

# LA PROTECCIÓN DEL MENOR FRENTE A SU COMERCIALIZACIÓN ABUSIVA EN EL FÚTBOL. A RAÍZ DE LAS SANCIONES DE LA FIFA AL REAL MADRID C. F. Y F. C. BARCELONA

**Víctor Manuel Seligrat González**

*Abogado. Especialista en responsabilidad civil y en Derecho deportivo  
Doctor en Derecho Civil y del Deporte*

Este trabajo ha obtenido un **Accésit Premio Estudios Financieros 2017** en la modalidad de **Derecho Civil y Mercantil**.

El jurado ha estado compuesto por: don Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, don Francisco Javier ARIAS VARONA, don Juan Carlos CASTRO RICO, don Fernando DÍEZ ESTELLA, don David OLIVARES MARTÍNEZ, don Lupicinio RODRÍGUEZ y don Luis ZARRALUQUI NAVARRO.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

---

## EXTRACTO

La globalización y la profesionalización son factores que contribuyen a que menores de edad con escasos recursos económicos aspiren a encontrar en el fútbol un medio de vida para sí mismos y su familia. Sin embargo, en esta internacionalización del mercado futbolístico no puede escaparse la idea de que pueden producirse abusos a la hora de las relaciones contractuales y precontractuales con los menores de edad. No obstante, también debe tenerse en consideración que la labor de las canteras de los clubes no siempre va a entrañar abusos y, en ocasiones, ayudará a la integración del menor. Esto es lo que ocurre con las canteras de los clubes más importantes de España a los que, por el contrario, la FIFA ha sancionado con base en unas normas internas federativas. Estas normas, *prima facie*, buscan proteger al menor, pero un estudio más profundo demuestra sus carencias y los perjuicios que en realidad pueden entrañar. Por ello, la finalidad del presente estudio radica en apuntalar las bases que ayuden a encontrar y garantizar la adecuada protección del menor junto con el equilibrio de los intereses de los clubes que desarrollen actividades de formación y reclutamiento que realmente redunden en beneficio de los menores.

**Palabras clave:** menores; fútbol; Reglamento FIFA sobre el Estatuto de Transferencia de Jugadores; principio *favor minoris*; relaciones precontractuales; relaciones contractuales.

---

*Fecha de entrada:* 03-05-2017 / *Fecha de aceptación:* 04-07-2017

## THE PROTECTION OF MINORS AGAINST THEIR ABUSIVE MARKETING IN FOOTBALL. AS A RESULT OF FIFA SANCTIONS TO REAL MADRID C. F. AND F. C. BARCELONA

Víctor Manuel Seligrat González

---

### ABSTRACT

Globalization and professionalization are factors that contribute to the fact that minors with limited financial resources can find in football a way of life for themselves and their families. However, in this internationalization of football market we must be aware that there may be abuse in contractual and pre-contractual relations with those minors. Even though, we should keep in mind that club academies will not always imply abuse but promote the integration of minors. This is what happens with club academies of the most important clubs in Spain which, on the contrary, they have been sanctioned by FIFA in accordance with internal federative regulations. These regulations *prima facie* seek to protect minors, but a deeper study shows their flaws and the damages that may actually entail. Therefore, the purpose of this work is to find a basis which can help to ensure an adequate protection of minors as well as a balance with the interests of those clubs that develop training and recruitment activities that really benefit them.

**Keywords:** minors; football; FIFA Regulations on the Status and Transfer of Players; *favor minoris* rule; pre-contractual relations; contractual relations.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. Protección del menor a nivel federativo. El problema de la transferencia internacional de menores de la FIFA y su necesario acomodo a la legislación nacional e internacional
3. Los derechos de formación y su repercusión en la protección del menor
4. La protección del menor deportista a nivel de la Unión Europea: La contribución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
5. La protección del menor a nivel nacional y con base en el Código Civil: El problema de los contratos tipo con cláusulas abusivas para caso de incumplimiento. La senda a seguir fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013
6. Conclusiones

### Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

La protección del menor es un mandato constitucional derivado del artículo 39 de la Constitución española. Esta protección también debe trasladarse a todos los sectores donde estén implicados menores, siendo uno de los más peculiares el concerniente a la práctica deportiva en el mundo del fútbol.

Así las cosas, cuando la actividad futbolística de los menores deja de ser puro recreo y comienza a estar enfocada a su profesionalización comienzan a surgir mayores problemas. Tales dificultades girarán en torno a aspectos tales como la contratación de menores, las transferencias internacionales de jóvenes jugadores, relaciones precontractuales, etc. De tal manera, en el deporte del fútbol surgen especiales problemas en orden a dar cumplimiento al mandato del artículo 39 de la Constitución, pues, en ocasiones, se pretende crear una cantera de jóvenes jugadores promesas a toda costa, celebrándose contratos que pueden resultar abusivos dado que buscan vincular contractualmente al menor de edad bajo cláusulas penales indemnizatorias millonarias para el caso de que pretenda abandonar las filas del equipo para fichar con otro que le ofrezca mejores condiciones. El problema descrito se ciñe al contenido de los contratos que se celebran con jóvenes promesas del fútbol profesional. Sin embargo, la actualidad informativa ha puesto de manifiesto que la dificultad va más allá y abarca a la propia transferencia del menor de un club a otro, donde de cara a crear una sólida cantera los clubes pueden acudir a países extranjeros con altos índices de pobreza con el objetivo de atraer a los jugadores menores de edad. Este problema alude a lo que se conoce como «transferencia internacional de menores». Esta dificultad tiene especial trascendencia en el deporte del fútbol profesional donde la Federación de Fútbol Internacional (en adelante, FIFA) cuenta con una regulación expresa sobre la materia que, además, ha sido fuente de noticias ante la imposición de sanciones a grandes clubes de fútbol por una presunta vulneración de su regulación que, en teoría, pretende otorgar una protección reforzada a la situación del menor en la contratación deportiva (aunque el efecto final generado puede ser el contrario, perjudicando a menores de edad que se encuentran en situaciones de desamparo en sus respectivos países y donde el deporte puede suponer su vía de escape a dicha situación así como un porvenir profesional futuro). *Ut infra* se analizará con más detalle la conformidad a derecho de la normativa FIFA sobre transferencias internacionales de menores; incluso el máximo órgano de arbitraje deportivo empieza a cuestionarse si es el mejor recurso para garantizar la protección del menor aunque, desafortunadamente, todavía lo hace de una manera velada.

Muestra de lo anterior es que hasta fechas recientes el referido máximo órgano de arbitraje en el deporte, esto es, el Tribunal de Arbitraje Deportivo (más conocido por su acrónimo francés, TAS), con sede en Lausana, venía a confirmar en su integridad las sanciones impuestas a los clubes que vulneraban las reglas FIFA. Sin embargo, en el laudo dictado a finales de diciembre

de 2016, concerniente al enjuiciamiento de la sanción impuesta al Real Madrid C. F. , el organismo arbitral decidió reducir la misma argumentando que el quebranto de las reglas FIFA era menor que el alegado por el máximo órgano federativo en el mundo del fútbol<sup>1</sup>. Esta argumentación, a pesar de que, como se ha dicho, no cuestiona la legitimidad ni conformidad a derecho de las reglas FIFA al efecto, sí parece dar pie a que pueda vislumbrarse un cambio de tendencia en el máximo órgano arbitral deportivo donde no se confirmen sin más las sanciones impuestas por la FIFA con base en unas reglas federativas que, si bien parecen proteger *prima facie* los intereses de los menores, en ocasiones generan el efecto contrario, perjudicándolos en sus intentos de progreso en la actividad deportiva. Por ello, el estudio tiene por objeto examinar hasta qué punto las reglas de la FIFA sobre protección de menores son adecuadas, así como analizar otra serie de prácticas y derechos de cara a concluir si benefician los intereses de los menores (como, por ejemplo, los derechos de formación de los clubes) y, en caso contrario, qué medidas pueden adoptarse a fin de alcanzar el principio *favor minoris* que debe regir el ordenamiento jurídico.

## 2. PROTECCIÓN DEL MENOR A NIVEL FEDERATIVO. EL PROBLEMA DE LA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE MENORES DE LA FIFA Y SU NECESARIO ACOMODO A LA LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

Centrando el análisis en la protección de los menores en las denominadas «transferencias internacionales», se observa el intervencionismo de la FIFA. La finalidad de dicho intervencionismo podría ser legítima y cumplir con una efectiva protección del menor, por lo que con el objetivo de evitar que las canteras de los clubes se conviertan en un mercadeo de menores de edad que no atienda a las especiales necesidades de protección de estos, la FIFA decidió regular la cuestión a través del Reglamento sobre el Estatuto de Transferencia de Jugadores<sup>2</sup> (en adelante, RETJ). Sin embargo, como se expondrá en el trabajo, el efecto final puede haber sido el contrario, impidiendo que tanto los menores como sus familias que se encuentren en dificultades pue-

<sup>1</sup> La sanción inicial de la FIFA al Real Madrid C. F. consistía en la prohibición de realizar fichajes en los dos siguientes periodos previstos para ello bajo su normativa, así como una sanción económica de 360.000 francos suizos. El TAS, en función del argumento expuesto sobre la menor gravedad de la infracción, redujo la sanción de un periodo de prohibición de fichajes y a una multa de 240.000 francos suizos. Debe puntualizarse que esta información se ha obtenido a través de una nota de prensa emitida por el propio Tribunal de Arbitraje Deportivo el 20 de diciembre de 2016 pues, desgraciadamente, el contenido íntegro del laudo no está en el momento de la realización de este estudio a disposición del público. En este sentido, aunque excede del objeto y límites del trabajo, debe destacarse que uno de los mayores problemas del TAS es el oscurantismo de sus laudos, en la medida en que no son de carácter público al estilo de las sentencias de un tribunal ordinario. Por ello, los laudos del TAS solo son objeto de conocimiento por terceros ajenos al proceso arbitral, en la medida en que las partes implicadas acepten que se les otorgue publicidad, la cual no tiene por qué ser total sino que puede ser parcial.

<sup>2</sup> Para un análisis de esta norma federativa de la FIFA, *vid.*, DE DIOS CRESPO PÉREZ, J. y FREGA NAVÍA, R.: *Comentarios al Reglamento FIFA*, Madrid: Dykinson, 2010.

dan encontrar una vía para solucionar las mismas gracias a la aportación de un club que apuesta por una formación deportiva del menor.

El mencionado RETJ de la FIFA, en su artículo 19, prohíbe con carácter general la transferencia internacional de menores al prever que «las transferencias internacionales de jugadores se permiten solo cuando el jugador alcanza la edad de 18 años». No obstante, la citada regla federativa cuenta con tres excepciones, configuradas como tres condiciones alternativas. De esta manera la transferencia internacional de menores se permite si:

- Los padres del jugador cambian su domicilio al país donde el nuevo club tiene su sede por razones no relacionadas con el fútbol.
- La transferencia se efectúa dentro del territorio de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo y el jugador tiene entre 16 y 18 años de edad. El nuevo club debe cumplir las siguientes obligaciones mínimas: 1) proporcionar al jugador una formación escolar o capacitación futbolística adecuada que corresponda a los mejores estándares nacionales; 2) además de la formación o capacitación futbolística, garantizar al jugador una formación académica o escolar, o una formación o educación y capacitación conforme a su vocación, que le permita iniciar una carrera que no sea futbolística en caso de que cese en su actividad de jugador profesional; 3) tomar todas las previsiones necesarias para asegurar que se asiste al jugador de la mejor manera posible (condiciones óptimas de vivienda en una familia o en un alojamiento del club, puesta a disposición de un tutor en el club, etc.); 4) en relación con la inscripción del jugador, aportará a la asociación correspondiente la prueba de cumplimiento de las citadas obligaciones.
- El jugador vive en su hogar a una distancia menor de 50 km de la frontera nacional, y el club de la asociación vecina está también a una distancia menor de 50 km de la misma frontera en el país vecino. La distancia máxima entre el domicilio del jugador y el del club será de 100 km. En tal caso, el jugador deberá seguir viviendo en su hogar y las dos asociaciones en cuestión deberán otorgar su consentimiento.

Personalmente considero que toda regla debe ser interpretada adecuadamente y más aún en estos casos, donde debe primar el principio *favor minoris*. Al efecto, creo que tanto la regulación de esta prohibición de transferencia internacional de menores como su aplicación se han hecho erróneamente por parte de la FIFA, siendo la muestra más clara de ello las sanciones que se han impuesto a los clubes deportivos españoles como el F. C. Barcelona y el Real Madrid C. F. por incumplir esta regla.

De este modo, considero que debe evitarse la mercantilización abusiva de jóvenes jugadores pero, principalmente, debe asegurarse la protección del menor que en este ámbito vendría garantizada si el club contratante se compromete a proporcionar una adecuada formación al jugador, no solo en el campo estrictamente deportivo, sino en el académico. Esta postura es mantenida de forma similar por DE DIOS CRESPO PÉREZ y FREGA NAVÍA quienes, si bien consideran «correcto y

loable» el interés de la FIFA en proteger a los menores a través del artículo 19 del RETJ, también estiman que las prohibiciones que conlleva no resultan beneficiosas para los menores y deberían eliminarse si el club en donde se integrará, proporciona una serie de garantía de tipo «deportivas, educativas, económicas y personales»<sup>3</sup>. Asimismo, soy partidario de entender que debe ponderarse adecuadamente el equilibrio entre una protección del menor, que evite un «mercadeo» de tan jóvenes jugadores, con la capacidad de obrar del menor y de su derecho a ser oído que en nuestro ordenamiento jurídico encuentra amparo en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En este punto, debemos tener presente que nuestra legislación considera al menor de 12 años con suficiente madurez para la realización de determinados actos jurídicos. Así, a la luz del Código Civil cabe concluir que se reconoce capacidad de obrar progresiva a los menores de 12 a 18 años, atendiendo a sus condiciones de madurez. Ello viene acreditado, por ejemplo, con base en el artículo 162.3 donde se reconoce que para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales, se requiere el previo consentimiento de este si tuviere suficiente juicio; o el artículo 314 en relación con el menor emancipado. Sin embargo, esta capacidad de obrar nunca podrá ser plena, incluso aunque el menor se encuentre emancipado, como demuestra el artículo 323 del Código Civil en relación con las limitaciones donde se requiere el complemento de capacidad de sus padres o tutores.

Por ello, y a la vista de la legislación española, habrá de dilucidarse si la proclamada protección de la FIFA realmente beneficia a los menores futbolistas o si, en realidad, es una regulación autónoma impuesta que no atiende a la realidad social actual. En este sentido, contamos con una extensa regulación legislativa encaminada a la protección del menor. Así, debemos partir de la idea de que, al margen de instrumentos internacionales, en España contamos con una amplia base legal sobre la que poder articular la protección del menor en el deporte. De tal manera, existen diversos textos jurídicos a considerar, como son: (1) la Constitución española; (2) la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; (3) 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; (4) la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; (5) la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia; (6) la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte; (7) la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte; (8) el Real Decreto 748/2008, de 9 de mayo, por el que se regula la Comisión Estatal contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte; y (9) el Código Civil.

Asimismo, a nivel internacional la preocupación del menor abarca un largo periodo de tiempo que va desde la Convención de Derechos del Niño, hasta acuerdo más recientes como el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, firmado por España el 12 de marzo de 2009 y cuyo instrumento de ratificación fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 12 de no-

<sup>3</sup> DE DIOS CRESPO PÉREZ, J. y FREGA NAVÍA, R.: *op. cit.*, pág. 143.

viembre de 2010; y con los criterios recogidos en la Observación n.º 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a ser escuchado.

Igualmente, desde las instituciones de la Unión Europea se ha dado prioridad a la defensa de los intereses de los menores de edad, como demuestran la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea donde se garantiza la protección de los derechos de los menores. Dentro del derecho derivado, cabe destacar, entre otros instrumentos, la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios. Dentro de lo que constituye fuente secundaria<sup>4</sup> del Derecho de la Unión Europea, destaca la citada Directiva 94/33/CE, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo, aplicable a toda persona menor de 18 años con un contrato de trabajo o una relación laboral regulada por el derecho vigente en un Estado miembro o sometido al derecho en vigor en un Estado miembro, la cual hizo hincapié en la necesidad de proteger a los jóvenes deportistas profesionales. Así, en su artículo 5 («actividades culturales y similares») establecía la necesidad de obtener una autorización previa de las autoridades nacionales para proceder a la contratación de niños en actividades deportivas<sup>5</sup>. El elemento teleológico de esta norma era el de mantener informadas a las autoridades nacionales de la contratación de menores para actividades deportivas. Sin embargo, el apartado 3 no deja de desvirtuar la que debería haber sido la finalidad de la directiva, al dejar en manos de los Estados miembros la posibilidad de la contratación abierta de deportistas entre los 13 y los 18 años de edad.

Así, puede decirse que no es hasta el informe sobre el deporte de Helsinki de 1999 cuando las instituciones comunitarias reconocieron por vez primera la función social del deporte y se empieza a apreciar una cierta preocupación por la protección de los deportistas jóvenes. En este in-

<sup>4</sup> La fuente primaria del Derecho de la Unión sería los tratados constitutivos, y la secundaria, las normas dictadas por órganos de la Unión en previsión de las competencias atribuidas en tales tratados, esto es: reglamentos (los únicos que gozan de aplicación directa en los Estados miembros), directivas (las cuales deben ser objeto de transposición por una norma de cada Estado miembro) y decisiones.

<sup>5</sup> El texto establecía lo siguiente: «1. La contratación de niños para que actúen en actividades de carácter [...] deportivo [...] se someterá, en cada caso, a un procedimiento de autorización expedido por la autoridad competente. 2. Los Estados miembros determinarán por vía legislativa o reglamentaria las condiciones de trabajo de los niños en los casos a que se refiere el apartado 1, así como las modalidades del procedimiento de autorización previa, a condición de que las actividades:

- i) no puedan perjudicar la seguridad, la salud o el desarrollo de los niños.
- ii) ni puedan afectar a su asistencia escolar, a su participación en programas de orientación o de formación profesional aprobados por la autoridad competente o a sus aptitudes para que aprovechen la enseñanza que reciben.

3. No obstante el procedimiento previsto en el apartado 1, respecto a los niños que hayan cumplido trece años, los Estados podrán autorizar, por vía legislativa o reglamentaria y en las condiciones que ellos estipulen, la contratación de niños para que actúen en actividades de carácter [...] deportivo [...].»

forme se recogían los peligros de un inicio prematuro en la alta competición. Posteriormente, otras declaraciones, como las del IX Foro Europeo del Deporte, celebrado en Lille (Francia) en octubre de 2000, se ratificaron en las funciones sociales del deporte y recomendaron potenciar a través de programas específicos esta utilidad social. La preocupación por los jóvenes deportistas y su bienestar comenzaba a ser un hecho. Por último, cabe destacar el Consejo Europeo de Niza, celebrado entre el 7 y el 9 de diciembre de 2000, donde se formuló una «declaración en favor de las características específicas del deporte y sus funciones sociales en Europa que se deben tener en cuenta en la aplicación de las políticas comunes», conocida popularmente como «declaración de Niza»<sup>6</sup>.

Perfilado este conglomerado normativo y de declaraciones políticas, considero que si bien a la vista de las normas mencionadas cabe concluir que se cuenta con una amplia base legal sobre defensa de los menores, también considero que la mayoría de esta base normativa no atiende con especificidad a las peculiaridades de la práctica deportiva de menores, por lo que considero que existe una laguna en este ámbito. Además, desde una perspectiva internacional y de la Unión Europea, estimo que muchas actuaciones llevadas a cabo trascienden poco más allá de las buenas intenciones, pues la realidad refleja que los países miembros han obviado, en su gran mayoría, los principios que en ellas se contenían, al no tener valor normativo ni ser directamente aplicables en los respectivos Derechos internos de los Estados miembros. Sin embargo, creo que todo ello puede tener solución dado que la regulación sí es extensa y pormenorizada en la protección del menor, por lo que la respuesta pasaría por el hecho de que los actores jurídicos podamos colmar esta laguna aplicando analógicamente los principios protectores al mundo deportivo. En esta labor, como se expondrá *ut infra*, parece que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tomado conciencia y ya existen resoluciones donde se aprecia su interés en proporcionar la adecuada protección a los menores de edad deportistas. No obstante, aún falta camino por recorrer ya que ejemplos como el de la FIFA ponen en relieve la inactividad en este punto, pues ante la ausencia de provisiones expresas para la práctica deportiva se habilita que las instituciones internacionales federativas (de carácter privado) tomen la iniciativa en regular esta cuestión, produciéndose resultados que, en mi opinión, pueden no ser tan positivos a pesar de que teóricamente se pretenda dar una protección reforzada a la práctica deportiva de los menores.

---

<sup>6</sup> Respecto de la misma, cabe mencionar los siguientes artículos: 12. El Consejo Europeo destaca los beneficios de la práctica deportiva para los jóvenes y reitera la necesidad de que las organizaciones deportivas, en particular, presten una atención especial a la educación y a la formación profesional de los jóvenes deportistas de alto nivel, de modo que su inserción profesional no se vea comprometida por causa de sus carreras deportivas, a su equilibrio psicológico y sus lazos familiares, así como a su salud, concretamente a la prevención contra el dopaje. Manifiesta su aprecio por la contribución aportada por las asociaciones y organizaciones que, mediante su labor de formación, responden a esas exigencias, proporcionando una contribución social inestimable. 13. El Consejo Europeo expresa su preocupación por las transacciones comerciales cuyo objeto son los deportistas menores de edad, incluidos los procedentes de terceros países, por cuanto no se ajustan a la legislación laboral en vigor o ponen en peligro la salud y el bienestar de los jóvenes deportistas. Hace un llamamiento a las organizaciones deportivas y a los Estados miembros para que investiguen tales prácticas, las vigilen y adopten, en su caso, las medidas adecuadas. 17. Se insta a las instituciones comunitarias y a los Estados miembros a que sigan examinando sus políticas, respetando el tratado y según sus competencias respectivas, a la vista de estos principios generales.

Ante esta situación, debe partirse de la premisa básica en la protección del menor, como es el «principio del superior interés del menor». Este principio lo define en términos generales RIVERO HERNÁNDEZ<sup>7</sup> como una ventaja efectiva para el niño o adolescente, conjugada en ocasiones con la evitación de perjuicio o previsible desventaja para él. Puede observarse que este principio incluye unos caracteres de indeterminación y abstracción, los cuales son predicables de los conceptos jurídicos indeterminados. Esta aparente indeterminación inicial del principio del superior interés del menor es una característica propia del derecho continental, mientras que en países anglosajones la práctica ha sido crear un listado de criterios, a modo de *numerus clausus*, dirigidos a determinar cómo respetar este principio<sup>8</sup>. Sin embargo, esta línea no está exenta de críticas incluso dentro de la propia doctrina anglosajona, como es que no puede prever todas las situaciones posibles, así como la propia evolución de la sociedad<sup>9</sup>. Crítica que, además, tendría como buen ejemplo la temática analizada en este trabajo dada la actualidad de la necesidad de protección del menor en el mercado futbolístico. Por tanto, aunque *ab initio* el sistema anglosajón parezca mejor, sufre de una rigidez que en el fondo le perjudica, tal y como apunta ROCA TRÍAS<sup>10</sup>, quien claramente se postula a favor del sistema español, al margen de sus inconvenientes.

Así, a pesar de que se debe ser consciente de la dificultad de concretar el principio del superior interés del menor en el derecho continental, tampoco puede ser visto como una mera proclama de intenciones. Es por ello que este principio encuentra un verdadero contenido sustantivo, a lo que debe añadirse que, como apuntaron los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño, la protección de su interés superior es una consideración primordial. De este modo, dicho principio encuentra un contenido triple. En primer lugar, tiene un carácter interpretativo o infor-

<sup>7</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés del menor*, Madrid: Dykinson, 2007, pág. 61.

<sup>8</sup> Concretamente, en Gran Bretaña existe la Children Act de 1989, la cual previene como criterios los deseos y sentimientos del menor atendiendo a su edad y discernimiento, sus necesidades físicas y emocionales, las consecuencias que pueden tener sobre el menor cualquier cambio de situación, su edad, sexo y ambiente y cualesquiera otras características que el tribunal considere relevante, perjuicio o riesgo de sufrirlo, capacidad de cada progenitor para satisfacer las necesidades del menor y posibilidades de actuación del tribunal. Para un mayor análisis de esta norma y sobre la interpretación del principio del interés del menor en Gran Bretaña, *vid.*, BAINHAM, A.: *Children: The Modern Law*, Family Law, Bristol, 1998, pág. 66 y ss.

<sup>9</sup> *Vid.* BAINHAM, A.: *op. cit.*, pág. 36 y 37. Este autor considera que de un análisis de la jurisprudencia puede extraerse la conclusión de que la existencia de esta serie de criterios no soluciona totalmente la indeterminación del principio del interés del menor, puesto que existe un amplio margen de discrecionalidad depositado a favor de los jueces a la hora de determinar qué criterio debe primar sobre el resto.

<sup>10</sup> ROCA TRÍAS, E.: *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Madrid: Civitas, 1999, pág. 218. Al efecto, la autora afirma que el sistema anglosajón «puede provocar una rigidez peligrosa, ya que una construcción jurídica que tenga como base la previsión de todas y cada una de las situaciones en que puede encontrarse el menor, es peligrosa, en tanto que puede dejar fuera situaciones impensables en el momento en que se redacta la norma: la rigidez de la normativa sobre principios, frente a la normativa casuística, que admite válvulas de escape cuando la situación no está absolutamente prevista en la lista, hace que para obtener una mejor protección de los derechos fundamentales de un colectivo débil, me incline por un sistema abierto como el español».

mador, lo cual implica que si una disposición jurídica puede ser objeto de diversas interpretaciones se debe optar por aquella que mejor responda a los intereses del menor. En segundo lugar, es una norma de procedimiento, lo cual tiene sus efectos principalmente a efectos administrativos, como, por ejemplo, en los trámites de acogimiento de menores. Pero, además, 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.

Bien es cierto que los menores son un colectivo vulnerable y más propenso a ser víctima de abusos. Situación esta que también puede darse en el deporte profesional donde puede ocurrir que los llamados «ojeadores», en orden a captar jóvenes promesas deportivas, acudan a países en desarrollo para contratarles en las canteras de clubes europeos. Todo ello sin atender a que la prioridad del menor es su formación, entendida esta no solo desde el punto de vista deportivo, sino también académico, social, etc., generando de este modo una mercantilización abusiva de los menores deportistas y, en última instancia, una manipulación de los mismos. Además, este tipo de situaciones pueden ocurrir con la anuencia de los progenitores de los menores, deseosos de salir de países con altos índices de pobreza y esperanzados porque su hijo les supondrá su medio de vida gracias a su proyección deportiva.

En consecuencia, puede existir una manipulación de los menores incluso a pesar de que cuenten con unos progenitores que en teoría deberían velar por el interés superior de su hijo. Por ello, medidas como el artículo 19 del RETJ de la FIFA pueden ser positivas de cara a prevenir este tipo de situaciones, siempre que se ponderen bien los intereses en juego, pero partiendo siempre de que el primordial será el del beneficio del menor. Por tanto, este tipo de medidas federativas revelan un carácter tuitivo del menor pero el mismo debe ser bien entendido, pues llevado al extremo puede generar el efecto contrario al que en teoría se pretende. Este carácter tuitivo se encuentra en la legislación española, como, por ejemplo, donde con el fin de reforzar los mecanismos de garantía previstos en 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, se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contraria a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor. Para este buen fin se busca, además, como objetivo adicional la evitación de la manipulación del menor, siendo consciente el legislador de que dicha manipulación puede provenir hasta de sus representantes legales<sup>11</sup>. Sin embargo, en el sistema estatal la vigilancia de los intereses del menor en defecto o ausencia de que los mismos sean protegidos

<sup>11</sup> Así se deduce del artículo 3 de 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, que establece: «1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil». Para un análisis de la protección del derecho a la propia imagen de los menores, *vid.* FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUE-RAL, M. A.: «Derecho a la propia imagen del menor», *Actualidad Civil*, núm. 7, 2004, pág. 726

2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez».

por sus progenitores se encomienda a instituciones públicas tales como el Ministerio Fiscal. Este es un punto fundamental en la protección del interés del menor y que manifiesta las diferencias entre la regulación que puede darse a este problema desde una federación deportiva, como es la FIFA, o desde un Estado de Derecho. En otras palabras, no podemos olvidar que la FIFA, al igual que el resto de federaciones deportivas, no deja de ser un sujeto privado. Así, aunque en España las federaciones deportivas cuentan con una supervisión por parte de instituciones públicas como el Consejo Superior de Deportes, el artículo 30 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, reconoce su carácter privado e independiente, al expresar su artículo 30.1 que «las Federaciones deportivas españolas son Entidades privadas, con personalidad jurídica propia», de lo cual se desprende su capacidad normativa en virtud de su capacidad de autorregulación. Además, esta última previsión afectaría en todo caso a la Real Federación Española de Fútbol, pero no a la FIFA, al ser esta una federación deportiva internacional y que se regula conforme al derecho suizo (práctica, por otro lado, habitual en las federaciones a nivel internacional en la que, desde mi punto de vista, se oculta la intención de escapar de la aplicación de otros derechos nacionales que pueden ser más restrictivos en lo que a la libertad de las federaciones deportivas internacionales se refiere).

En definitiva, considero que previsiones como las de 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, deben conjugarse y ponderarse con otro de los principios rectores en la protección del menor como es el derecho del menor a ser oído y escuchado en aquellas materias que le afecten. Esto revela, como acaba de apuntarse, que desde el ordenamiento jurídico español se adopta una posición tuitiva en la protección de los derechos de los menores. Ahora bien, esta postura tuitiva la adopta el Estado, por cuanto vendría legitimado e incluso obligado a ello en virtud del artículo 39 de la Constitución. Sin embargo, es más discutible que esta posición protectora de la situación del menor que habilita, en cierta medida, a hacer caso omiso de sus deseos en aras de proporcionarle las mayores garantías, pueda ser adoptada por instituciones de carácter privado como las asociaciones deportivas, cuyo ejemplo más relevante es el artículo 19 del RETJ de la FIFA.

Bajo estas premisas, considero que una de las vías fundamentales de cara a solucionar los problemas en la contratación de menores en el deporte pasa por atender a uno de los principios fundamentales recogidos tanto a nivel nacional como internacional y aplicarlo adecuadamente a las necesidades del ámbito deportivo. Dicha máxima sería el principio rector del derecho del menor a ser oído y escuchado. Este principio es recogido en el antes citado Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual de 25 de octubre de 2007 y recientemente se le ha otorgado más desarrollo a nivel legislativo interno a través de la modificación del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, operada en virtud de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Por otro lado, debe valorarse si a fin de la protección del menor es mejor prohibir como regla general su contratación deportiva, como hace el artículo 19 del RETJ de la FIFA, o fomentar una contratación deportiva donde se garantice una serie de valores así como una formación integral del menor y su acomodo dentro de una vida social y familiar. El respeto e interés por asegurar la in-

serción social y formativa del menor se encuentra en toda la legislación española, como por ejemplo demuestra la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, al reseñar la precaución con la que se deben adoptar medidas administrativas que afecten a la vida del menor<sup>12</sup>. Más concretamente, este principio de la Ley Orgánica 1/1996 se halla consagrado positivamente en el artículo 2 c) donde se estipula que «la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor». De tal modo, dicho principio está enfocado a regular las situaciones de desamparo de los menores. Aunque *a priori* parezca que estas situaciones de desamparo no pueden surgir en una actividad tan lúdica como es la deportiva, ello no es así, especialmente en el momento en que se constata la contratación de menores con visos a una futura profesionalización. Piénsese que, por ejemplo, en el ámbito del fútbol resulta habitual que jóvenes promesas provengan de países con altos índices de pobreza, de los cuales deben emigrar si pretenden tener cualquier posibilidad de prosperar en el futuro a nivel profesional en este deporte. Así, debe aplicarse el principio recogido en la Ley Orgánica 1/1996 en cuanto a no interferir en su vida social y educativa, aunque a la luz de este tipo de casos lo adecuado de cara al superior interés del menor sería, precisamente, poder interferir en este ámbito de su vida con el objetivo de que el mismo pueda mejorar. Por ello, el artículo 19 del RETJ puede tener una finalidad protectora de la vida social y familiar del menor por cuanto exige como regla que no sea separado de su familia, pero las situaciones de países con extrema pobreza demuestran que, en ocasiones, debe establecerse una excepción a la regla general pues de aplicar este artículo de modo riguroso, se estaría generando injusticias sociales que contrarían el espíritu de la regulación protectora de los menores de edad. Es más, este riesgo de desprotección de los menores en este tipo de casos ya ha sido apuntado desde instancias de la Unión Europea. Concretamente, el Libro Blanco de la Comisión Europea puso su atención en la protección del menor en el deporte expresando que «los menores que no son seleccionados para competiciones y abandonados en un país extranjero, a menudo caen de esta manera en una posición irregular que fomenta su posterior explotación»<sup>13</sup>. Y aunque esta afirmación no la realizaba expresamente a colación del análisis del artículo 19 del RETJ sí puede entreverse, al menos, que de manera indirecta está cuestionando su legitimidad y posibles efectos negativos.

Por lo anterior, considero excesivo que el artículo 19 del RETJ exija entre una de sus excepciones para validar la transferencia internacional de menores futbolistas que los progenitores del menor cambien su domicilio al país donde el nuevo club tenga su sede por razones no relacionadas con el

<sup>12</sup> Al efecto, manifiesta que «esta es la razón por la que, además de establecerse como principio general, el de que toda actuación habrá de tener fundamentalmente en cuenta el interés del menor y no interferir en su vida escolar, social o laboral, se determina que las resoluciones que aprecien la existencia de la situación de desamparo deberán notificarse a los padres, tutores y guardadores, en un plazo de cuarenta y ocho horas, informándoles, asimismo, y, a ser posible, de forma presencial y de modo claro y comprensible, de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada».

<sup>13</sup> The White Paper on Sport (COM 2007) 391 final point 4.5; European Parliament, Report on the on the future of professional football in Europe (2006/2130(INI)), pág. 25

fútbol. En mi opinión, está injustificado que se exija que los padres cambien de domicilio por razones ajenas a la contratación del menor en la cantera del club. Lo fundamental es que al menor se le otorgue una formación integral, es decir, aquella que incluya no solo la deportiva sino también la académica o escolar del menor, aspecto que el propio RETJ reconoce como una de las condiciones que debe cumplir el club contratante para otra de sus excepciones a la regla general de prohibición de transferencia internacional de menores. En mi opinión, ello no debería ser un punto a cumplir por el club contratante como consecuencia de una de las excepciones previstas en el RETJ, sino una máxima a cumplir en cualquier transferencia internacional, de tal modo que el club se obligara individual o colectivamente, en conjunción con la obligación de los progenitores, a asegurarse que el menor recibe una formación que excede de la meramente deportiva y que le permitiría tener abiertas otras vías profesionales en el futuro para el caso de que no logre triunfar en el terreno deportivo.

No obstante lo anterior, también debe tenerse presente la «otra cara de la moneda», la cual implicaría ser consciente de que en el deporte profesional, en ocasiones, se mercantiliza de un modo abusivo la situación de las jóvenes promesas hasta el punto de que puede hablarse de un «mercadeo» de menores deportistas. Y es que, precisamente, en estos países de extrema pobreza los menores y sus familias pueden estar dispuestos a aceptar cualquier tipo de acuerdo para lograr que el menor pueda salir del país buscando unas mejores perspectivas para su futuro profesional. De tal modo, en los casos más extremos podría hablarse de una «trata de deportistas», en analogía a la trata de seres humanos a que alude la Ley 26/2015, de 28 de julio, que modifica el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, la cual es consciente de abordar este problema introduciendo a través de la disposición final octava una modificación de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, como consecuencia de la necesidad de protección de las personas que hayan sido víctimas de trata de seres humanos<sup>14</sup>.

Por último, debe dejarse constancia de otro hecho que revela el necesario acomodo de la regulación federativa con respecto a la legislación nacional, así como la prevalencia de esta última, para caso de conflicto. En este sentido, debemos tener en cuenta la trascendencia de que el artículo 19 del RETJ de la FIFA no deja de ser una norma de carácter interno dictada por una federación deportiva en virtud de su capacidad autorregulatoria. Con ello quiero expresar que, si bien es loable que desde el ámbito de una institución privada se persiga un interés tan fundamental como el de la protección del menor, si en su aplicación práctica conlleva un perjuicio para el menor, deberá ponerse en tela

<sup>14</sup> Dicha disposición final introduce un nuevo apartado 4 ter en el artículo 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo estableciendo que «los empleadores que contraten indefinidamente a víctimas de trata de seres humanos, identificadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y que, en su caso, hayan obtenido la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, sin que sea necesaria la condición de estar en desempleo, tendrán derecho, desde la fecha de celebración del contrato, a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado de 125 euros/mes (1.500 euros/año) durante 2 años. En el caso de que se celebren contratos temporales con estas personas se tendrá derecho a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario, por trabajador contratado de 50 euros/mes (600 euros/año), durante toda la vigencia del contrato».

de juicio. Esto ocurrirá si al imposibilitar con carácter general la contratación de menores donde se asegure una formación integral, se impide toda proyección de futuro de los menores, obligándoles a esperar a alcanzar la mayoría de edad, lo cual podría ser otro perjuicio adicional dada la corta esperanza de vida profesional en el deporte y la necesidad de formarse desde las etapas más tempranas de la vida. Máxime, si de dicha normativa federativa puede extraerse una contradicción con respecto el derecho estatal, pues en tal caso, deberá tener prioridad este último frente a cualquier disposición emanada por los órganos rectores de la federación deportiva correspondiente. Esta postura es, además, la adoptada por el órgano administrativo estatal encargado de la vigilancia y control del deporte español como es el Consejo Superior de Deportes, donde en su resolución de 17 de marzo de 2016, admitía la ficha federativa de un menor extranjero cuyas condiciones iban en contra de lo previsto en el artículo 19 del RETJ. Para ello, se argumentaba que de cara a la inscripción de la ficha federativa del menor en la Real Federación Española de Fútbol no era necesario cumplir con el aludido artículo 19 del RETJ sino con los requisitos exigidos al efecto por el ordenamiento jurídico español, principalmente la acreditación de la residencia legal en nuestro país<sup>15</sup>.

Es más, la expresada conclusión del Consejo Superior de Deporte también podría sustentarse sobre otros razonamientos adicionales. Así, si la regla general del artículo 19 del RETJ que prohíbe las transferencias internacionales de menores (salvo los supuestos muy restringidos ya expuestos) atenta contra una norma española, estaríamos ante una norma nula, pues si bien en primera instancia encontraría acomodo conforme a derecho en el artículo 1.255 del Código Civil, dejaría de tenerlo al ir en contra de la Ley. De este modo, considero que el artículo 19 del RETJ podría quedar anulado por aplicación del artículo 32.2, párrafo segundo, de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte que establece: «En todo caso, para que las federaciones de ámbito autonómico puedan integrarse en las federaciones deportivas españolas o, en su caso, mantener esa integración, deberán eliminar cualquier obstáculo o restricción que impida o dificulte la participación de extranjeros que se encuentren legalmente en España y de sus familias en las actividades deportivas no profesionales que organicen». De este modo, si un menor extranjero y su familia se encuentran en una situación de residencia legal en España, la previsión del artículo 19 del RETJ supondría un claro obstáculo para su participación en el deporte, que debe ser eliminado. Frente a ello, puede refutarse que este artículo está previsto para el deporte no profesional debido a su inciso final, mientras que el RETJ está pensado para deportistas profesionales. Sin embargo, ello no sería correcto, al menos a la vista de la legislación española. Por tanto, aunque el RETJ prevé las transferencias de deportistas profesionales, aquellas otras de menores de edad que no superaren los 16 años no podrían considerarse como tal. Ello se debe a que el artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores<sup>16</sup> prohíbe el trabajo de menores de 16 años, disposición que se aplicaría claramente a las relaciones

<sup>15</sup> Sobre el particular, la citada resolución del Consejo Superior de Deportes expresaba: «No resultarían ajustados a nuestro ordenamiento jurídico los requisitos exigidos por FIFA en el artículo 19 del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA; siendo suficiente para obtener la licencia solicitada a la RFEF, título habilitante para participar en la competición deportiva pretendida por el solicitante, el estar legalmente en España, circunstancia esta que queda debidamente acreditada conforme a la documental remitida».

<sup>16</sup> Artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores: «Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años».

laborales entre deportistas profesionales y clubes deportivos por cuanto el artículo 21 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales<sup>17</sup> establece el carácter supletorio de la norma estatutaria laboral. Por tanto, los contratos que se pudieran celebrar con menores de 16 años no podrían ser otros que el de deportista aficionado o no profesional, de modo que a la vista de esta argumentación cobraría pleno sentido la aplicación del citado artículo 32.2, párrafo segundo, de la Ley del Deporte.

Por todo lo expuesto, el extremo que considero resulta incuestionable es que la FIFA actúa al margen de la eventual regulación que exista en cada país sobre la protección del menor. Con ello no quiero decir que necesariamente la contradiga sino que, sencillamente, no la tiene en consideración. Ello se debe, entre otras cuestiones, a que la FIFA actúa de modo similar al de un Estado independiente y soberano a la hora de regular el fútbol mundial, como demuestra la regulación de los contratos celebrados entre futbolistas y clubes deportivos, recogida en el RETJ; la posibilidad de si un menor puede trasladarse a otro país distinto al de origen para practicar el deporte del fútbol; o el establecimiento del régimen jurídico aplicable a los agentes de futbolistas, fijado en el Reglamento sobre los Agentes de Jugadores; etc.

En consecuencia, considero que la FIFA debe replantearse tanto la vigencia del artículo 19 del RETJ como su actual redacción. Es más, creo que debe tenerse en cuenta que la FIFA, si bien es un órgano supranacional, no es un órgano de carácter estatal sino privado, por lo que no goza de las potestades públicas de las que puede disponer un Estado soberano. Con ello quiero plantear que aun en el caso de que se mantuviera la regulación actual del artículo 19 del RETJ, ello no tendría por qué ser de aplicación imperativa en las transferencias de menores efectuadas en España en la medida en que los clubes cumplan y garanticen la protección del menor conforme a la legislación española. La FIFA es un órgano asociativo de carácter privado y, con todo lo más, podría imponer sanciones a los clubes que efectúen este tipo de transferencias pero no podría afectar a la validez de un contrato celebrado en cumplimiento de la legalidad española<sup>18</sup>.

### 3. LOS DERECHOS DE FORMACIÓN Y SU REPERCUSIÓN EN LA PROTECCIÓN DEL MENOR

Dentro de los problemas legislativos apuntados que pueden encontrarse en España, especial referencia debe hacerse respecto de los denominados «derechos de formación». En este sentido, debe partirse de la afirmación de la existencia de una dispersión normativa en cuanto a la habilita-

<sup>17</sup> Artículo 21 del Real Decreto 1006/1985: «En lo no regulado por el presente Real Decreto serán de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y las demás normas laborales de general aplicación, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los deportistas profesionales».

<sup>18</sup> Ahora bien, también podría argumentarse que si bien el contrato es válido, el mismo no despliega sus efectos dentro de las competiciones organizadas por la FIFA, como consecuencia de la prohibición de dicha FIFA. Sin embargo, ya entraríamos en un debate entre validez y eficacia contractual que, por complejidad, excede los límites de este trabajo.

ción para legislar sobre la protección del menor en el deporte, especialmente, en el ámbito donde el Estado deja de ser competente. De este modo, algunas comunidades autónomas han optado por regular aspectos pero dejando de manifiesto una clara ausencia de homogeneidad. El más claro ejemplo de ello serían los aludidos «derechos de formación». De modo sintético pueden definirse los derechos de formación como la facultad que corresponde a una entidad determinada (club de origen) para exigir y percibir de otra entidad (club de destino) una cantidad pecuniaria que indemnice por el trabajo de formación deportiva que el club de origen ha realizado sobre el deportista y de cuyos resultados pretende beneficiarse el club de destino. En cuanto a su configuración legal, la figura de los derechos de formación deportiva aparece recogida en una doble normativa. Por un lado, en referencia al contrato de deportistas profesionales y, por otro, en relación con la regulación jurídica de la actividad de las federaciones deportivas. De tal modo que encontramos:

1. El Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral de los deportistas profesionales, cuyo artículo 14.1, establece expresamente que «para el caso de que tras la extinción del tiempo convenido el deportista estipulase un nuevo contrato con otro club o entidad deportiva, mediante Convenio Colectivo se podrá pactar la existencia de una compensación por preparación o formación, correspondiendo al nuevo club su abono al de procedencia».
2. El Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas<sup>19</sup>, disposición adicional quinta, dispone que «los Reglamentos de las Federaciones deportivas españolas y de las Ligas profesionales reconocerán los derechos de preparación y formación que correspondan a las Sociedades anónimas deportivas respecto a los jugadores pertenecientes a clubes deportivos que hayan inscrito sus equipos profesionales a las citadas Sociedades anónimas deportivas. Asimismo, las citados Reglamentos deberán recoger medidas de protección y apoyo a los clubes que formen deportistas»<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> El Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas, solo establece tal exigencia para las de ámbito nacional, por lo que dicha normativa no puede ser alegada por aquellas federaciones que lo sean de ámbito territorial.

<sup>20</sup> De este modo, en el ámbito de la indemnización por derechos de formación de deportistas existe una dicotomía en la regulación, en función de la profesionalidad o no del deportista, configurándose dos sistemas regulatorios:

- a) En el deporte profesional, solo es exigible esta indemnización si así se pacta en convenio colectivo, pues ello constituye un requisito necesario, manifestado expresamente en el artículo 14.1 del Real Decreto 1006/1985, al indicar que «mediante convenio colectivo se podrá pactar la existencia de una compensación por preparación o formación, correspondiendo al nuevo club su abono al de procedencia».
- b) En el deporte no profesional, la procedencia de indemnización por derechos de formación viene habilitada si así se dispone en los reglamentos federativos, en virtud del deber que establece la disposición adicional quinta *in fine*, del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas.

Para un análisis con más detalle del funcionamiento de los derechos de formación así como el cálculo de sus cuantías en el ámbito de la FIFA, *vid.* GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M.: *El deportista profesional ante la extinción del contrato de trabajo deportivo*, Madrid: La Ley, 2008, pág. 296 y ss.

De este modo, a la vista de la habilitación normativa de los derechos de formación, se debe ser consciente del peligro que entrañan, especialmente, de cara a la protección jurídica del menor. Así, no puede desconocerse que pueden encubrir un derecho de retención que conlleve una atadura contractual del menor respecto de su club formador. Y si este derecho de retención ya es criticable desde el punto de vista del deportista profesional mayor de edad, es aún más reprochable si hablamos de menores deportistas. Ello lo demuestra el hecho de que en la relación laboral especial de deportista profesional, en el cambio regulatorio que supuso el actual Real Decreto 1006/1985, se eliminó la referencia al derecho de retención que recogía el derogado Real Decreto 318/1981<sup>21</sup>.

No obstante, los derechos de formación también pueden encontrar cierta legitimidad en la medida en que resulta justo que los clubes obtengan un beneficio por la inversión en formación de jóvenes deportistas que prosperarán en el futuro<sup>22</sup>. Máxime cuando algunos de esos clubes pueden ser modestos en términos económicos y deban dejar ir a una joven promesa ante la falta de capacidad económica para remunerarle antes sus expectativas económicas. Sin embargo, creo que deben garantizarse dos cuestiones fundamentales: primero, la futura libertad de contratación del menor, segundo, que las cuantías recibidas por este concepto se destinen efectivamente hacia el beneficio de futuros menores que entren en la cantera del club.

Así, distintas leyes del deporte de las comunidades autónomas han regulado los derechos de formación<sup>23</sup>. Puede extraerse un denominador común de esta regulación autonómica, como es el

<sup>21</sup> Este derecho de retención permitía la prórroga contractual obligatoria e indefinida por parte de dichos clubes, lo que determinaba en la práctica que el deportista profesional solo pudiera quedar liberado del vínculo contractual, no por la conclusión de su término temporal (pues cuando llegaba tal momento, el club podía renovar obligatoriamente el contrato). La desaparición de este derecho de retención debe ser aplaudida, ya que, en mi opinión, iba claramente en contra de las libertades básicas de todo trabajador. No obstante, y a la vista de otros países, este derecho continúa siendo aceptado en alguna legislación estatal. Llamativa resulta en este punto la regulación en Grecia. Así, en el país heleno, encontramos la polémica Ley núm. 2725/1999, la cual alude al derecho de prórroga unilateral, del cual dispone un club, cuando su deportista ha finalizado su contrato. Concretamente, el club dispone de manera unilateral de la opción para renovar el contrato del deportista cuando el mismo haya llegado a término, por un total de cinco años, en virtud de su artículo 90. El único requisito que la ley griega impone consiste en que las nuevas condiciones económicas de la renovación hubieran sido acordadas con anterioridad en el contrato. Esta normativa ha sido objeto de duras críticas por la doctrina del país, cuestionando su validez, ya que únicamente en el caso de que el club no ejerza esta opción de renovación, el deportista se encontrará libre para negociar un contrato con otro club distinto, a su elección. Al respecto, *vid.*, PANAGIOTOPOULUS, D.: «The Greek transfer system for Athletes», *The International Sports Law Journal*, 2004/1-2, pág. 41 y ss.

<sup>22</sup> Para un análisis de los antecedentes históricos y propuestas de reforma de los derechos de formación, *vid.* GARCÍA CABA, M.: «Algunas propuestas de perfeccionamiento de los derechos de formación y compensación de los futbolistas menores de edad», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 41/2013, parte Secciones.

<sup>23</sup> *Vid.* artículo 10 de la Ley 2/2000, de 3 julio, del Deporte de Cantabria; artículo 37 de la Ley 3/2012, de 2 de abril, del Deporte de Galicia; artículo 25 de la Ley 5/2015, de 26 de marzo, de Actividad Física y el Deporte de Castilla-La Mancha; artículo 67 de la Ley 14/1998, de 11 de junio, del Deporte de País Vasco; artículo 15 de la Ley 2/2011, de 22 de marzo, del Deporte de la Comunitat Valenciana; artículo 33 de la Ley 1/2015, de 23 de marzo, del Ejercicio Físico y del Deporte de La Rioja; y el artículo 46 de la más reciente Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía.

relativo a que no procede la exigencia de las cuantías derivadas de la formación de menores deportistas que no superen los 16 años<sup>24</sup> pero, a partir de este punto, no solo existen criterios que divergen entre las distintas comunidades sino que dejan extremos sin abordar, como, por ejemplo, la reinversión de esos derechos y lo que necesariamente debería redundar en beneficio de futuros menores deportistas en etapa formativa. Al respecto, debo dejar constancia de que personalmente creo que el principal problema estriba en que la cantidad pecuniaria que se alcanza en concepto de indemnización por formación del deportista, a veces, poco tiene que ver con los gastos realmente invertidos en la formación del jugador. Ello conllevaría dos efectos: el primero, sería un enriquecimiento injusto del club que formó al menor, que ve cómo recibe por tal concepto una indemnización, por otro club que contrata al deportista una vez finalizado el vínculo contractual que le unía con el antiguo, de cuantía superior al gasto que realizó a fin de formar al deportista en su más temprana etapa. Además, habría un segundo efecto con un efecto perjudicial incluso más directo en los intereses del menor, como es el consistente en una limitación a la libertad contractual del propio menor. Esta consecuencia se produce por el hecho de que una alta cuantía que deba abonar el club de destino al club de origen donde se formó el menor puede desincentivar dicha contratación o, en el peor de los casos, imposibilitarla dado que el club que pretende fichar al menor no pueda afrontar económicamente el pago de unos derechos de formación elevados. Es más, incluso surgiría un efecto colateral, no contrario a derecho, pero sí criticable desde el punto de vista del fomento del deporte, que radicaría en el hecho de que las cuantías percibidas por el club que formó al menor deportista que contrata con otro al finalizar su contrato no son reinvertidas en los mismos fines y con el mismo fundamento por el que la normativa prevé estas indemnizaciones, que es la propia formación de deportistas. Por tanto, debe fomentarse que lo que recibe un club por formar a lo que comúnmente se denomina «cantera», lo reinvierta en fortalecer y promocionar la misma, garantizando así una mayor protección de la situación del menor en el deporte.

Por lo expuesto, considero que el principal problema en relación con los derechos de formación radica en los costes de formación que deben tomarse como base a la hora de calcular la indemnización derivada, pues su cálculo resulta harto complicado si se quiere alcanzar un equilibrio entre el derecho de los clubes a ver reconocida su labor formativa y la protección de los menores deportistas. De este modo, estamos ante un extremo en el que no existe uniformidad al respecto, dado que pueden adoptarse dos posiciones. La primera opción consistiría en valorar los costes reales de formación, en atención a la parte proporcional que se invierte en cada joven jugador. Esta opción beneficiaría claramente al joven jugador, que tendría más facilidades para atender a la indemnización que tendría que hacer frente por incumplimiento de la prohibición de suscribir un contrato de

<sup>24</sup> Con la excepción de la Ley 1/2015, de 23 marzo, del ejercicio físico y del deporte de La Rioja, cuyo artículo 33.1 c) permite que las federaciones deportivas puedan establecer derechos de formación en relación con menores a partir de los 12 años. No obstante, en aras de evitar un uso excesivo de esta facultad, el propio artículo se encarga de matizar a continuación que la regulación de estos derechos de formación «deberá ser aprobada por la consejería competente en materia deportiva». Además, esta ley es consciente del riesgo de que exista un derecho de retención encubierto pues también matiza que los derechos de formación «en ningún caso afectarán a la libre movilidad ni podrán conllevar retención respecto del deportista menor de 16 años».

deportista profesional con un club distinto del que perfeccionó el anterior contrato formativo. Y la segunda opción, en cuanto a la valoración de los costes efectivos de formación para la cuantificación de la indemnización, parte de la idea de que solo pocos de los jóvenes jugadores formados por un club deportivo resultarán alcanzar un posterior valor de mercado en el deporte profesional, debido a que muchos más tiene que ser formados para que se descubran aquellos otros que sí alcanzarán el estatus de profesional deportivo. Por consiguiente, bajo esta segunda opción, si solo se valoran los costes formativos del jugador individual, se desalentaría la inversión en formación por parte de los clubes. Por ello, en atención a este segundo criterio, resultaría adecuado para alcanzar el coste real de formación afirmar que el jugador que ficha por otro club distinto al que le formó atiende (él solo o, incluso, valorando una responsabilidad solidaria o subsidiaria del nuevo club) una indemnización que sea representativa de una proporción relevante de los costes totales de formación del antiguo club. En mi opinión, estimo que el criterio más garantista es el primero, aunque también reconozco que el mismo puede desincentivar en alguna medida la formación de jóvenes deportistas. En todo caso, creo que debe asegurarse que la indemnización sea efectiva, real y constatable, de manera que no deberían valorarse indemnizaciones conforme a ingresos previstos del jugador o en la pérdida de beneficios previstos del club. De este modo, aunque respecto de un deportista profesional mayor de edad podrían analizarse estos motivos de cuantificación de indemnizaciones por incumplimientos de sus contratos de trabajo deportivos, considero que en el caso de los jóvenes deportistas debe partirse de una interpretación *favor minoris* y, en caso de duda, beneficiar la postura del joven jugador. Es más, aun en el caso de los deportistas mayores de edad, también considero que para aceptar la validez de estos criterios debe existir una actividad probatoria lo suficientemente sólida como para poder asegurar la previsibilidad de esa falta de ingresos por el club como consecuencia de la marcha de uno de sus deportistas.

#### 4. LA PROTECCIÓN DEL MENOR DEPORTISTA A NIVEL DE LA UNIÓN EUROPEA: LA CONTRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Anteriormente se ha hecho referencia a algunos instrumentos legales con los que se cuenta a nivel de la Unión Europea en orden a intentar garantizar la protección del menor en diversas situaciones, algunas de las cuales pueden ser claramente extrapolables al ámbito deportivo. Sin embargo, en estas líneas pretendo enfatizar el intento de protección del menor en el deporte que se ha producido en el seno de las instituciones europeas, especialmente, en lo relativo a las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Como premisa previa en este aspecto, debe valorarse positivamente el paso adelante que supuso el hecho de que explícitamente se recoja «el deporte» como parte del derecho originario de la Unión Europea, lo cual se ha producido gracias al artículo 165.1, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que dispone: «La Unión contribuirá a fomentar los aspectos europeos del deporte, teniendo en cuenta sus características específicas, sus estructuras basadas en el voluntariado y su función social y educativa».

No obstante, antes de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea encontrara competencia en orden a resolver conflictos que implicaban a menores deportistas garantizando, de este modo, su protección, debía encontrar su competencia para entrar a conocer sobre litigios de índole deportivo y, no solo eso, sino también delimitar qué tipo de controversias deportivas eran susceptibles de revisión por este tribunal. En esta materia, debe dejarse previa constancia de que los jugadores de fútbol profesional son trabajadores comunitarios tal y como se desprende del Reglamento n.º 1612/1968<sup>25</sup>.

Sin embargo, el problema a la hora de concretar qué aspectos de la práctica deportiva pueden ser enjuiciados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estriba en que el propio tribunal ha declarado que la práctica del deporte solo está regulada por el Derecho de la Unión en la medida en que constituya una actividad económica<sup>26</sup>. Ahora bien, no es menos cierto que igualmente ha señalado que cuando una actividad deportiva tiene carácter de actividad por cuenta ajena retribuida o de prestación de servicios retribuida, como es el caso de los deportistas semi-profesionales o profesionales, entra, en particular, en el ámbito de aplicación del artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>27</sup>.

Así las cosas, ante el inicial silencio de los tratados fundacionales de la Unión Europea sobre el papel que debía desempeñar el Tribunal de Justicia dentro del ámbito deportivo, tuvo que ser el propio Tribunal de Justicia el que tomara la iniciativa en la década de los 70, a la hora de perfilar las competencias de este tribunal en materia deportiva<sup>28</sup>. Ello implicaba examinar en qué medida las reglamentaciones deportivas entraban dentro del campo de aplicación del Derecho de la Unión Europea, dónde establecer la frontera entre el deporte como manifestación cultural y social o como realidad netamente económica, y en qué condiciones las normas internas de federaciones deportivas nacionales o internacionales podían ser declaradas incompatibles con el Tratado de la Comunidad Europea. Ante estas interrogantes que complicaban la tarea del tribunal en materia deportiva, hubo una sentencia que inició el camino en la competencia del tribunal para

<sup>25</sup> Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (Diario Oficial n.º L 257 de 19 de octubre de 1968, pág. 2). Modificado por Reglamento (CEE) n.º 312/76 del Consejo, de 9 de febrero de 1976 –Diario Oficial n.º L 039 de 14 de febrero de 1976–, y por Reglamento (CEE) n.º 2434/92 del Consejo, de 27 de julio de 1992, Diario Oficial n.º L 245 de 26 de agosto de 1992.

<sup>26</sup> *Vid.* Sentencia del antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea) de 15 diciembre de 1995 (TJCE\1995\240) en el «Caso Union royale belge des sociétés de football association ASBL y otros contra Marc Bosman».

<sup>27</sup> *Vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de julio de 2006 (TJCE\2006\216), «Caso David Meca Medina y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas»; Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de abril de 2000 (NSJ007805), «Caso Christelle Deliége contra Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL», y Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de abril de 2000 (TJCE\2000\85), «Caso Jyri Lehtonen y otros contra ball ASBL (FRBSB)», entre otras.

<sup>28</sup> Para un análisis de las distintas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con más repercusión en el ámbito deportivo, *vid.* GARCÍA SILVERO, E. A. y SIGNES DE MESA, J. I.: *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el Deporte*, Barcelona: Bosch, 2011.

conocer sobre materias deportivas, lo cual conllevará, como se comprobará, que también pueda conocer sobre conflictos deportivos que impliquen a menores de edad. La aludida resolución judicial es la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de diciembre de 1974, en el Caso B.N.O. Walrave y L.J.N. Koch c. Association Union Cycliste internationale, Koninklijke Nederalandsche Wielren Unie y Federación Española de Ciclismo. En esta controversia judicial, más conocida por el «caso Walrave», se discutía si en un artículo del reglamento de la Unión Ciclista Internacional, según el cual tanto el entrenador como el ciclista de una modalidad particular debían ostentar idéntica nacionalidad, podía ser considerado compatible con el principio de no discriminación de la Unión Europea<sup>29</sup>, así como con las normas sobre libre circulación de servicios y trabajadores<sup>30</sup>. La cuestión era dilucidar si el Tribunal de Justicia podía entrar a conocer sobre reglamentaciones internas de las federaciones deportivas. Ante esta cuestión, el tribunal estableció, por vez primera, uno de los principios más recurrentes en materia deportiva, de modo que en virtud de esta sentencia, la práctica del deporte solo estaba regulada por el Derecho comunitario en la medida en que constituye una actividad económica, encuadrable dentro del concepto del artículo 2 del Tratado de la Comunidad Europea<sup>31</sup>.

Por lo expuesto, queda clara la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia deportiva en la medida en que esta constituya una actividad económica. Sin embargo, y ante lo que parece una clara limitación de la competencia jurisdiccional de este tribunal, habría que ver en qué medida ha podido y puede contribuir a la protección de los menores deportistas. Y una de las vías a través de las que lo ha hecho es en relación con la materia analizada en el apartado anterior, como son los derechos de formación de los clubes en donde militan jóvenes promesas del deporte. En este sentido, surgió un conflicto en Francia donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo ocasión de poner en práctica sus facultades jurisdiccionales a fin de garantizar la protección de un menor del país gallo. Se trata de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de marzo de 2010 (TJCE\2010\75), en el conocido Asunto C-325/08 Olympique Lyonnais SASP c. Olivier Bernard y Newcastle UFC. En este caso, un jugador, Olivier Bernard, formado por el club Olympique en función de un «contrato como jugador promesa», se negó a firmar su contrato de futbolista profesional, al llegar a término su contrato formativo y ser requerido para ello por el club. Asimismo, no cumplió con la prohibición de contratar con otro

<sup>29</sup> Actualmente recogido, en esencia, en el artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>30</sup> Principios recogidos en los artículos 45 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>31</sup> En consecuencia, a raíz de esta sentencia podía inferirse que toda actividad deportiva que conlleve una prestación de un trabajo asalariado o una prestación de servicios remunerador entraría dentro del ámbito de aplicación de las normas sobre libre circulación de trabajadores y servicios y, por tanto, dentro de las competencias jurisdiccionales del tribunal. Por el contrario, cuestiones de materias exclusivamente deportivas, como aquellas que fueron objeto del litigio que trajo causa de esta sentencia, tales como los requisitos a la hora de componer un equipo deportivo o el modo de constituirse los equipos en las selecciones nacionales de las federaciones deportivas, serían ajenas a la actividad económica recogida en los tratados constitutivos de la Unión Europea, siempre y cuando resultaran normas proporcionales a sus fines. Esta argumentación, la cual ha sido reiterada sucesivamente por el Tribunal de Justicia, es lo que se ha venido a conocer como la «excepción deportiva».

equipo en el plazo de tres temporadas, contratando directamente con un equipo inglés de la Premier League (el Newcastle)<sup>32</sup>. Sobre este litigio, debe matizarse que los derechos de formación existentes en Francia no vienen establecidos legalmente como ocurre en España, sino que su regulación viene por la vía de lo que cabría denominar más como una norma de carácter colectivo (es decir, de naturaleza similar a los convenios colectivos españoles) como es la Carta del Fútbol Profesional de la federación francesa, más conocido como «Charte du Football Professionnel»<sup>33</sup>.

Centrando más la controversia, debe apuntarse que la misma giraba en torno a una cuestión prejudicial en la cual se planteaban dos cuestiones principales. La primera, relativa a si era contrario al principio de libre circulación de los trabajadores, establecido en el entonces vigente artículo 39 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, una disposición de Derecho nacional francés, en virtud de la cual un jugador «promesa» que al finalizar su periodo de formación suscribe un contrato como jugador profesional con un club de otro Estado miembro de la Unión Europea se expone a ser condenado a pagar una indemnización por daños y perjuicios. Y la segunda, en referencia a si, en caso de que el tribunal aceptara la conformidad de esta indemnización con el derecho a la libertad de circulación de los trabajadores en territorio comunitario, constituía la necesidad de fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores profesionales un objetivo legítimo o una razón imperiosa de interés general que pudiera suponer una excepción a esta libertad comunitaria, justificando una restricción de la misma en virtud de la indemnización exigida. De este modo, sentadas las bases de la controversia, el Tribunal de Justicia de la Unión

<sup>32</sup> El *iter* procesal de origen en Francia comenzó a partir de una acción de reparación de daños y perjuicios, interpuesta por el club formador, el Olympique Lyonnais. La «Cour d'appel» de Lyon estimó que la obligación de concluir un contrato de jugador profesional con el club en los términos de la Carta de Fútbol Profesional de la federación francesa entraba en contradicción con el principio de libertad de trabajadores del Tratado de la Comunidad Europea. Dicha Sentencia fue objeto de recurso de casación ante la «Cour de cassation», la cual decidió plantear una cuestión prejudicial, que fue el motivo del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

<sup>33</sup> Esta norma convencional francesa se caracteriza por la variedad de figuras contractuales en ella incluidas, cuyo objeto es perseguir la conversión del contrato de formación deportiva en un ulterior contrato de deportista profesional. Tal es así, que se regulan hasta cinco figuras, como son: el contrato de jugador aprendiz (*jeueur apprenti*), el de aspirante (*aspirant*), el de *stagiaire*, el de promesa (*espoir*) y el de élite. A estos efectos, debe destacarse que uno de los contratos previstos en la norma colectiva francesa más controvertidos es aquel que tiene por objeto que los menores de edad transiten de deportista aficionado a profesional, denominado como «contrato de élite». A la vista de este tipo de contrato, un club o sección profesional se compromete a proporcionar a un jugador, y durante un máximo de dos temporadas, una «formación profesional metódica y completa». Así, según el artículo 456.2 de la Charte, al término estipulado en el contrato de élite, el club o sección profesional viene obligado a suscribir con el jugador aficionado un contrato de deportista profesional, con una duración mínima de tres temporadas. Además, los jugadores que se encuentren con un contrato *stagiaeri* o de promesa (*espoir*), en vigor, pueden en cualquier momento de la vida de estos contratos celebrar el «contrato de élite», sin que tengan que haber llegado a término los primeros contratos. Respecto a la duración de este «contrato de élite», abarcará cinco temporadas en caso de que el jugador contratado sea menor de 19 años, de tal modo que las dos primeras temporadas serán en calidad de deportista aficionado (fase formativa), mientras que en las tres últimas, habrá accedido a la condición de deportista profesional. En caso de contratar a jugadores menores de 20 años (mayores de 19), el plazo máximo de duración de este contrato se reduce un año, situándose en cuatro años. Esta reducción se computará respecto de la fase en que se actúe como deportista aficionado, por lo que la misma se limitará a dos años, y el periodo en que el jugador será ya deportista profesional seguirá siendo las tres temporadas siguientes.

Europea dictaminó que la reglamentación francesa constituía un obstáculo a la libre circulación de trabajadores (en este caso, el joven jugador francés), como consecuencia de que originaba el resultado de hacer menos atractivo el ejercicio del derecho a la libre circulación en el mercado interior. De este modo, el Tribunal de Justicia consideró que la indemnización prevista en la Charte francesa repercutía disuadiendo al trabajador de un Estado miembro de abandonar su Estado de origen y ello lo hacía incompatible con el Derecho de la Unión Europea, aun en el supuesto de que su aplicación no tuviera en consideración la nacionalidad del trabajador.

No obstante lo anterior, el Tribunal de Justicia señaló que, a pesar de que en principio este tipo de indemnizaciones atenta con la libertad de circulación de trabajadores del artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, determinados tipos de restricciones de esta libertad podían ser admitidas, en función de alguna de las excepciones previstas en el propio Tratado<sup>34</sup>. En otras palabras, una medida que obstaculiza la libre circulación de los trabajadores solo puede justificarse si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y se justifica por razones de interés general. En este sentido, también se requiere que la aplicación de la medida que restrinja esta libertad comunitaria sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo. Por este razonamiento, y en este caso particular, el tribunal señaló que era legítimo el objetivo de la Charte francesa, de incentivar la incorporación y la formación de nuevos jugadores, pero las medidas accesorias para lograr este fin (como es la indemnización en caso de contratar con otro club diferente al formador) no deben ir más allá de lo necesario.

Por tanto, aunque en el caso concreto el tribunal no consideró desproporcionadas estas indemnizaciones por formación de menores deportistas, sí estableció las bases de los que deben ser los parámetros en orden a dilucidar si existen abusos que puedan contradecir la necesaria protección de los menores de edad deportistas. De este modo, a raíz de la interpretación del tribunal y con el objetivo de garantizar la protección de los menores deportistas debe valorarse si la indemnización a que tendrían que hacer frente los jóvenes futbolistas (ya sean franceses, como ocurre en el caso enjuiciado, ya sean españoles o de otra nacionalidad) resulta proporcional a los gastos invertidos por el club en su formación o si, por el contrario, resulta desproporcionada y en lugar

<sup>34</sup> En este punto, podría rebatirse que en el ámbito aquí analizado, esto es, los problemas de jóvenes jugadores en formación, no existe competencia por parte de los tribunales de la Unión Europea, ya que estamos ante deportistas aficionados, y no profesionales, los cuales no pueden ser considerados trabajadores a efectos del artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, por tanto, estarían desprotegidos, al menos desde el punto de vista de la legislación de la Unión Europea. Esta interpretación, no obstante, podría refutarse argumentando que la competencia podría venir dada por la finalidad de estos contratos formativos, la cual no es otra que encontrar que encontrar promesas del deporte en orden a celebrar un ulterior contrato de deportista profesional. Pero es más, la propia sentencia sobre el caso Bernard, haciéndose eco de la conocida sentencia sobre el caso Bosman (Sentencia del antiguo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 15 diciembre de 1995 (TJCE\1995\240) en el «Caso Union royale belge des sociétés de football association ASBL y otros contra Marc Bosman y otros») consideró que los jugadores de fútbol en formación podían hacer valer sus derechos derivados de los principios de aplicación de los Tratados de la Unión Europea, en iguales términos que un jugador profesional.

de incentivar la formación de jóvenes promesas conlleva una restricción a su libertad de circulación como futuro trabajador del deporte profesional. En esta valoración o ponderación resultará esencial lo que el tribunal denomina como «objetivo legítimo». Personalmente, considero que debe adoptarse una postura estricta a fin de alcanzar la adecuada protección de los menores deportistas y, en consecuencia, creo que debe partirse de la premisa de que difícilmente puede discutirse que la contratación y la formación de jóvenes futbolistas implique un objetivo legítimo, que permita restringir una libertad fundamental del derecho originario de la Unión Europea, como es la libertad de circulación de los trabajadores. No obstante, también estimo que se debe ser consciente de las necesidades del mundo del deporte y de los clubes formadores, resultando cierto que el empleador-formador también debe encontrar un incentivo en orden a desear promover esta formación, pues si dichos empleadores encuentran seguridad en que podrán beneficiarse por un periodo razonable y claramente delimitado de los servicios deportivos de los jóvenes jugadores formados, se generará un incentivo en la formación que al mismo tiempo repercutirá a favor de los propios deportistas. Pero como señaló el Tribunal de Justicia en el referenciado caso Bernard, la indemnización no puede resultar desproporcionada ni ir más allá de lo necesario. Por todo ello, considero que el test último a realizar radica en asegurar que este tipo de medidas redunden en beneficio de los menores, es decir, a favor de las siguientes generaciones de menores deportistas que podrían verse beneficiados por los derechos de formación que obtuvo el club gracias al éxito profesional de una antigua joven promesa que militara en sus filas.

## **5. LA PROTECCIÓN DEL MENOR A NIVEL NACIONAL Y CON BASE EN EL CÓDIGO CIVIL: EL PROBLEMA DE LOS CONTRATOS TIPO CON CLÁUSULAS ABUSIVAS PARA CASO DE INCUMPLIMIENTO. LA SENDA A SEGUIR FIJADA POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE FEBRERO DE 2013**

Hasta este punto, se ha comprobado la protección que se pretende otorgar a los menores de edad deportistas en aspectos tales como las transferencias internacionales o los derechos de formación de los clubes deportivos, todo ello, con base en la normativa internacional, ya sea de calado interno federativo (como es la FIFA) o, incluso, de ámbito europeo, como es la interpretación que ha dado sobre algunas de estas materias el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin embargo, a fin de asegurar la protección contractual del menor puede acudir, igualmente, a la normativa de carácter nacional, especialmente el Código Civil. En este punto, pretendo traer a colación la protección que debe otorgarse a los menores de edad deportistas frente a conductas que pueden considerarse, en muchos casos, abusivas por parte de los clubes en que militan. La práctica consiste en configurar precontratos en virtud de los cuales los menores de edad se obligan a firmar un contrato de deportista profesional (regulado por el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales) al alcanzar la edad necesaria. Sobre este aspecto debe puntualizarse que a efectos de la edad en que un deportista puede ser considerado profesional, el aludido Real Decreto 1006/1985 no establece expresamente el criterio aunque lo fija de modo indirecto, pues su artículo 21 contiene una cláusula de cierre donde

se dispone que en todo lo no regulado por esta norma reglamentaria se acudirá al Estatuto de los Trabajadores. Y como es bien sabido, el artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores<sup>35</sup> estipula *in fine* que existe capacidad para trabajar a partir de los 16 años. En consecuencia, a partir de los 16 años puede estarse ante un deportista profesional si se cumple con el resto de los requisitos establecidos al efecto. En otras palabras, puede haber un deportista profesional que sea menor de edad y, por ello, merecedor de la especial protección que debe darse a este colectivo.

Fijada esta puntualización y volviendo al problema central, el mismo radica en que los clubes deportivos pretenden asegurarse que las jóvenes promesas que pudieran descubrir sigan jugando en sus filas al alcanzar la edad necesaria para poder disputar encuentros a nivel profesional e, igualmente, evitar que los jugadores decidan fichar por otros clubes que les ofrezcan mejores condiciones contractuales (especialmente, las remuneratorias). Por tanto, de cara a alcanzar este fin de cuestionable legitimidad, los clubes deportivos hacen firmar a los padres de los menores, en calidad de representantes legales que son en aquel momento, un precontrato en virtud del cual el menor se obliga a firmar un ulterior contrato una vez alcanzada la edad para poder ser deportista profesional. A mayor abundamiento, si ya esta práctica puede estar limitando el derecho del menor al trabajo en la medida en que le restringe *a priori* su capacidad para elegir un club deportivo si llega a fructificar en el desarrollo de su actividad deportiva, el problema se agrava por otra circunstancia. Dicha circunstancia consiste en que junto a la aludida práctica, en los referidos precontratos se establece, en orden a asegurar el cumplimiento de los mismos, una cláusula penal para caso de incumplimiento, la cual, además, fija cuantías indemnizatorias millonarias.

En esta línea, debe destacarse que lo aquí descrito no es una mera hipótesis sino que ya existen resoluciones judiciales que constatan esta realidad y pretenden establecer las pautas necesarias a fin de garantizar la adecuada protección de estos menores deportistas. Exponente de esta situación es la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013 (JUR\2013\928), donde se enjuició el conocido como «caso Baena», la cual en muchos puntos ha trazado sendas por las que debe discurrir una adecuada protección de los menores en evitación de estas «malas praxis deportivas». Los antecedentes de este caso consisten en que el entonces futbolista de 13 años, el señor Baena, milita en la cantera del F. C. Barcelona, el cual sigue una doble estrategia encaminada a asegurar que la joven promesa que atisba continúe en el club y no pueda fichar por otro club «mejor postor» en el futuro. Dicha estrategia consistió en celebrar un contrato de deportista aficionado o *amateur* y, por otro lado, firmar un precontrato (que es el que trae principal causa de la controversia judicial), donde se estableció el compromiso del futbolista de que, una vez alcanzada la mayoría de edad, se «otorgaría»<sup>36</sup> un contrato de deportista profesional al amparo de

<sup>35</sup> Artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores: «Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años».

<sup>36</sup> El verbo empleado no es casual, ya que como existen importantes distinciones entre si entendemos que simplemente se formalizaría el contrato de deportista profesional, o habría que perfeccionar tal contrato. La cuestión no es baladí, ya que en caso de apreciar que simplemente habría que formalizar el contrato, pues en el precontrato se reunían todos los requisitos formales del artículo 6 del Real Decreto 1006/1985, podría argumentarse que se está ante la celebración de un contrato de trabajo cuya prestación se dilata en el tiempo. Y debido a que los menores de 16 años no

los requisitos del Real Decreto 1006/1985. Sendos contratos fueron celebrados por sus padres como representantes legales del menor y, además, en ambos contratos se incluían cláusulas penales liquidatorias para el caso de incumplimiento, de tal manera que en el contrato de deportista aficionado la cuantía indemnizatoria se cifraba en 30.000 euros, mientras que en el precontrato la cifra ascendía a la enorme cantidad de 3.489.000 euros.

Así las cosas, lo importante de la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013 radica en que el precontrato que celebraron los padres del señor Baena en su nombre y representación cuando este tenía 13 años de edad es declarado nulo por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo. Las razones aducidas se sustentan fundamentalmente en la vulneración de preceptos del Código Civil así como con referencias a vulneraciones de la legislación laboral<sup>37</sup>. De tal modo, el Tribunal declaró la nulidad del precontrato, tanto por la vulneración del concepto de orden público en materia laboral y del principio de libertad de contratación<sup>38</sup>, como por el quebranto de normas civiles. En este sentido, se declaró que el poder de representación de que disponen los padres de un menor de edad en función del artículo 162.1 del Código Civil no podía abarcar la firma del precontrato, en cuanto que hubo una extralimitación en aquella representación de su hijo que afectaba contra el desarrollo de la libre personalidad del menor. A esta interpretación se une una aplicación por analogía del artículo 166 del Código Civil en referencia a las limitaciones impuestas a los progenitores a efectos de renunciaciones de derechos, gravar bienes inmuebles, repudiar herencias, etc. En consecuencia, se indica que por aplicación analógica de este artículo, los padres del señor Baena deberían haber recabado en su momento autorización judicial a fin de perfeccionar un precontrato donde se incluía una cláusula penal por indemnización por incumplimiento cuya cuantía afectaba a toda la futura vida profesional del menor.

Por otro lado, la valoración de preceptos laborales en el caso Baena obedecía al hecho de que podría plantearse que el precontrato celebrado no tuviera en realidad esta naturaleza jurídica sino que se tratara de un acto de simulación, encubriendo de este modo un verdadero contrato de trabajo celebrado con un menor de 16 años. Y, precisamente, la necesidad de simulación se daría porque los menores de 16 años están afectados por una incapacidad legal para celebrar contrato de trabajo en virtud del antes mencionado artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores. Por ello, podría entenderse que el precontrato encubría un contrato de trabajo de deportista profesional cuyo

---

reúnen capacidad para trabajar, por mucho que actúen a través de sus representantes legales, habría que concluir que el pretendido precontrato encubría todo un contrato de trabajo que habría de ser declarado nulo.

<sup>37</sup> Al margen de las controversias sobre derecho sustantivo que se analizan en el presente estudio surgirían otras de índole procesal, como la jurisdicción competente. En este punto surgiría la duda de si resulta competente el orden civil o el orden social debido, entre otras cuestiones, a las implicaciones que se verá tiene la consideración de celebrar un contrato de trabajo *in fieri*. Sobre este problema, *vid.* LLORENTE ÁLVAREZ A.: «¿Cabe un precontrato de trabajo con un deportista aficionado menor de edad? Jurisdicción competente e indemnización», *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 31/2011.

<sup>38</sup> Como se analizará, considero que en estos casos no solo se contraviene el principio de libertad de contratación en materia laboral, sino también el más genérico en su aplicación principio de libertad de contratación civil estipulado en el artículo 1.255 del Código Civil. Sobre la libertad de contratación del trabajador, *vid.* DE VAL TENA, A.: «Límites legales y convencionales a la libertad de contratación del trabajador», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, núm. 18, 1995.

inicio de las prestaciones se difería hasta el momento de alcanzar la mayoría de edad, momento en el cual habría de formalizarse el contrato de trabajo. Sin embargo, su perfeccionamiento se habría producido en el momento en que el futbolista era menor de 16 años, por lo que, en consecuencia, procedería declarar su nulidad al amparo del artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores<sup>39</sup>.

Por todo ello, el club deportivo, lo que habría pretendido era celebrar un contrato de trabajo de deportista profesional *in fieri*, cuyas prestaciones laborales se inician en un momento posterior a su celebración<sup>40</sup>. Sin embargo, dado que esta estrategia negocial no es válida en el caso de menores de 16 años, pues según el antes aludido artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores, aquellos menores que no alcanzan esta edad no disponen de capacidad para trabajar, el club deportivo habría encubierto este verdadero contrato de trabajo a través de la simulación de un precontrato. Precontrato que, a mayor abundamiento y a efectos de considerar que encubría una verdadera relación laboral especial de deportista profesional, reuniría todos los extremos necesarios que en virtud del artículo 3.2 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, se exigen para la celebración de un contrato de deportista profesional<sup>41</sup>. De tal modo que, si concluyésemos en el encubrimiento de un verdadero contrato de trabajo a través de un precontrato civil, deberíamos determinar que existió un contrato de deportista profesional celebrado en fraude de ley. Y tal y como dispone el artículo 6.4 del Código Civil<sup>42</sup>, el efecto

<sup>39</sup> Estos entramados contractuales reflejan, a su vez, la dificultad y la importancia en la diferenciación entre deportista aficionado y deportista profesional, materia en la que por razones de extensión no es posible abordar. No obstante, para un estudio de la materia, *vid.* FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «La delimitación entre deportista aficionado y profesional. Importancia sustancial y procesal de la calificación. Incumplimiento de precontrato y aplicabilidad de su cláusula penal», *Revista Poder Judicial*. Consejo General de Poder Judicial, núm. 25, 1992.

<sup>40</sup> Por tanto, estas actuaciones revelarían que el club estaba realizando actos de preparación de un contrato de trabajo. Sobre la preparación del contrato de trabajo, *vid.* SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La preparación del contrato de trabajo», *Derecho Laboral*, núm. 34, 1991, pág. 56 y ss. Igualmente, sobre el llamado contrato de trabajo *in fieri* debe matizarse que el hecho de que la relación no haya comenzado a desarrollarse es intrascendente, puesto que el contrato de trabajo se perfecciona por la concurrencia de voluntades y no por la entrega, como ha tenido ocasión de recordar tantas veces el Tribunal Supremo; entre sus sentencias más recientes, la de 30 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2532) expresamente admite que pueda existir el «incumplimiento de un contrato de trabajo cuya prestación de servicios no se ha hecho efectiva en ningún momento ni ha llegado a tener virtualidad, distinguiéndolo del incumplimiento de "un precontrato, de una promesa de contrato o de pactos previos con análoga finalidad"». Otras resoluciones en este mismo sentido, en ALFONSO MELLADO, C. L.: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, pág. 53 y ss. Por tanto, no es lo mismo el perfeccionamiento del contrato de trabajo que su consumación (al respecto, *cfr.* Sentencia del extinto Tribunal Central de Trabajo de 15 de septiembre de 1987 (RTCT 1987, 19119).

<sup>41</sup> El artículo 3.2 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, exige como requisitos mínimos a incluir en el contrato para entenderlo perfeccionado los siguientes: la identificación de las partes, el objeto del contrato, la retribución acordada, con expresión de los distintos conceptos, y en su caso de las correspondientes cláusulas de revisión y de los días, plazos y lugar en que dichas cantidades deben ser pagadas, y la duración del contrato.

<sup>42</sup> Artículo 6.4 del Código Civil: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

sería la aplicación de la norma defraudada<sup>43</sup>, esto es, el Real Decreto 1006/1985 y el Estatuto de los Trabajadores (en cuanto a la prohibición de trabajo de menores de 16 años).

Así las cosas, puede atisbarse que con base en la sentencia del denominado caso Baena pueden extraerse una serie de criterios rectores con los que apuntalar la adecuada protección de los menores de edad deportistas en sus relaciones contractuales con los clubes deportivos. Criterios rectores que, además, se sustentan en la normativa nacional, no requieren acudir a regulaciones internacionales (de carácter federativo, de la Unión Europea, etc.) y pivotan en torno a la legislación laboral y, especialmente, a la legislación civil.

No obstante lo anterior, la aludida Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013 no agota las vías a través de las cuales puede otorgarse una protección a los menores deportistas con base en la legislación nacional. De tal modo, y dentro de la legislación civil existirían otra serie de preceptos que permitirían asegurar la protección de los menores en este tipo de relaciones contractuales con sus clubes, lo cuales pretenden insertar cláusulas en los contratos a celebrar que solo persiguen satisfacer sus intereses.

De este modo, con la finalidad de combatir las cláusulas penales de cuantías millonarias para el caso de incumplimiento que se establecen en estos contratos que pretenden asegurar que el menor continúe en las filas de su club de origen cabe acudir, sin duda, al Código Civil. En primer lugar, existe la posibilidad de considerar las mismas como abusivas al amparo del artículo 7.2 del Código Civil que estipula: «La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo» y, en consecuencia, poder proceder a declarar su nulidad. Es más, considero que esta opción no alcanzaría únicamente a la declaración de abusividad de las cláusulas penales para caso de incumplimiento sino al contrato en su integridad, dado que con estas prácticas se está limitando tanto el derecho a la libre elección de profesión y promoción profesional, garantizado por el artículo 35.1 de la Constitución, como la futura libertad de contratación del menor en contravención del principio donde se consagra esta libertad en virtud del conocido artículo 1.255 del Código Civil. Este tipo de razonamiento es seguido por la doctrina donde, por ejemplo, SAGARDOY BENGOCHEA y GUERRERO OSTOLOZA<sup>44</sup> señalan que «gran parte de estas cláusulas, por

<sup>43</sup> En este caso normas, ya que no se defrauda solo una.

<sup>44</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. y GUERRERO OSTOLOZA, J. M.: *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Madrid: Civitas, 1991, págs. 107 y 108. Similar línea sigue en atención también a la ilegalidad de otro tipo de cláusulas penales liquidatorias previstas expresamente en el ordenamiento jurídico, como son las mal llamadas cláusulas de rescisión de los contratos de deportistas profesionales, SARRIÓN FERNÁNDEZ, quien afirma que la norma contenida en los artículos 13 i) y 16 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, las cuales permiten al deportista desligarse unilateralmente de su obligación y con ello incumplir el contenido del contrato, son completamente ineficaces por vulnerar el ordenamiento jurídico, no teniendo, tal vez, su implantación otra justificación que el olvido por parte de su redactor de la existencia de normas imperativas de carácter general que impiden que aquella pueda surtir efectos y, por lo tanto, como norma de rango inferior al Código Civil. SARRIÓN FERNÁNDEZ, M.: «Extinción del contrato regulado en el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por voluntad unilateral del deportista profesional», *Relaciones Laborales*, núm. 14, julio 1999, pág. 99 y ss.

los importes excesivamente elevados que en la práctica se establecen en las mismas, es posible plantear si pueden ser constitutivas de abuso de derecho por parte del club», continuando con el argumento de que «es probable que en el futuro pueda plantearse esta cuestión ante la jurisdicción laboral, debiendo decidir si por razón de su cuantía desproporcionada a las circunstancias de cada caso concreto las indemnizaciones pactadas en contrato constituyen o no abuso de derecho por parte del club con el que concertó sus servicios el deportista».

En segundo lugar, existiría otra opción que conlleva unos efectos menos extremos como es la nulidad pero que seguiría permitiendo la protección del menor. Dicha opción consiste en la posibilidad de moderación de las cuantías indemnizatorias estipuladas a través de cláusulas penales en este tipo de contratos, acudiendo al artículo 1.154 del Código Civil donde se previene que «el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Ahora bien, esta opción no es de las más garantistas en la protección de los menores dado que, por ejemplo, en relación con el caso Baena la misma no sería de aplicación por cuanto el menor de edad, bajo la literalidad del precontrato, habría incumplido el mismo pues en el momento en que había debido firmar un contrato de deportista profesional con su club de origen decidió fichar por un club distinto. Por ello, personalmente considero que haciendo una interpretación *stricto sensu* del citado artículo de nuestro Código Civil, habría que concluir en que no es viable una moderación de la pena en el caso Baena, debido a que el mencionado artículo 1.154 indica la procedencia de la moderación solo en caso de que la obligación haya sido objeto de cumplimiento parcial o irregular por el deudor, lo cual no ocurrió. En otras palabras, esta última opción de moderación de la pena con base en el artículo 1.154 del Código Civil, aunque puede ser un último recurso, otorga una protección al menor que podría denominarse «de segundo nivel». Ello es consecuencia de que, en todo caso, se está aceptando que existe un incumplimiento contractual, si bien sus consecuencias negativas para el menor, especialmente la cuantía indemnizatoria a hacer frente en virtud del incumplimiento y la cláusula penal prevista al efecto (cuyas cifras suelen ser millonarias a fin de imposibilitar la libre contratación del menor), pueden ser atemperadas con base en el artículo 1.154 del Código Civil y en atención al mayor o menor grado de cumplimiento del menor de sus obligaciones contractuales.

Por otro lado, y en orden a garantizar la protección del menor en sus relaciones contractuales, no puede dejar de plantearse otro punto de vista como es el considerar las referidas prácticas de los clubes al estilo de una especie de «reminiscencia» del derogado derecho de retención que ostentaban los clubes deportivos<sup>45</sup>, el cual puede resumirse como un mecanismo que consistía

<sup>45</sup> Sin poder entrar en más detalles por motivos de extensión, hacer mención que la desaparición del llamado derecho de retención, en el mundo del fútbol, se produjo con anterioridad a la aprobación de la norma estatal, pues tal circunstancias se originó por acuerdo de los clubes de fútbol y la Asociación de Futbolistas Españoles (en adelante, AFE), en el ámbito de la negociación propiciada por la huelga de futbolistas de 1979, hecho que, al mismo tiempo, sensibilizó al legislador de tal manera que la Ley 8/1980, de 10 marzo, que aprueba el Estatuto de los Trabajadores, incorporó en el listado de relaciones laborales de carácter especial «la de los deportistas profesionales» (art. 2.1 d). Más

en impedir al deportista contratar con otro empresario incluso con posterioridad a la finalización de su contrato donde, además, a fin de garantizar su eficacia se prohibía a los jugadores mantener tratos con otros equipos durante la vigencia de su contrato<sup>46</sup>. Reminiscencia que de ser considerada como equivalente al denominado derecho de retención, supondría claramente su ilegalidad al estar derogado, tal y como se acaba de hacer mención.

Por último, cabe matizar que hasta este punto se ha analizado la situación de un menor que esté sujeto bajo la patria potestad de sus progenitores. Pero podría darse el caso de menores emancipados que se vieran ante el tipo de cláusulas contractuales descritas en este apartado y, aunque la situación se complica, considero que no por ello sería óbice para que se vieran desprovistos de toda protección y su situación ya se asemejase a la de un mayor de edad. Al efecto, conviene traer a colación las apreciaciones de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS<sup>47</sup>, quienes expresan que el menor emancipado se encuentra en un estado civil mucho más amplio que el de la minoría de edad porque habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor (de conformidad con el art. 323 del Código Civil). Sin embargo, por otro lado, dicho estado civil es más estrecho que el de la mayoría de edad puesto que, pese a lo antedicho, el menor de edad posee una serie de restricciones a su capacidad de obrar que están en función de la causa de emancipación<sup>48</sup>. Así, la clave en los menores emancipados consiste en la extensión de su capacidad de obrar y en sí a fin la perfección de un contrato necesitarían también de la asistencia de sus progenitores, pues, para el caso de exigir este requisito, resulta claro que los clubes no podrían salvar los efectos asentados por la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013 sobre el caso Baena,

---

tarde y como consecuencia del desarrollo reglamentario del Estatuto se produce la primera regulación de la relación laboral de los deportistas profesionales que se hace en España, en 1981, a través del Real Decreto 318/1981, de 5 de febrero (antecedente del actual Real Decreto 1006/1985), por el que se dictan normas reguladoras de la relación laboral especial de los deportistas profesionales, cuyo contenido va a estar decisivamente condicionado por los acuerdos AFE-clubes. Posteriormente, la modificación parcial del Estatuto de los Trabajadores, a través de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, emplazaba al Gobierno para que en un plazo de 12 meses se regularan las relaciones laborales de carácter especial, aprobándose, finalmente, el vigente Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, que regula la relación laboral del deportista profesional, derogando y sustituyendo al anterior de 1981. Al no existir ya en ese momento el derecho de retención, ni siquiera en el supuesto de que el deportista decidiera marcharse antes del tiempo convenido, la norma de 1981 preveía la situación de extinción del contrato por voluntad del deportista, otorgando al club el derecho «a la devolución del importe de la ficha que se le abonó, más una indemnización». Esto es el antecedente de las comúnmente mal denominadas como «cláusulas de rescisión» de deportistas profesionales, las cuales surgieron con el actual Real Decreto 1006/1985, cuando en su artículo 16.1, al referirse a la extinción del contrato por voluntad del deportista profesional, sin causa imputable al club, establece que el club de origen tiene únicamente el derecho «a una indemnización que en ausencia de pacto al respecto fijará la jurisdicción laboral», desapareciendo así la obligación del deportista de restituir el importe de la ficha cobrada.

<sup>46</sup> Para un análisis con más detalle de la mecánica del derogado derecho de retención *vid.* CABRERA BAZÁN, J.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1961, pág. 167 y ss.

<sup>47</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistemas de derecho civil I*, Madrid: Tecnos, 1998, pág. 283.

<sup>48</sup> Sobre las diferencias entre el estado civil de mayoría de edad y de menor emancipado, *vid.* PUIG FERRIOL, L.: «De la mayor edad y de la emancipación», *Comentarios al Código Civil*, tomo I, Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993.

dado que los contratos resultarían anulables<sup>49</sup> a instancias del menor al alcanzar esta la mayoría de edad. De este modo, encontramos posturas favorables a una interpretación amplia de la capacidad del menor emancipado, como, por ejemplo, la de la Dirección General de Registros y del Notariado, órgano que a través de sus resoluciones ha demostrado una tendencia a reconocer la capacidad de los menores emancipados. La resolución de 15 de marzo de 1902 expresa en este sentido y como principio general que, «dado el carácter restrictivo de las disposiciones contenidas en los artículos 317 (cuya redacción es similar a la actual del art. 323 del Código Civil) y 324 del Código, no deben interpretarse extensivamente, pues de prevalecer el criterio contrario quedarían sumamente mermadas y frecuentemente ilusorias las ventajas de la emancipación». Esta resolución es digna de resaltar porque a pesar de su antigüedad resulta contundente al señalar que si se entienden los límites de la emancipación de un modo amplio, esta quedaría sin contenido. En mi opinión, los límites impuestos sobre la emancipación tienen como finalidad proteger los bienes del menor emancipado y aplicándolo al mundo del deporte se debería permitir al menor emancipado celebrar contratos de deportista profesional, pero no debe ser admitida la inclusión de cláusulas penales millonarias cuyo fin no es solo reparar el daño de un posible incumplimiento contractual sino que adquieren una verdadera función punitiva, conllevando un enriquecimiento injusto del club e impidiendo la libertad de contratación del menor emancipado.

Y como refuerzo final de la figura del menor emancipado estimo que, en todo caso, habrá de tener presentes los principios rectores de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, los cuales creo que mantienen su vigencia a pesar de que este menor adquiera una mayor capacidad de obrar. No obstante, existen autores que no siguen esta postura indicando que esta ley orgánica no es aplicable y que, en consecuencia, el principio de superior interés del menor que se recoge en su artículo 1 no se aplica cuando estamos ante un menor emancipado. Tal es el caso de GULLÓN BALLESTEROS<sup>50</sup>, quien afirma, en atención al ámbito de aplicación de esta ley orgánica, que «el menor emancipado y el habilitado de edad está fuera de su ámbito de aplicación, ya que se extingue la patria potestad o tutela para regir su persona y bienes como si fuera mayor (arts. 321 y 323 del Código Civil). Las limitaciones legales se refieren a aspectos patrimoniales (art. 323 del Código Civil). En otras palabras, alcanzar la mayoría de edad debe equivaler a esa autonomía del menor, y en consecuencia comprenderá al mayor de dieciséis años que con consentimiento de sus padres viviere independientemente de estos (art. 319 del Código Civil)»<sup>51</sup>. A pesar de esta postura contraria, considero que la Ley Orgánica

<sup>49</sup> Personalmente, considero que se trataría de un supuesto de anulabilidad y no de nulidad, pues la misma solo podría ser alegada por los progenitores o el tutor del menor, o por el propio menor al alcanzar la mayoría de edad y en el plazo de cuatro años que concede el Código Civil (art. 1.301); pero nunca podría alegarla el club deportivo, para el caso de que le beneficiara dicha nulidad, en virtud del artículo 1.302 del Código Civil, el cual indica que «las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron».

<sup>50</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor», *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, La Ley, núm. 1, 1996, pág. 1.691.

<sup>51</sup> En mi opinión, la ley orgánica lo que hizo es dar una nueva redacción al artículo 323 del Código Civil, aunque simplemente sustituyendo un pequeño matiz, que no desvirtuaría la interpretación que sostengo. Este artículo 323 ha tenido

1/1996 es plenamente aplicable al menor emancipado, pues de una primera interpretación de los principios de la ley orgánica de su artículo 1 así como de la filosofía de la misma, la cual es en última instancia la primacía de la protección del menor, deberíamos concluir que los menores emancipados sí se encuentran protegidos bajo esta norma, siempre que su capacidad ampliada derivada del artículo 323 del Código Civil no les coloque en un ámbito de la mayoría de edad<sup>52</sup>.

En definitiva, no puedo terminar este apartado sin manifestar que, en el fondo, lo que he denominado como «malas praxis deportivas» no entrañan otra cosa más que una realidad donde la cantera de un club deportivo no da prioridad a inculcar los valores positivos del deporte sino que se configura como un mero activo patrimonial, debido a que se intenta asegurar por todos los medios que los menores y futuras promesas del deporte militen en el club que les formó al alcanzar la edad para poder ser profesionales.

## 6. CONCLUSIONES

1. El «sistema de transferencia internacional de menores» basado en el artículo 19 del RETJ de la FIFA, si bien puede aceptarse que nació con una vocación loable como es evitar el «mercado» de jóvenes promesas en el mundo del fútbol, se ha revelado

---

varias redacciones, siendo su antecedente más inmediato el anterior 317 del Código Civil, donde se establecía que «la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento de su padre; en defecto de este, sin el de su madre, y por falta de ambos, sin el de un tutor. Tampoco podrá compadecer en juicio sin la asistencia de dichas personas». A raíz de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en donde el actual artículo 323 del Código adquiere una redacción bastante similar a la actual estableciendo que «la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad, no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles, industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres, y por falta de ambos, sin la de su tutor. El menor emancipado podrá por sí solo compadecer en juicio. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad». Y llegando a la última modificación, el párrafo segundo la disposición adicional decimooctava de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, introdujo la sustitución de la palabra «tutor» por «curador», quedando así finalmente redactado el artículo en su sentido actual. Por ello, desde mi punto de vista, aunque el curador viene a complementar la capacidad de obrar de un modo menos intenso que la del tutor, sí comparte con este una finalidad: la protección del patrimonio del sometido a tutela o curatela. Y así, en atención de la perfección, por parte del menor emancipado, de contratos con cláusulas penales cuyas elevadas cuantías para el caso de incumplimiento contractual pudieran afectar a su patrimonio, entiendo que seguirá siendo necesario el consentimiento de la persona que debe complementar su capacidad en aquellos negocios jurídicos encuadrables dentro del artículo 323 del Código Civil.

<sup>52</sup> Favorables a esta interpretación se han posicionado GARCÍA MAS, C.: «El panorama general de la Ley 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor», *Actualidad Civil*, núm. 34, 1997, marg. 809; y ALONSO PÉREZ, M.: «La situación jurídica del menor en la LO 1/1996, de 15 de enero», *Actualidad Civil*, núm. 2, 1997, marg. 39, quien expresamente señala que «las ventajas o beneficios que esta ley dispensa a los menores de edad se extiende a los emancipados en la medida en que su capacidad ampliada *ex* artículo 323 CC no les coloque en el ámbito de la mayoría de edad, *v. gr.*, a ellos no les afectan las limitaciones que tienen los menores en general para otorgar capitulaciones matrimoniales o hacer donaciones *propter nuptias* (arts. 1.329 y 1.338 CC), pues el menor emancipado es hábil para contraer matrimonio (art. 46-1.º CC)».

- que puede generar efectos perniciosos. De este modo, las limitaciones que dicho artículo impone a que menores de edad puedan entrar en las filas de clubes extranjeros pueden suponer en la práctica que se trunque su futuro desarrollo deportivo, así como impedir que menores de edad insertos en familias con escasos recursos económicos puedan mejorar su calidad de vida.
2. En conexión con lo anterior, las sanciones impuestas por la FIFA con base en el artículo 19 del RETJ a dos de los mayores clubes del fútbol europeo, como son el Real Madrid C. F. y el F. C. Barcelona, son una demostración que el aludido artículo ha quedado desactualizado y no atiende a las verdaderas necesidades de los menores. Así, los referidos clubes cuentan con una cantera de jóvenes futbolistas donde no solo se les proporciona una formación deportiva sino también social y educativa. De tal modo que, a la hora de permitir la transferencia internacional de menores en el fútbol debe darse prioridad al análisis de las condiciones en que los deportistas se hallarán en sus respectivas canteras. En consecuencia, lo realmente importante a la hora de permitir las transferencias internacionales de menores es que los clubes deportivos ofrezcan no solo una expectativa de triunfo en el fútbol (pues las probabilidades de ello son escasas) sino que se proporcione a los menores dentro de la cantera una formación integral tanto en el ámbito deportivo como, especialmente, educacional.
  3. Los eventuales sistemas de protección de menores que puedan crearse en el ámbito de las federaciones deportivas, como por ejemplo la FIFA, deben ajustarse, en todo caso, a las legislaciones nacionales e internacionales correspondientes. Así, por ejemplo, respecto de España, no puede olvidarse que aunque en virtud artículo 30 de la Ley 10/1990 del Deporte las federaciones deportivas tienen una naturaleza mixta público-privada donde ejercen funciones públicas por delegación, sus normas deben acomodarse a la legislación estatal. En otras palabras, y respecto de la FIFA, si sus normas sobre protección de menores contravienen la legislación española o europea sobre la materia, deben ser consideradas nulas.
  4. Otro modo de combatir la falta de acomodo de las reglas FIFA y su desactualizado sistema de transferencia internacional de menores es considerar que, dado que este órgano es de carácter asociativo y privado, el mismo únicamente podría imponer sanciones a sus clubes asociados, pero los contratos celebrados por los clubes de fútbol con los menores no verían afectados su validez si se ajustan a la legislación estatal. No obstante, el problema radicaría en que si bien *inter partes* el contrato seguiría siendo válido, la FIFA, al margen de las sanciones que hasta la fecha ha impuesto, también podría impedir que desplegara sus efectos dentro de las competiciones por ella organizadas como consecuencia de incumplir sus normas internas.
  5. Los denominados «derechos de formación» de los clubes deben ser tomados con precaución a fin de garantizar la protección del menor deportista. Si bien es legítimo y justo que un club formador vea reconocida y recompensada su labor, las exigencias económicas que puedan hacerse en virtud de estos derechos en ningún caso pueden

limitar la libertad de contratación del menor con un club distinto. Esta situación negativa se producirá si las cuantías resultan excesivas, por lo que habrá que hallar el adecuado equilibrio. Igualmente, de cara a validar los derechos de formación debe asegurarse que los ingresos económicos del club formador redunden en los propios menores. Es decir, debe garantizarse que lo obtenido se destina a la formación de futuros menores que entren a formar parte de la cantera del club.

6. En el ámbito de la Unión Europea deben crearse mayores y mejores instrumentos legales que otorguen expresamente una adecuada protección a los menores deportistas. No obstante, debe valorarse positivamente la función que con base en la legislación actual está haciendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de cara a proteger a los menores deportistas.
7. Respecto de otro de los grandes problemas en la contratación de menores y su protección como son las cláusulas penales indemnizatorias que, en muchas ocasiones, entrañan un fin ilegítimo como es impedir que el menor pueda jugar en otros clubes restringiendo su libertad de contratación, contamos en España con los instrumentos legales necesarios para ello, los cuales se sustentan fundamentalmente en el Código Civil aunque también cabe acudir de forma coadyuvante a la legislación laboral. Sin embargo, *de lege ferenda* debe existir una mayor protección de los menores deportistas que regule expresamente qué tipo de contratos pueden celebrar e impidiendo la inclusión en los mismos de cláusulas indemnizatorias abusivas que condicionen su futura vida profesional.

---

## Bibliografía

- ALFONSO MELLADO, C. L. [1994]: *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ALONSO PÉREZ, M. [1997]: «La situación jurídica del menor en la LO 1/1996, de 15 de enero», *Actualidad Civil*, núm. 2.
- BAINHAM, A. [1998]: *Children: The Modern Law*, Family Law, Bristol.
- CABRERA BAZÁN, J. [1961]: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- DE DIOS CRESPO PÉREZ, J. y FREGA NAVÍA, R. [2010]: *Comentarios al Reglamento FIFA*, Madrid: Dykinson.
- DE VAL TENA, A. [1995]: «Límites legales y convencionales a la libertad de contratación del trabajador», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, núm. 18.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. [1998]: *Sistemas de derecho civil I*, Madrid: Tecnos.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. [1992]: «La delimitación entre deportista aficionado y profesional. Importancia sustancial y procesal de la calificación. Incumplimiento de precontrato y aplicabilidad de su cláusula penal», *Revista Poder Judicial*. Consejo General de Poder Judicial, núm. 25.

- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A. [2004]: «Derecho a la propia imagen del menor», *Actualidad Civil*, núm. 7.
- GARCÍA CABA, M. [2013]: «Algunas propuestas de perfeccionamiento de los derechos de formación y compensación de los futbolistas menores de edad», *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 41.
- GARCÍA MAS, C. [1997]: «El panorama general de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», *Actualidad Civil*, núm. 34.
- GARCÍA SILVERO, E. A. y SIGNES DE MESA, J. I. [2011]: *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el Deporte*, Barcelona: Bosch.
- GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M. [2008]: *El deportista profesional ante la extinción del contrato de trabajo deportivo*, Madrid: La Ley.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. [1996]: «Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor», *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, La Ley, núm. 1.
- LLORENTE ÁLVAREZ, A. [2011]: «¿Cabe un precontrato de trabajo con un deportista aficionado menor de edad? Jurisdicción competente e indemnización», *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 31.
- PANAGIOTOPOULUS, D. [2004]: «The Greek transfer system for Athletes», *The International Sports Law Journal*, núms. 1-2.
- PUIG FERRIOL, L. [1993]: «De la mayor edad y de la emancipación», en *Comentarios al Código Civil*, tomo I, Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. [2007]: *El interés del menor*, Madrid: Dykinson.
- ROCA TRÍAS, E. [1999]: *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Madrid: Civitas.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. y GUERRERO OSTOLOZA, J. M. [1991]: *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Madrid: Civitas.
- SARRIÓN FERNÁNDEZ, M. [1999]: «Extinción del contrato regulado en el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por voluntad unilateral del deportista profesional», *Relaciones Laborales*, núm. 14, julio.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. [1991]: «La preparación del contrato de trabajo», *Derecho Laboral*, núm. 34.