2. La autorización judicial.

En relación con la autorización judicial, existe una presunción de que los padres actúan siempre en interés del menor²⁷, y que desde luego son los progenitores quienes mejor conocen las cualidades del hijo y están interesados en el futuro próspero del mismo; se encuentran en este sentido en una mejor posición que el Juez, para adoptar cualquier decisión que le afecte, y en particular sobre su proyección profesional²⁸.

Los artículos 12 y 39.2 y 3 de la CE consideran la minoría de edad, como una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia, en mayor o menor grado, de medios, para proporcionarse la persona a sí misma una protección íntegra en el disfrute de sus derechos, precisando por lo tanto de mecanismos de heteroprotección. En un primer nivel se sitúan los suministrados por los titulares de la patria potestad (art. 154 CC) o por sustitutos (tutores, guardadores). Y en segundo nivel, por defecto o por insuficiencia de aquellos órganos tutelares situados en el referido primer nivel, por las instituciones públicas, en especial, Entidades Públicas de Protección de Menores y Ministerio Fiscal²⁹, y sin perjuicio por supuesto, de que los situados en este segundo nivel, puedan actuar autorizando,

27 *Ibidem*, p. 1808.

28 CARRASCO PERERA, Á: "El niño", cit., p. I.

29 Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, del Fiscal General del Estado, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Además, añade respecto a la legitimación directa y autónoma que se le otorga al Fiscal, en el art. 4.2 y 3 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que para actuar de oficio o a instancia de parte, para proteger los derechos de los menores al honor, la intimidad y la propia imagen, en los casos en que la inmisión se produzca a través de un medio de comunicación, el Fiscal no tiene una posición de subsidiariedad, sino que podrá actuar incluso cuando el menor esté representado por los progenitores, aun contra la voluntad de éstos o del menor. A pesar de ello esta amplia legitimación deberá utilizarse con prudencia, siendo excepción la intervención autónoma del Fiscal, cuando el menor afectado tenga progenitores en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad, y que, sin que concurren conflicto de intereses con el menor, sean contrarios a que se entablen acciones en defensa del mismo.

corroborando o confirmado, las decisiones de los titulares de la patria potestad, cuando se requiera legalmente.

La manera que el Alto Tribunal tiene en su STS 5 febrero 2013, de incorporar la necesaria autorización judicial como presupuesto previo de validez del contrato, lo es con la aplicación analógica de las limitaciones impuestas por el art. 166 CC, que recordemos son: renunciar a los derechos de que los hijos son titulares, repudiar la herencia o legado deferido al hijo, enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, por causas justificadas de utilidad o necesidad. Y lo es puesto que “el sentido de tutela patrimonial que inspira este precepto, 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 significativo, nada menos que tres millones de euros”. Y en este sentido justifica el TS la aplicación no restrictiva del precepto, en base a la primacía o preferencia del interés superior del menor.

La consideración del principio de supremacía del interés del menor para interpretar el art. 166 CC de una manera no restrictiva, resulta especialmente significativo, puesto que puede suponer la exigencia de autorización judicial previa, para todos los contratos suscritos por los progenitores, que vincularán al menor, y con una responsabilidad particularmente importante por incumplimiento³⁰. Sin embargo, no se apreció de la misma manera en primera instancia, al desechar en este caso la aplicación analógica con fundamento en que las prohibiciones, las excepciones o los actos que requieren autorización judicial, tienen que ser interpretados restrictivamente, sin extenderse a aquello que no esté prohibido o sometido a autorización³¹. En realidad, lo que ocurre es que la cláusula de rescisión no está dirigida a los jugadores, sino a las entidades deportivas competidoras, para dificultar que se hagan con los servicios de los jugadores de otro club, y en

30 En el mismo sentido DÍAZ MARTÍNEZ, apuntado que ello podría conllevar revisar cuestiones como la adquisición de la condición de socio en una sociedad que no limita la responsabilidad personal de sus miembros, o la de prestar fianza en nombre de los hijos, “La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional (con ocasión de las SSTS 31 enero y 5 febrero 2013)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 1/2013, consultado en base de datos Aranzadi (BIB 2013/651), p. 13 y 14.

31 Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 29 de Barcelona 12 enero 2009 (JUR 2010/256783): “Siendo constante la doctrina de esta Sala, sancionadora de una interpretación restrictiva en cuanto a las normas prohibitivas; ni tampoco puede ser admisible la interpretación analógica, que asimismo se postula extrapolando normas de otras instituciones jurídicas al caso que nos ocupa. La representación legal de los hijos menores, ejercitada por los padres que ostenten la patria potestad, tiene su concreta regulación, y las limitaciones correspondientes, en los arts. 162 y ss. CC, habiendo hecho figurar el legislador en los mismos actos exceptuados de representación, el conflicto de intereses, los bienes excluidos de la representación paterna, y los actos traslativos y de gravamen que les está prohibido efectuar a los padres sin cumplir ciertos requisitos; esta reglada actividad de representación y administración paterna, tiene su lógico colofón en el art. 168 del mismo cuerpo legal”, en GIL MEMBRADO, C.: “Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores”, cit., pie de página 26.

la práctica son los clubes los que pactan las cláusulas de rescisión de los jugadores ajenos que pretenden incorporar a su disciplina³². Y en este sentido, la propia Audiencia Provincial sí reconoce que el establecimiento de la cláusula de rescisión, no tiene por finalidad la causación de un daño al jugador, sino la salvaguarda de los intereses deportivos y económicos del club empleador, puesto que “para el caso de que el jugador abandone la actividad deportiva, no vinculándose a otro club, no se prevé indemnización alguna para el Fútbol Club Barcelona, de modo que no se impide al demandado la elección de cualquier profesión u oficio, y la indemnización se prevé únicamente para el supuesto de vincularse a otro club, en beneficio de otra entidad competidora, según es un hecho notorio que es habitual en cualquier contrato de servicios de empresa, en los que es normal la inclusión de cláusulas de blindaje, o de prohibición de competencia, durante la relación contractual o a su término”³³.

Desde esta perspectiva, y dejando a salvo la posibilidad de abandonar su actividad deportiva por razón de estudios, trabajo ajeno al fútbol, familia, etc., no determinándose un derecho indemnizatorio a favor del FC Barcelona, lleva a la juzgadora de instancia a considerar que los pactos realizados salvaguardan el futuro profesional del menor³⁴. Es por ello que cualquier autorización previa judicial para la firma del precontrato, hubiera podido reconocer que ciertamente los padres estaban protegiendo los intereses de su hijo con la suscripción del mismo.

El Informe del Defensor del Pueblo de 2014, ya recogía las quejas relativas a la actuación de los clubes de fútbol base que dificultan la salida de jugadores, menores de edad, a quienes se les denegaba la baja de licencia federativa o se les obligaba al pago de unas cantidades en concepto de unos presuntos o reales derechos de formación. Y es que 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 utilizaban al margen de la finalidad de las normas en las que se regulan. Se alude expresamente a que el ejercicio de los derechos, en este caso por parte del Club deportivo, deben ejercitarse conforme a las exigencias generales de la buena fe (art. 7 CC), sin incurrir en abuso del derecho, lo que tiene que ser de especial observancia cuando se trata de un derecho que se ejercita contra un menor, en un ámbito que afecta directamente a su esfera y desarrollo personal, como es la propia práctica deportiva³⁵.

Sin olvidar que estamos tratando un concepto jurídico indeterminado, hay que entender que el mismo cumple dos funciones ambivalentes en relación con

32 DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “La tutela”, cit., p. 14.

33 SAP Barcelona 6 abril 2010 (AC 2010/1953).

34 GIL MEMBRADO, C.: “Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación de menores”, cit., p. 13.

35 <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/06/Informe2014.pdf>

la patria potestad, por una parte, legitimadora de la actuación de los titulares de la misma, pero al mismo tiempo limitadora para ellos, en cuanto que los actos que no vayan en beneficio del menor conllevan extralimitación en la facultad de representación legal fijada en el art. 162 CC³⁶. Entendido de esta forma el control judicial previo, en realidad quedaría para aquellos supuestos que la Ley determina, o cuando pueda existir conflicto entre los progenitores, o de ambos con el propio menor. Sin duda, en la valoración del interés superior del menor, también deberán tenerse en cuenta todos aquellos actos en los que el menor maduro puede intervenir por sí, y en este sentido, el papel que desempeñan los padres en esta toma de decisiones.

V. DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y FUTURO PROFESIONAL.

El libre desarrollo de la personalidad del menor, debe adaptarse a esa visión forjada en torno a su interés, y por ende a la capacidad de decisión sobre su futuro profesional. En este sentido, cabe plantearnos si debemos entender que, el ejercicio de la patria potestad queda excluido para todas aquellas actividades que sean presupuesto de su futuro desarrollo profesional, y por tanto parte integrante de su desarrollo personal.

Ya hemos referido antes, que precisamente la gran novedad que supuso la STS 5 febrero 2013, es entender 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 el mismo, como es la decisión sobre su futuro profesional, con una expresa mención al art. 161º CC.

En el aludido precepto legal, se exceptúa la representación legal de los hijos menores, no emancipados, y por tanto de menores cuya edad pueda ser incluso inferior a 16 años, los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. Por tanto, se considera que el libre desarrollo de la personalidad, concretado en este caso para su participación sobre decisiones respecto a su futuro profesional, debe quedar sustraído a la representación paterna.

Sin embargo, el art. 162.1º CC y con motivo de la nueva redacción a propósito de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, introduce la posibilidad de intervención de los responsables parentales, en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. De esta forma, los derechos de la personalidad los puede ejercitar el hijo de acuerdo con su madurez,

36 Vid. ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. y QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: "Minoría de edad", cit., p. 5 y 6.

como hasta ahora se le reconocía, pero dicho ejercicio viene matizado con la participación parental, y ello es así precisamente por sus deberes de cuidado y asistencia.

La LO 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, justificaba la supresión de que las menores de edad prestaran el consentimiento por sí solas, requiriéndose ahora el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad, con el fin de que los padres pudieran cumplir las facultades y obligaciones atribuidas o derivadas de la referida patria potestad.

Pero en el caso del art. 162 CC, se trata más bien de intervención de los padres, y no de sustitución a la prestación del consentimiento como en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo. Hay por tanto que determinar el alcance de dicha intervención, puesto que es una consideración a la regla general del ejercicio propio de los derechos de la personalidad por el menor con madurez suficiente. Y es que dicha regla general se sigue manteniendo, como antes de la reforma, a saber, la capacidad de obrar del menor maduro, en los actos de su personalidad, para en un segundo párrafo añadir una “intervención” de los responsables parentales, legitimados por sus deberes de cuidado y asistencia. Ahora bien, teniendo en cuenta que, en estos deberes de cuidado y asistencia, la responsabilidad parental se ejercerá siempre en interés los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental, según el art. 154 CC.

Parece que se haya dado un paso atrás, puesto que estaríamos ahora, tras la reforma, en un proceso en que se deja actuar al menor, pero si se equivoca, se le enmienda o corrige, para que no se perjudique. Recabar el auxilio de la autoridad judicial, podría ser la forma de realizarse la intervención³⁷. Lo cierto es que el alcance de estos deberes de cuidado y asistencia no se especifican, ni tampoco cuál será la sanción por su incumplimiento³⁸. El alcance de esos deberes de cuidado y asistencia debería estar determinado en la Ley, pues la indeterminación en este sentido puede provocar una falsa sensación de su inexistencia en el orden práctico.

37 En este sentido RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS que la entiende como un nuevo tipo de capacidad de obrar, la del menor maduro, siendo ésta revisable o vigilada, con la posibilidad de adopción de medidas de carácter correctivo o paliativo, “La capacidad de obrar de los menores”, en AA.VV., *Tratado del Menor*, (coord. por C. MARTÍNEZ GARCÍA), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 172. Sin embargo, para GIL MEMBRADO, la reforma acaecida a propósito de la Ley 26/2015 de protección de la infancia en el Código Civil, adopta una línea más restrictiva en relación a la capacidad del menor y una repercusión de las funciones inherentes a la patria potestad, puesto que el añadido párrafo en el artículo 162.1º, viene a limitar la autonomía del menor maduro, al ajustar sus decisiones en relación a actos relativos a los derechos de la personalidad, a la intervención de la representación legal, en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia, “Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las Redes Sociales”, *LA LEY Derecho de familia*, núm. 13, enero-marzo 2017, consultado en Smarteca, p. 9.

38 PÉREZ DÍAZ, R.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, p. 69.

En último término, la dificultad de acudir a esta vía, hará probablemente que solo se planteen aquellas cuestiones respecto a los derechos de la personalidad de los menores, en donde hay diversidad de opiniones entre los progenitores, o bien donde la integridad física, se puede ver seriamente dañada, y en este último supuesto ya estaríamos ante una situación de grave riesgo para la vida o salud del menor.

De esta forma, si el menor decide iniciar una carrera profesional como modelo, por ejemplo, o carrera deportiva, puesto que afecta a su desarrollo personal, no cabe en este sentido, la representación de los progenitores. Ahora bien, si las exigencias en el desarrollo de esa pretendida carrera profesional o deportiva, pueden suponer para el/la menor un riesgo de llegar a padecer un Trastorno de la Conducta Alimentaria (TCA), la opción de los padres sería intervenir, dadas sus funciones de cuidado y asistencia. Por lo tanto, en estos casos, la judicialización de la cuestión resulta asegurada.

Si entendemos que ese poder de corrección, encuadrado dentro de los deberes de cuidado y asistencia paternos, supone la excepción, es decir, la intervención de los progenitores en ámbitos de los derechos de la personalidad o en el fundamental y libre desarrollo de la personalidad del adolescente, en los que el menor maduro puede disponer, habrá que llenar de contenido la referida facultad de corrección, de manera que pueda ser efectiva.

La cuestión es que un adolescente puede adoptar decisiones que afecten a su futuro desarrollo personal, pero también en muchos de estos casos, confluyen con esos intereses personales, intereses patrimoniales cuantitativamente importantes. Caso evidente lo constituye, como referíamos al principio, los menores “influencers” o “youtubers”. En estos supuestos, la fundamentación jurídica lo sería respecto a los artículos del Código Civil 162.1º y 166 respectivamente, si seguimos la fundamentación introducida por la STS 5 febrero 2013. Ambos preceptos legales, en principio no parecen casar muy bien en orden a la operatividad de los mismos. Me refiero a las dificultades en cuanto a valorar la necesidad de autorización judicial en negocios que excedan de la administración ordinaria. Por otro lado, la intervención parental podría entenderse más que como una posibilidad, como una necesidad, dado el tiempo verbal utilizado: “intervendrán”, en el primero de ellos. Además, en el mismo precepto legal *in fine*, se determina la necesidad del consentimiento del menor con suficiente juicio, cuando los contratos obliguen al mismo, a realizar prestaciones personales. De esta forma, al consentimiento paterno debería sumarse el del propio interesado, en el ámbito contractual; faltando el primero, inferida dicha actividad de los deberes de cuidado y asistencia, cabría la suplencia de la autorización judicial.

Si consideramos que la tutela del interés superior del menor, en la decisión personal sobre su futuro profesional entendido, como aspecto o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad, debe ser la piedra angular e informadora de la reglamentación dispuesta en su conjunto, y que solo el menor debe decidir por sí mismo, entonces se plantean diversas cuestiones, como el papel a desarrollar por los padres cuando confluyen derechos de la personalidad y derechos patrimoniales, la determinación de la madurez suficiente, especialmente cuando se trata de los grandes menores, y en último término, la inseguridad jurídica que se crea en la contraparte de la relación contractual.

Si partimos de que el poder de representación que ostentan los padres, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor, como lo es la decisión sobre su futuro profesional, cuando el menor pueda realizar por sí mismo, por tener la suficiente madurez. Y si a ello añadimos que tampoco resulta descartable, la aplicación analógica de las limitaciones impuestas por el art. 166 CC y, en consecuencia, la necesaria autorización judicial o el consentimiento del menor en documento público, cuando cuente con 16 años, como presupuesto previo de la validez de dichos contratos, puesto que la tutela patrimonial que inspira este precepto, 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, cabe entonces plantearnos qué campo de actuación les queda a los padres para desarrollar sus deberes de cuidado y asistencia.

Bien es cierto que el pronunciamiento judicial que venimos analizando a lo largo de este trabajo, es anterior a la reforma que añade en el art. 162.1º CC, la posibilidad de actuación paterna, en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia; sin embargo, ello no impide que se le reconozca al menor, una independencia para la toma de decisiones que afecten al libre desarrollo de la personalidad, para después requerir la autorización judicial, dadas las consecuencias patrimoniales derivadas de los contratos suscritos. Además, el propio art. 162 *in fine*, establece que para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales, se requiere su previo consentimiento, sin perjuicio de que proceda la intervención judicial a instancia del propio hijo, de cualquier pariente, o del Ministerio Fiscal, con el fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas.

Trasladando todas estas cuestiones a trabajos o carreras profesionales que se desarrollan exclusivamente a través de la gran ventana de Internet, resulta evidente que las mismas requieren de un control riguroso, en orden a evitar los

graves riesgos y peligros que los menores pueden correr, en primer lugar, para su vida y su salud, pero también para sus derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. Ahora bien, no debe pasar desapercibido, el beneficio económico que en muchas ocasiones pueden suponer sus actividades en dicho medio, y la necesidad de un régimen jurídico aplicable en este aspecto.

Los problemas que se puedan suscitar respecto a la determinación de la madurez del menor, para su actuación autónoma, o incluso para su intervención, en este contexto se complica considerablemente, dado que cada vez a más temprana edad, los niños tienen acceso a servicios de conexión en línea y a Internet.

La LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de Derechos Digitales, establece la edad de 14 años, para poder prestar el consentimiento válidamente en el tratamiento de los datos personales. Nos encontramos por lo tanto con una regulación legal, que opta por la edad cronológica en el ámbito de la protección de datos, 14 años, inferior además a la recomendada en el propio Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que aconseja 16 años, aunque nunca debe ser inferior a 13 años, pero quizás más acorde a la realidad de las circunstancias, frente al criterio de madurez del menor que sigue la normativa civil respecto a la disponibilidad de los derechos de la personalidad en general³⁹.

Permitiendo el Código Civil, la actuación autónoma del menor respecto a sus derechos de la personalidad, sin concretar en qué consiste esta intervención de los representantes legales del menor en base a sus deberes de cuidado y asistencia, cuando el ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor, entran en el plano patrimonial, no solo para el tercero contratante, sino también para la propia responsabilidad patrimonial del menor, nos hace cuestionarnos la oportunidad de contar con una legislación específica que proteja a los menores y a los grandes menores, en el contexto digital.

El interés del menor se despliega como criterio interpretativo y de aplicación absoluta, en orden a una protección integral del mismo. Una vertiente fundamental de este principio general, es la participación del propio menor, su derecho a ser escuchado, puesto que las actuaciones respecto a dicho menor, deben llevarse a cabo de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos e integridad física y mental. Se trata de implicar al menor, como único protagonista que es, en

39 Para SÁNCHEZ GÓMEZ la mayor capacidad otorgada en la actualidad a los grandes menores, donde se ejerce con superior fuerza e intensidad, es en el ámbito virtual, "Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 23, enero 2017, p. 179.

su desarrollo personal, reconociendo plena autonomía al mismo en sus derechos de la personalidad, o bien su participación antes de adoptar decisiones que le afecten, o en contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales, cuando cuenten en ambos casos con suficiente madurez o juicio.

La cuestión resulta especialmente delicada, si las opiniones del menor deben trascender del ámbito familiar. A las dificultades que pueden resultar de la valoración de su madurez para el acto o negocio concreto, se suma la fórmula de exteriorización de la voluntad del mismo.

En el ámbito patrimonial, los padres administrarán los bienes de los hijos, con la misma diligencia que los suyos propios, pero desarrollando una gestión activa del mismo, con una cobertura legal para los actos de disposición, quizás necesitada de perfilar, aunque en cualquier caso existente.

Pero cuando confluyen intereses personales del menor, con intereses patrimoniales, y por tanto la participación de terceros ajenos al círculo familiar, es cuando se evidencian, las carencias legislativas, no solo para dotar de seguridad jurídica la posición de estos terceros contratantes, sino también para garantizar la imprescindible y necesaria protección a menores y adolescentes.

En cualquier caso, se debe seguir intentando mantener la presunción de que los padres siempre van a actuar en interés del menor, y especialmente permitir que ejerciten sus deberes de cuidado y asistencia que, por supuesto deben desarrollar de acuerdo con la personalidad de su hijo o hija, y con respeto a sus derechos y a su integridad.

BIBLIOGRAFÍA

ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. y QUESADA SÁNCHEZ, A. J.: "Minoría de edad y contratación: una aproximación a su problemática", *Diario La Ley*, núm. 6639, 29 de enero de 2007, consultado en laleydigital.

CARRASCO PERERA, Á.: "El niño que quería ser Messi", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 863/2013, consultado en base de datos Aranzadi (BIB 2013/1061).

DE LA IGLESIA MONJE, M. I.: "Nueva visión del libre desarrollo de la personalidad del menor: su capacidad de decisión sobre su futuro profesional", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 2013.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "La tutela del interés superior del menor en la ordenación de las relaciones personales con sus progenitores y las decisiones sobre su futuro profesional (con ocasión de las SSTS 31 enero y 5 febrero 2013)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1/2013, consultado en base de datos Aranzadi (BIB 2013/651).

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, consultado en Smarteca.
- "Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las Redes Sociales", *LA LEY Derecho de familia*, núm. 13, enero-marzo 2017, consultado en Smarteca.

GÓMEZ NIETO, B.: "El influencer: herramienta clave en el contexto digital de la publicidad engañosa", *methados.revista de ciencias sociales*, vol. 6, núm. 1, 2018.

GUILLÉN CATALÁN, R.: "El interés superior del menor como límite al ejercicio de la patria potestad. Comentario a la STS núm. 26/2013 (RJ 2013, 928)", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 19, enero 2015.

LLAMAS POMBÓ, E.: "Comentario al art. 164 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

PÉREZ DÍAZ, R.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor en el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

RUANO ALBERTOS, S.: “El ingreso en la empresa”, en AA.VV.: *Derecho del Trabajo* (dir. por J. I. GARCÍA NINET, coord. por A. VICENTE PALACIO) Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M.: “La capacidad de obrar de los menores”, en AA.VV., *Tratado del Menor* (coord. por C. MARTÍNEZ GARCÍA), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

SÁNCHEZ GÓMEZ A.: “Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador”, *Revista Boliviana de Derecho*, n° 23, enero 2017.

SEISDEDOS MUIÑO, A.: “Comentario al art. 162 del Código Civil”, en AA.VV.: *Código Civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

SELIGRAT GONZÁLEZ, V. M.: “Contratos deportivos y protección de menores”, *Actualidad Civil*, núm. 4, 2014, consultado en Smarteca.

VALERA CASTRO, I.: “El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2189, mayo 2016.

