



UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

LOS DERECHOS “COMUNES” DEL
DEPORTISTA PROFESIONAL

Fulgencio Pagán Martín-Portugués

2015

LOS DERECHOS “COMUNES” DEL DEPORTISTA PROFESIONAL

**Tesis para la colación de grado de
Doctor presentada por el Licenciado
FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-
PORTUGUÉS.**

ÍNDICE

I. Introducción.....	15
1. Cuestiones metodológicas.....	15
A) Objeto formal de la investigación	15
B) Objeto material de la investigación	16
C) Estructura de la obra.....	17
2. Antecedentes: exclusión y admisión de la laboralidad	18
A) Las normas excluyentes del deportista como trabajador.....	18
a. Panorama normativo	19
b. Reacción doctrinal	21
c. Posición judicial primera	22
B) Sentencias favorables a la laboralización	22
C) La Ley de Relaciones Laborales	24
D) La Constitución de 1978 y su desarrollo.....	24
E) El Estatuto de los Trabajadores	26
F) El Real Decreto 318/1981, de 5 de febrero.....	26
3. El Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio	27
II. Configuración y modalidades del contrato de deporte profesional	31
1. Los confines del contrato de trabajo deportivo	31
A) Elementos esenciales.....	32
a. El consentimiento	32
b. El objeto.....	32
c. La causa	33
B) Finalidad de la norma delimitadora.....	34
C) Términos de la regulación	35
D) Caracterización descriptiva	37
a. La denominación del contrato y su voluntariedad	37
1º Deporte aficionado	37
2º Calificación federativa	37
3º Calificación de las partes.....	38
4º Voluntariedad	38
b. La dependencia	39
1º Identificación.....	39
2º Exclusiones e inclusiones	40
3º Regularidad	41
c. La retribución.....	41
1º Compensación de gastos	41
2º El deporte como medio de vida.....	42

3° Amateurismo compensado y retribuciones en la doctrina judicial	45
4° Criterio del Tribunal Supremo	46
5° Valoraciones y consecuencias	48
E) Supuestos cruciales expansivos	49
a. Del jugador a los “técnicos”	49
b. Seleccionadores Nacionales	51
c. Integrantes de “Secretaría técnica”	52
d. El caso de los árbitros y jueces deportivos	52
F) La forma del contrato	58
2. Duración del contrato de trabajo	59
A) Regulación	59
B) La temporalidad	60
C) Modalidades	61
D) Las prórrogas	62
E) Los “derechos de formación”	64
3. El contrato para la formación	64
A) Régimen legal y convencional	64
B) El debate doctrinal	66
C) Criterio judicial	66
4. Los derechos de formación	70
A) El viejo “derecho de retención”	70
B) Regulación general	71
a. Estatuto de los Trabajadores	71
b. Reglamentos laborales	72
c. Código Civil	72
C) Regulación federativa	73
D) Regulación por convenio colectivo	75
a. Fútbol profesional	75
b. Baloncesto profesional	76
E) Caracterización dogmática	76
a. Consecuencias	77
b. Opciones para el deportista	77
c. Argumentos favorables	78
d. Alternativas	79
F) Tipología judicial	79
a. El caso de Raúl Baena	80
b. El caso de Iván Zubiaurre	84
G) Perspectiva internacional	86
a. El caso Bosman	87

b. El reglamento FIFA de 2010	88
c. El caso Olivier Bernard.....	89
H) Reflexiones conclusivas	90
5. El contrato de trabajo a tiempo parcial	92
A) Planteamiento.....	92
B) Fijos discontinuos.....	94
C) Viabilidad del trabajo a tiempo parcial en el deporte profesional.....	94
a. Criterio judicial inicial	95
b. Admisión de la hipótesis.....	95
c. El criterio unificado del Tribunal Supremo	96
D) Referencia el régimen jurídico	96
E) Tipología judicial.....	97
F) Valoraciones prácticas	98
6. El contrato sujeto a prueba.....	100
A) Regulación heterónoma.....	100
B) Regulación convencional	100
a. Tipología.....	100
b. Valoraciones	102
C) Limitaciones	103
D) Cuestionamiento doctrinal	105
E) Jurisprudencia.....	106
III. Derechos de los trabajadores	109
1. Derechos básicos.....	110
A) Trabajo y libre elección de profesión u oficio.	110
a. Derecho al trabajo.....	111
b. Derecho al pleno empleo	112
c. Libertad de trabajar y elegir oficio.....	113
d. Promoción profesional.....	114
e. Especialidades deportivas	115
B) Libre sindicación	115
C) Negociación colectiva	116
D) Adopción de medidas de conflicto colectivo	116
E) Huelga.....	116
F) Reunión.....	117
G) Información, consulta y participación en la empresa.....	117
2. Derechos en la relación de trabajo	117
A) Ocupación efectiva.....	117
a. Regulación general.....	118
b. Regulación específica	118

c. Las licencias y la ocupación efectiva	119
d. Apartamiento de la preparación común.....	120
e. Daños y perjuicios por falta de licencia.....	121
B) Promoción y formación.....	122
C) No discriminación	122
a. Regulación general	122
b. Convicciones o prácticas religiosas	124
c. Género	124
D) Integridad física	129
E) Intimidad	129
a. Protección general de la dignidad e intimidad.....	129
b. Los controles en materia de dopaje	130
c. Intimidad, localización y controles.....	131
d. El caso de los ciclistas	132
e. Consideraciones valorativas	133
F) Cobro puntual	133
G) Tutela judicial	134
H) Otros.....	135
3. El peculiar derecho de libertad de expresión	135
A) Regulación	135
B) Limitaciones específicas	135
C) El caso de la STC 6/1995	138
4. El derecho de imagen y su remuneración	140
A) Dimensión patrimonial de la imagen	141
B) Imagen y derecho a la intimidad	141
C) La doctrina constitucional genérica	142
D) Casuismo: usos y convenciones.....	143
E) Imagen en el ámbito deportivo o fuera del mismo	144
F) Regulación mediante convenio colectivo	145
G) Carácter salarial	145
5. Ordenación del tiempo de trabajo	146
A) Jornada	146
a. Jornada máxima	146
b. Jornada irregular.....	147
c. Limitaciones diarias.....	148
d. Calendario	149
e. Derechos de conciliación.....	149
f. Especialidades y remisiones.....	150
g. Tipología convencional	151

B) Horas extraordinarias	154
a. Delimitación.....	155
b. Retribución	155
c. Límites y control	156
d. Horas por emergencias	157
e. Voluntariedad.....	157
C) Nocturnidad y turnicidad.....	158
a. Trabajo y trabajador nocturno.....	158
b. Trabajo a turnos	160
D) Descansos	161
a. Descanso semanal	161
1º Régimen común.....	161
2º Régimen especial.....	161
3º Tipología convencional	162
b. Festividades	163
1º Régimen común.....	163
2º Especialidades	164
3º Tipología convencional	165
E) Permisos y reducciones de jornada.....	166
a. Permisos: cuestiones generales	166
b. Permisos: supuestos legales	167
c. Reducción de jornada por razones familiares	170
d. Víctimas de violencia	171
F) Vacaciones	172
a. Retribución.....	172
b. Duración	172
c. Fijación	173
d. Disfrute específico	173
e. Régimen especial y convencional	174
6. Retribución.....	175
A) Salarios y garantías salariales.....	176
B) Concepto y estructura.....	176
C) Salario en especie	177
D) Prestaciones extrasalariales	178
E) Estructura.....	179
a. Salario base y complementos.....	179
b. Comisiones	180
c. Pagas extras.....	181
F) Compensación y absorción	182

G) Salario Mínimo Interprofesional.....	183
a. Regulación.....	183
b. Cuantía específica.....	184
H) Garantías de cobro	185
a. Inembargabilidad	185
b. Privilegios.....	186
c. Aseguramiento (el FOGASA)	186
d. Garantías especiales en el ámbito deportivo	187
1° Fútbol	187
2° Balonmano	189
3° Baloncesto	190
4° Ciclismo	190
I) No discriminación	190
J) Liquidación y pago.....	191
a. Periodicidad	191
b. Lugar y documentación	192
c. Instrumento de pago	193
d. Mora en el pago	193
e. Previsiones convencionales	194
K) Tipología convencional sobre estructura y clases.....	195
a. Fútbol profesional.....	195
b. Baloncesto Profesional	196
c. Baloncesto femenino	197
d. Balonmano profesional.....	198
e. Fútbol Sala.....	198
f. Ciclismo Profesional	199
g. Valoración	200
IV. Deberes de los trabajadores	203
1. Trabajo y puesta a disposición.....	203
A) Contenido de la prestación laboral.....	204
B) La clasificación profesional	205
a. Sistema de clasificación por grupos	205
b. Asignación al trabajador: grupo profesional preponderante	206
c. Movilidad: omisión de categorías equivalentes.....	207
d. Plazo de adaptación	207
e. Ascensos	207
C) Particularidades de la clasificación deportiva	208
a. Difícil juego supletorio del ET	208
b. Categorías peculiares.....	209

D) Obligaciones aparentemente extralaborales	210
2. Diligencia	210
A) Regulación general	210
B) Regulación específica	211
a. La norma especial	211
b. Los convenios colectivos	212
c. Concordancia de bloques normativos	212
C) Consecuencias del incumplimiento	213
3. Buena fe	213
A) Significado general	213
B) Deber de sigilo	214
C) Prohibición de ingresos atípicos	214
D) Prohibición legal de concurrencia	214
E) Respeto a compromisos publicitarios	215
4. Obediencia	217
a. Contenido y límites	218
b. Supuestos de desobediencia legítima	218
5. Seguridad en el trabajo	220
A) Regulación general	220
B) Conductas en materia de dopaje	221
C) Las lesiones como lance deportivo	222
a. Planteamiento	222
b. Breve tipología judicial	223
6. Mejora de la productividad y colaboración en el trabajo	224
V. Dinámica de la relación laboral	227
1. Novaciones modificativas	227
A) Movilidad geográfica	227
a. Causas	227
b. Desaparición de la intervención administrativa	227
c. Prioridades de permanencia	227
d. Garantías individuales	228
e. Impugnación	228
B) Modificaciones sustanciales	228
a. Concepto	228
b. Garantías individuales	229
C) Cesión del deportista	229
a. La genérica prohibición de la cesión de trabajadores	230
b. Delimitación del supuesto	233
c. Fundamento de la tolerancia normativa	234

d. Elementos esenciales de las cesiones	237
1° Consentimiento tripartito y sujetos activos	237
2° Entramado relacional	239
3° Función socioeconómica.....	243
4° La forma del negocio jurídico	244
e. Clases de cesiones temporales	245
1° Cesiones forzosas	245
2° Cesiones onerosas	247
3° Cesiones gratuitas.....	248
4° Cesiones recíprocas.....	249
f. Regulación	250
1° Suspensión temporal	250
2° Efecto subrogatorio	251
3° Pactos adicionales	254
2. Suspensión del contrato de trabajo	254
A) Mutuo acuerdo	256
B) Condición resolutoria.....	257
C) Incapacidad temporal	257
a. Cuestiones comunes	257
b. Previsiones convencionales.....	259
D) Eventos familiares.....	261
a. Maternidad.....	261
1° En general.....	261
2° Especialidades	263
b. Paternidad.....	263
c. Riesgo durante el embarazo.....	264
d. Riesgo durante la lactancia.....	265
e. Consideraciones especiales.....	265
f. Propuestas	268
g. Valoraciones conclusivas	269
E) Prestaciones obligatorias	271
F) Cargo público	271
G) Privación de libertad	272
H) Suspensión de empleo y sueldo	273
I) Fuerza mayor	274
J) Causas objetivas	274
a. Suspensión propia.....	274
b. Reducción de jornada	276
K) Excedencia	276

a. Excedencia forzosa	276
b. Excedencia voluntaria.....	276
c. Excedencia por cuidado de familiar.....	277
L) Derecho de huelga	277
M) Cierre patronal	278
N) Violencia de género.....	278
O) Efectos generales.....	279
3. Extinción del contrato	280
A) Mutuo acuerdo	280
B) Imposibilidad física	282
C) Voluntad del Club	283
D) Despido del deportista.....	283
E) Voluntad del deportista.....	283
a. Dimisión.....	283
1º Regulación.....	283
2º Cláusulas de rescisión: identificación	284
3º Compatibilidad de la indemnización y el derecho a libre elección de profesión.....	285
4º El caso Téllez	286
5º El caso Zubiaurre.....	287
6º El caso Gamboa.....	294
7º Pautas doctrinales	294
b. Extinción causal.....	296
1º Régimen general.....	296
2º Irregularidades retributivas.....	297
3º Cláusula abierta	298
4º Conexión con la ocupación efectiva.....	298
5º El Caso Albelda.....	300
6º La realidad más frecuente.....	302
7º El Tribunal Supremo	303
VI. Aspectos colectivos	305
1. Medidas conflictivas	305
A) Introducción	305
B) La huelga	307
a. Regulación general y específica.....	308
b. Las primeras huelgas del fútbol	309
c. Consideraciones valorativas.....	310
C) Las medidas de conflicto colectivo	311
2. El derecho de reunión.....	313

3. La participación en la empresa	313
4. Libertad sindical	314
A) Aplicabilidad.....	314
B) Sobre la mayor representatividad.....	319
C) Tres casos llamativos	320
D) Representación institucional	321
E) Valoraciones críticas	322
5. La negociación colectiva	323
A) Condicionantes y restricciones	323
a. Competencias de las Ligas Profesionales	323
b. Convenios entre Federación y Liga.....	324
c. Reglas supletorias	324
d. El CSD y los Comités de árbitros.....	325
e. Competencias de la federación	326
f. Valoración.....	326
B) Convenios estatutarios y extraestatutarios	326
VII. Conclusiones.....	329
VIII. Bibliografía	335

I. INTRODUCCIÓN

Aunque esta investigación ha venido presidida por una finalidad práctica, resulta imprescindible realizar unas breves observaciones metodológicas acerca de cómo se ha desarrollado y estructurado.

Asimismo, aunque se ha optado por una exposición del ordenamiento español vigente resultaría difícil comprenderlo adecuadamente sin una mínima conexión con los antecedentes inmediatos.

A ambas cuestiones se dedica la Introducción que, al igual que el resto de la exposición, viene presidida por el examen directo de los temas y el recurso necesario a las referencias bibliográficas.

1. Cuestiones metodológicas

A) Objeto formal de la investigación

A estas alturas realizar un trabajo del Real Decreto 1006/1985, regulador de la relación laboral de carácter especial de los deportistas profesionales, ya a los casi treinta años de su entrada en vigor puede parecer una reiteración, o incluso un sin sentido. Sin embargo es una norma que siempre aparece en la primera línea de actualidad, que sigue reinterpretándose y que sigue precisando de continua reinterpretación.

Basta pensar en el tenor de los múltiples pronunciamientos judiciales que la concuerdan con los preceptos del Estatuto de los Trabajadores, lo que vivifica el contenido del Real decreto 1006/1985. Mientras la norma por excelencia del contrato del deportista permanece prácticamente inalterada desde su promulgación, el Derecho común del trabajo, comenzando por el Estatuto de los Trabajadores, resulta modificado una y otra vez a fin de adaptar sus previsiones a la cambiante realidad social y a las tendencias políticas imperantes en cada momento.

La supletoriedad de esa legislación común respecto de la especial, muchas veces postergada en los estudios sobre el particular, se halla en la base de la presente Tesis. Como su rúbrica indica, se desea ahora poner especial énfasis en el alcance de los derechos comunes, aunque sin llegar a desplazar en exclusiva hacia ellos la atención, sino manteniendo un contraste referencial entre los dos bloques normativos pues, como se verá con detalle, la entrada en juego de las reglas contenidas en el ET y normas complementarias tampoco puede ser incondicionada.

Un buen ejemplo de esta opción metodológica, que justifica la propia aventura académica emprendida, surge con el tema de las indemnizaciones por final de contrato temporal. La STS de 26 de marzo de 2014 ha puesto sobre la mesa la posibilidad de que operen muchas reglas generalmente concebidas, por pura inercia, como incompatibles con el contrato de trabajo de los deportistas. Lo cierto es que el silencio observado por el RD 1006/1985, el de la regulación específica de los deportistas profesionales, respecto de diversas cuestiones debe llamar a reflexión para precisar si estamos ante una cuestión que carece de sentido trasladar al ámbito de la relación laboral especial, que debe ser disciplinada conforme a las previsiones del contrato de trabajo común, o que merece una entrada en juego adaptada a las especialidades del caso.

De manera sorprendente para la mayoría de la doctrina especializada, hace un año aproximadamente, esta sentencia consideró que procedía el juego supletorio de lo normado por el ET. Es decir, se declaró el derecho de los deportistas profesionales a percibir la indemnización contemplada en el art. 49.1.c ET al vencimiento del contrato temporal si la empresa decide no prorrogar el vínculo con el deportista profesional.¹

Esta importante resolución, que viene a marcar un antes y un después en la interpretación de la supletoriedad del Derecho común del Trabajo para las relaciones laborales de carácter especial en el ámbito deportivo, establece que los deportistas profesionales, relación que por su propia naturaleza es temporal, tienen derecho a la indemnización en los casos de expiración del contrato por el transcurso del tiempo convenido y entiende que aun no siendo posible la existencia de una relación laboral indefinida en este colectivo, con tal indemnización se consigue una mayor estabilidad en la incentivación de las prórrogas, suponiendo, en todo caso, y a su juicio, una mejora en la calidad del empleo, sirviendo este de argumento principal de la tesis que obliga al pago de la indemnización por la extinción del contrato a su término.

Pero no se trata ahora de examinar la regulación del fin de los contratos entre deportistas y sus clubes sino de ejemplificar el modo en que unas previsiones clásicas son objeto de reinterpretación, dotando de sentido renovado el estudio que ahora se inicia.

B) Objeto material de la investigación

La viveza del Derecho en general y de esta disciplina en particular exige no sólo una actualización constante de los conceptos, sino una constante revisión de algunas interpretaciones que entendíamos pacíficas, lo que en cierta manera aviva y justifica esta Tesis que nace como un intento, no sabemos si fallido, de profundizar en el tratamiento de los derechos de los deportistas, en el examen de la respuesta que obtienen del ordenamiento jurídico.

Son muy numerosos los estudios doctrinales que ha optado por examinar la identificación del propio vínculo entre los deportistas que obtienen una retribución a cambio de su actividad y su entidades empleadoras. Ese objeto material nos sitúa ante una persona que práctica el deporte y cuyas notas de laboralidad son prácticamente las que establece el Estatuto de los Trabajadores para la relación laboral común; con lo cual nos podemos preguntar dónde está el elemento diferenciador, que obviamente existe. Adicionalmente, y este es uno de los aspectos que más complica todo, la situación, en ocasiones rocambolesca, se complica a la hora del encuadramiento jurídico del vínculo entre deportista-trabajador y club-empleador, que puede ser calificado de distinta forma y no siempre coincidente: como amateur (deportista aficionado que sólo recibe importe de los gastos que le ocasiona la práctica deportiva), como trabajador (relación laboral común), o como deportista profesional (relación laboral especial).

¹ A.V. SEMPERE NAVARRO, Encuentros LFP de Derecho del Deporte 2013-2014.

C) Estructura de la obra

En estas páginas se pretende analizar los derechos de los trabajadores y la respuesta en ocasiones aislada, en otras confrontada, y en otras diferenciada que brindan el Estatuto de los Trabajadores y el RD 1006/1985.

Para ello se ha estructurado el estudio en distintas partes. De entrada, la presente Introducción va a ofertar una breve sinopsis de la evolución histórica que la regulación del nexo entre deportista y Club ha venido recibiendo.

Posteriormente, el Capítulo II abordará los elementos y modalidades del contrato, dando cuenta de la duración de los contratos, de los tipos, y en concreto del contrato de formación y de los derechos de formación.

El Capítulo III aborda el estudio los derechos laborales básicos, y los derechos derivados del contrato de trabajo; de una parte que se analizan los derechos que gozan todos los trabajadores con un plus de protección constitucional, y de otra los derechos de cualquier trabajador tal y como los recoge el Estatuto de los Trabajadores².

El Capítulo IV ofrece una visión sinóptica del contenido básico de los contratos de trabajo que discurren entre estas personas y sus clubes, por cierto, en demasiadas ocasiones equivocadamente identificados como los dedicados a la práctica del balompié.

El Capítulo V analizado diferentes vicisitudes de la relación laboral, lo que podría considerarse la dinámica del contrato de trabajo.

El VI Capítulo atenderá a los aspectos colectivos de las relaciones laborales en el deporte profesional, apenas mencionados en su específica regulación.

Cierran la exposición, en el apartado VIII, unas breves Conclusiones que sintetizan las que consideramos principales aportaciones de la obra.

Por descontado, cualquier de las materias reseñadas en los distintos Capítulos, por sí sola, podría justificar la realización de una Memoria de Doctorado; de hecho, así ha sucedido ya con bastantes de ellas. Pero, como se ha avanzado, la metodología acogida aquí justifica que se examinen cuestiones tan diversas como el período de prueba, el encuadramiento en las categorías o grupos profesionales, las especialidades en la contratación por razón de edad, las licencias y su incidencia en el contrato laboral, la forma del propio negocio jurídico, etc. Asimismo se han tratado otras circunstancias anexas de la vida y desarrollo del contrato de trabajo como la jornada de trabajo, las vacaciones o los permisos. Por supuesto, no queda al margen el tema estrella de esta relación laboral especial, casi siempre determinante de la calificación de la relación del deportista, cual es la retribución y el tratamiento jurídico de ésta.

Por otra parte nos hemos detenido en algunos derechos de difícil aplicación y de no adecuada respuesta en muchas ocasiones, como la maternidad y la lactancia, así como la suspensión de la relación laboral, y las siempre controvertidas situaciones de modificación sustancial y movilidad. Especial tratamiento han

² C. SANCHEZ TRIGUEROS, *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Aranzadi, 2008.

recibido los derechos de huelga, conflicto colectivo y la representación sindical y de negociación colectiva.

Solo en la medida necesaria para comprender el juego de las normas laborales situadas fuera del RD 1006/1985 es por lo que se viene constantemente a sus previsiones. Es decir, se trata de analizar la aplicación de los derechos comunes de los trabajadores a los deportistas profesionales. La respuesta no siempre será nítida y debe atenderse tanto a la propia regulación de las normas cuanto al parecer de la doctrina científica o, especialmente, al criterio acogido por nuestros Tribunales.

2. Antecedentes: exclusión y admisión de la laboralidad^f

A) Las normas excluyentes del deportista como trabajador.

Es patente en los últimos tiempos el desarrollo vertiginoso de todo lo relacionado con el deporte, llegando a constituir muchas de sus facetas un auténtico “fenómeno social”⁴. La actividad lúdica, origen del deporte, va dejando paso a la consideración de otros parámetros diferentes al exclusivamente deportivo, más cercanos al aspecto económico.

Precisamente, puede que fuera esa consideración originaria de actividad esencialmente lúdica la que, entre otras razones, llevara al deporte durante tanto tiempo a mantenerse apartado del ámbito del Derecho⁵, careciendo, por tanto, de una regulación emanada de los poderes públicos. El único contenido reglamentario que afectaba directamente al deporte se encontraba en las disposiciones privadas de las diferentes Federaciones deportivas que, en la práctica, y ante esta inactividad del legislador, constituyeron durante muchos años el marco regulador de la actividad deportiva, dando paso, años más tarde, a uno de los problemas teóricos más complicados del ordenamiento jurídico-deportivo: la relación existente entre las normas público-deportivas y las privado-deportivas.

³ En este apartado se sigue la exposición de E. GARCÍA SILVERO, “El contrato laboral de los deportistas profesionales”, Tomo XV del Tratado sobre *Contratos* dirigido por el Dr. Yzquierdo Tolsada, Aranzadi 2014.

⁴ Se destaca, a modo de ejemplo, que en las primeras líneas del Preámbulo de la vigente Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, se indica que “el deporte, en sus múltiples y muy variadas manifestaciones, se ha convertido en nuestro tiempo en una de las actividades sociales con mayor arraigo y capacidad de movilización y convocatoria”. Al respecto, E. GARCÍA SILVERO: *La extinción de la relación laboral de los deportistas profesionales*, Aranzadi, Pamplona, 2008, págs. 23-26.

⁵ Incluso la doctrina académica estuvo recelosa durante largo tiempo del conocimiento de los aspectos jurídicos relacionados con el deporte, pues como reflexiona A.V. SEMPERE NAVARRO “Es como si el Deporte no precisara del Derecho, en particular del disciplinador de la actividad laboral pero en general de los restantes sectores, puesto que ya él mismo (a través de las Federaciones u organismos similares) generaba sus propios códigos de conducta, listas de sanciones, sedicentes Tribunales y normas sobre la competición”, pareciendo que desde este particular punto de vista “mal se compadecía el trabajo serio, el rigor de la ciencia o los afanes e intereses de una persona sensata y madura con la execrable vulgaridad ínsita en el hecho de conceder la más mínima atención a las incidencias entre una pelota y varios sujetos, pareciendo que la actividad intelectual/cerebral y la deportiva/muscular eran absolutamente incompatibles y excluyentes” (“Prólogo” a M. CARDENAL CARRO: *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia/Gobierno Vasco-BBK, 1996, págs. 17-18).

Ha de ponerse de manifiesto que el Derecho Laboral deportivo es una disciplina relativamente reciente, pues hasta la década de los años 70 del siglo pasado no se consideraba a la relación de los deportistas como una relación de carácter laboral sino que la misma se contemplaba desde una óptica amateur no acorde con la realidad. En este contexto fue la jurisprudencia, ante la falta de una regulación laboral específica de los deportistas profesionales, la que fue reconociendo el auténtico carácter laboral de las relaciones entre los deportistas sus federaciones, clubes o empresas.

a. Panorama normativo

Desde sus orígenes estas normas particulares de las Federaciones deportivas apartaron el trabajo del deportista profesional de cualquier consideración laboral, hurtando a los Tribunales del Orden Social del conocimiento y solución de los conflictos que se produjeran entre los deportistas y sus respectivos Clubes deportivos. Históricamente, los Reglamentos Federativos negaron la naturaleza laboral del vínculo deportivo.

La consideración del deporte como juego y no como trabajo encontró, además, favorable acogida en las normas que primeramente trataron de disciplinar la práctica deportiva. Tales normas, en efecto, cuidaron no solo de excluir la calificación laboral de las relaciones trabadas entre los deportistas y las entidades que les acogían como tales (con rotundidad, el art. 64 del Reglamento de Jugadores y Entrenadores de la Real Federación Española de Fútbol de 14 junio 1965 expresamente indicaba que “no puede considerarse la práctica del juego como actividad laboral”), sino que expresamente se prohibió el acudimiento a la jurisdicción social para resolver los litigios que pudieran surgir entre deportistas y entidades deportivas. En concreto, el art. 4 f) RD de 22 de febrero de 1941, por el que se creó la Delegación Nacional de Deportes, dispuso que a ésta correspondería “resolver en última instancia las controversias y diferencias que surjan entre las Sociedades deportivas o entre éstas y tercera persona, siempre que se refieran al campo del deporte”.

Y en desarrollo de dicha disposición, el art. 76 de la Orden de 7 junio 1945 dejó patente no solo que “la jurisdicción disciplinaria de los deportistas corresponderá por entero a la Delegación Nacional de Educación Física y Deportes por sí o a través de sus órganos subordinados”, sino también que estaba “rigurosamente prohibido a todo deportista o sociedad deportiva acudir, para resolver sus problemas, a otra disciplina o poder distinto del de la Delegación Nacional de Educación Física y Deportes. Todo deportista o Entidad que no observara esta prohibición perderá su condición de tal y será automáticamente descalificado”.

El modelo fue luego asumido por los diferentes reglamentos federativos. Por ejemplo, el art. 79 del citado Reglamento de Jugadores y Entrenadores de la Real Federación Española de Fútbol señalaba que “en todos los contratos entre clubes y jugadores deberá constar una cláusula en la que se consigne expresamente que ambas partes se someten a las decisiones y autoridades federativas para que éstas resuelvan por vía reglamentaria cualquier cuestión que surja con motivo del contrato, comprometiéndose asimismo a acatar y cumplir las decisiones que por aquéllas se adopten (...)”.

Estas disposiciones federativas, contenidas principalmente en los distintos Reglamentos de jugadores de las respectivas Federaciones deportivas, regulaban con precisión los diversos aspectos del contrato deportivo. En España, el mejor ejemplo

de todo ello estaba constituido por las normas sobre contratos de futbolistas contenidas en el Capítulo III del Reglamento de Jugadores y Entrenadores de la Real Federación Española de Fútbol, que bajo el epígrafe genérico de “Contratos” disciplinaba desde la “Naturaleza, modalidades y condiciones”, pasando por las “Prorrogas y renovaciones”, hasta los supuestos de “Terminación, rescisión y suspensión”.

Tres eran los aspectos fundamentales que podían encontrarse en la regulación de los contratos de los deportistas contenidos en los reglamentos federativos: por un lado, los vínculos carecían, manifiestamente y por expresa disposición reglamentaria, de naturaleza laboral; por otra parte, y como consecuencia de lo anterior, se negaba a los jugadores y entrenadores de la posibilidad de acceder a los Tribunales laborales, obligándoles de este modo a someterse a las resoluciones de los “Tribunales” deportivos como última instancia, y, por último, se establecía una configuración extintiva del contrato en donde primaba, por encima de cualquier aspecto, el denominado “derecho de retención”⁶, mediante el cual se impedía al deportista toda posibilidad de separarse unilateralmente de su club, incluso una vez finalizada la relación contractual. Tal situación proyectaba el régimen contractual configurado por los reglamentos federativos como una relación plenamente alejada del contrato de trabajo y muy cercana a vínculos de naturaleza civil.

Por otra parte, y como se ha señalado con anterioridad, a los deportistas profesionales se les impedía acceder a Tribunales extradeportivos a la hora de plantear cualquier tipo de reclamación. Este obstáculo no sólo venía impuesto por normas de carácter estatal, como posteriormente se indicará, sino también por diferentes disposiciones federativas que se aplicaban a los deportistas profesionales⁷, configurando así un sistema propio de resolución de disputas.

De todos modos, estas previsiones federativas no venían sino a confirmar lo dispuesto con carácter general por las distintas normas dictadas al inicio de la década de los 40, que reconocían la primacía de la jurisdicción deportiva en las relaciones contractuales deportivas. Ejemplos de esta atípica situación se encontraban en el

⁶ Una de las críticas más consistentes que a lo largo de los años soportaron los reglamentos de la época fue la dirigida al denominado derecho de opción o retención -“slave law”-; facultad que, atribuida a los clubes por la Federaciones, otorgaba la posibilidad de, una vez expirado el tiempo convenido en el contrato, ejercitar prorrogas anuales aún con la negativa del deportista a permanecer en el club, modelo que por su equivalencia, puede identificarse con el adoptado por algunas ligas del deporte profesional americano, que desde los inicios, establecieron “cláusulas de reserva” con el fin de que los deportistas no pudieran ser contratados por otros clubes. En España, aunque algunos autores han interpretado que el final de este derecho se produjo con la promulgación de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, que en su artículo 15.d) fijaba la posibilidad de celebrar contratos de duración determinada en la prestación de los servicios del deportista profesional, la doctrina parece inclinarse más, y con base en la modalidad del fútbol, por la formalidad derivada de los acuerdos AFE-CLUBES de 1979, “especie impropia del Convenio Colectivo” en palabras de A.V. SEMPERE NAVARRO y M. CARDENAL CARRO: “El «caso Téllez»: de dónde venimos y a dónde vamos”, AS, n.º. 15, 1998, pág. 23.

⁷ En concreto, el artículo 79 del Reglamento de la Real Federación Española de Fútbol exigía claramente que “En todos los contratos entre clubes y jugadores deberá constar una cláusula en la que se consigne expresamente que ambas partes se someten a las decisiones y autoridades federativas para que éstas resuelvan por vía reglamentaria cualquier cuestión que surja con motivo del contrato, comprometiéndose asimismo a acatar y cumplir las decisiones que por aquéllas se adopten. El jugador declarará también comprometerse a no formar parte de sociedades de clase ajena a la disciplina deportiva de la Federación, bajo pena de suspensión durante un término de dos años”.

Decreto de 22 de febrero de 1941, en virtud del cual se crea la Delegación Nacional de Deportes o en la Orden de 7 de junio de 1945, encargada de desarrollar este Decreto.

Estas disposiciones servirían como base e incentivo para que, durante los primeros años de la década de los 50, los diversos reglamentos de jugadores de las distintas Federaciones deportivas contuviesen, como se ha tenido la oportunidad de comprobar, todas las disposiciones referentes a la reglamentación de los contratos de los deportistas profesionales, atribuyéndose, de este modo, unas competencias que sobrepasaban su ámbito propio y que se incardinaban, como es natural, en el marco del Derecho del Trabajo⁸, dando lugar a una realidad que todavía sobrevive: la compleja articulación entre las normas deportivas y las laborales.

b. Reacción doctrinal

Toda esta regulación del deporte, excluyendo a los deportistas de la jurisdicción de los Tribunales laborales para la resolución de sus conflictos, así como la calificación como no laboral de sus contratos, fue criticada por la doctrina científica y ello de acuerdo con los siguientes argumentos:

a) En cuanto al carácter no laboral de los contratos deportivos y como Alonso Olea⁹ sintetizaba, “el deportista profesional no juega, a diferencia del aficionado, sino que trabaja, no practica el deporte por afición, sino que ofrece y presta sus servicios a un empresario mediante un salario”.

b) La exclusión de los Tribunales laborales de estos trabajadores estaba contestada doctrinalmente por la ilegalidad de la declaración contenida en el citado artículo 4 del Decreto de 1941, después recogida en el Estatuto Orgánico de la Delegación Nacional de Deportes, pues como se afirmaba entonces, “la exclusión jurisdiccional de lo deportivo no encontraba encuadre dentro del Fuero de los Españoles cuando en su artículo 17 proclamaba que los españoles tienen derecho a la seguridad jurídica”, así como en la declaración del principio IX de la Ley de 17 de mayo de 1958, de Principios del Movimiento Nacional, que establecía que “Todos los españoles tienen derecho a una justicia independiente”, principio sancionado con la nulidad de las “leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los principios proclamados”¹⁰.

⁸ La delimitación entre el ordenamiento deportivo y la regulación normativa del Estado que podía influir en el trabajo de los deportistas no ha estado suficientemente clara hasta tiempos relativamente recientes. En palabras de J.A. SAGARDOY BENGOCHEA y J.M. GUERRERO OSTOLAZA, y en referencia a la delimitación pretendida, “se confundía constantemente los aspectos puramente deportivos y los contractuales derivados de la relación laboral entre club y deportistas profesionales. Esta confusión se hizo particularmente patente en los Reglamentos y Estatutos de las Federaciones Nacionales” (*El contrato de trabajo del deportista profesional*, Civitas, 1991, pág. 21). Por ello, y hasta la plena laboralización de los deportistas en los años 80, por conflictos deportivos se ha venido entendiendo materias, que por su condición, deberían haber estado reservadas al Derecho del Trabajo (regulación de todos los aspectos contractuales, ámbito de aplicación, duración, extinción, etc.).

⁹ M. ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*, Universidad Complutense de Madrid, 1978, pág. 57.

¹⁰ M.C. GONZÁLEZ GRIMALDO: “Las vías de garantía y la exclusión jurisdiccional en el Ordenamiento jurídico deportivo”, *Revista de Administración Pública*, n.º. 71, 1973, págs. 187 y ss.

Cabrera Bazán señalaba por aquel entonces que se estaba privando del “derecho de accionar libremente ante los tribunales” a personas que forman parte de la comunidad jurídica¹¹.

De este modo, los autores de la época subrayaban abiertamente, por un lado, el carácter laboral de la prestación deportiva y, por otro, la posibilidad de éstos de acceder a la jurisdicción laboral para la resolución de sus conflictos contractuales.

Esta normativa excluyente, se verá confirmada, de nuevo, por la Ley 77/1961, de 23 de diciembre, sobre Educación Física. Esta Ley, que resultó un paso importante en la consolidación legal del deporte, vuelve a establecer en su articulado la imposibilidad de acceder a cualquier otra jurisdicción que no fuera la estrictamente deportiva, encarnada en la Delegación Nacional de Deportes.

c. Posición judicial primera

Consecuentemente con estas previsiones normativas, la doctrina judicial emanada de los Tribunales del Orden Social venía negando igualmente naturaleza laboral al vínculo contractual que unía al deportista con su club. La práctica totalidad de las resoluciones judiciales no aceptaron el carácter laboral de la relación de los deportistas profesionales, declarándose incompetentes, al entender, entre otras razones, plenamente aplicables las normas federativas que excluían expresamente al Orden social de la jurisdicción del conocimiento de los conflictos entre clubes y deportistas. De este modo, los Tribunales de justicia se apartaban expresamente de la doctrina académica que defendía tanto el reconocimiento de la relación laboral deportiva, como su inmediata consecuencia, a saber, el acceso de los mismos a los Tribunales del Orden Social.

Materialmente, sin embargo, ni la identificación del deporte como juego, ni el puro dato formal de su calificación como algo ajeno al contrato de trabajo bastaban para ocultar la indiscutible naturaleza laboral de las relaciones entre deportistas y sociedades deportivas. Así lo había entendido alguna resolución olvidada, como STS 11 de octubre de 1941, que, sin tener en cuenta los reglamentos federativos, ya consideró como actividad laboral la desarrollada por un pelotari profesional. Y así lo puso de relieve en su momento la mejor doctrina al señalar como evidente que “el contrato de trabajo deportivo, y especialmente el de los futbolistas profesionales (vivía) al margen de la regulación general del contrato de trabajo (regulado por) preceptos de rango normativo ínfimo”¹².

B) Sentencias favorables a la laboralización

No será, como apuntan Alonso Olea y Casas Baamonde¹³, “hasta la famosa Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 24 de junio de 1971”, y siempre tras las

¹¹ J. CABRERA BAZÁN: *El contrato de trabajo deportivo*, Madrid, 1961, pág. 238.

¹² M. ALONSO OLEA, en el *Prólogo* al ya clásico libro de J. CABRERA BAZÁN, *El contrato de trabajo deportivo. Un estudio de la relación laboral de los futbolistas profesionales*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

¹³ M. ALONSO OLEA Y M.E. CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, Vigésimo cuarta edición, Thomson-Civitas, 24ª edición, 2006, pág. 114. En un sentido más coloquial, ALONSO OLEA ha llegado a decir, en referencia a esta Sentencia del Tribunal Central de Trabajo, que “tapo hueco y abrió brecha” (prólogo a J.A. SAGARDOY BENGOCHEA y J.M. GUERRERO OSTOLAZA: *El contrato de trabajo del deportista profesional*, cit., pág.11).

más contundentes aportaciones doctrinales¹⁴, cuando el panorama torne más positivo para la laboralización de los deportistas profesionales. Esta Sentencia del Tribunal Central de Trabajo supone una modificación en todo el ámbito jurídico-deportivo, e inspirará, a partir de ese momento, las futuras actuaciones tanto de los Tribunales de Justicia como del legislador.

La modificación de la interpretación judicial tras la STCT 24 junio 1971, junto a la unidad de la doctrina científica que propugnaba la laboralización de los deportistas profesionales, fueron factores importantes para que el legislador reconociera a éstos, por primera vez en una norma con rango legal, como verdaderos sujetos de una relación de trabajo, si bien con el calificativo de “especial”. Esta sentencia (en el famoso caso Suárez “Pipi” contra el Sevilla CF) dio un giro radical a la cuestión al rechazar tanto la calificación extralaboral de la relación mantenida por los deportistas con las entidades deportivas, como la exclusión jurisdiccional. Tras analizar la naturaleza del vínculo contractual que ligaba al jugador con el Club demandado a la vista de lo preceptuado en el art. 1 LCT y llegar a la conclusión de que la relación reunía todas las notas características del contrato de trabajo, el Tribunal consideró que “el que preceptos de rango normativo ínfimo, cual es el Reglamento de Jugadores, aprobado por la Asamblea General de 14 de junio de 1965 y por la Delegación Nacional de Educación Física y Deportes, en 27 de julio siguiente, disponga en el art. 66, que dentro del orden federativo no puede considerarse la práctica del juego de fútbol, como actividad laboral, ni las compensaciones económicas que se consideren a los jugadores profesionales, como salario o base de su medio de vida, *es un intento frustrado de desnaturalizar una realidad innegable, porque cuando el fútbol profesional rebasa los límites de esparcimiento deportivo de quienes lo practican para convertirse en espectáculo de masas, mediante el pago de entrada y el jugador hace de este deporte su medio de vida habitual, bajo dependencia ajena, sujeto a un horario estricto, ha de concluirse que nos hallamos ante un verdadero contrato de trabajo, porque lo esencial para que éste exista es que haya prestación de servicios, mediante retribución a cargo del empresario (...)*”.

Después de la STC 24 junio 1971, otras resoluciones del mismo tribunal y del Tribunal Supremo¹⁵ insistirían en la misma dirección: la relación entre el deportista profesional y el club que recibe sus servicios es laboral y la competencia para resolver las cuestiones litigiosas que la misma suscita corresponde al orden social de la jurisdicción. Y así, a mediados de los años setenta la cuestión podía considerarse, jurisprudencialmente al menos, resuelta¹⁶.

¹⁴ Cfr. A.V. SEMPERE NAVARRO en el prólogo a M. CARDENAL CARRO: *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, 1996, cit., pág.18.

¹⁵ STCT 11 junio 1973 (RTCT 1973, 2728); STCT 26 enero 1976 (RTCT 1976,248); STS 3 noviembre 1972 (RJ 1972, 5435).

¹⁶ Para un estudio detenido de la evolución normativa y jurisprudencial respecto de la consideración y calificación de la práctica del deporte como actividad profesional, pueden verse, entre otros, M. CARDENAL CARRO, M.: *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Murcia, Universidad de Murcia, Murcia, 1996, págs. 71 y ss., T. SALA FRANCO, *El trabajo de los deportistas profesionales*, Mezquita, Madrid, 1983, págs. 7 y ss., J.A. SAGARDOY BENGOCHEA y J.M. GUERRERO OSTOLAZA, *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 29 y ss; R. ROQUETA BUJ, *El trabajo de los deportistas profesionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 23 y ss.; F. SUÁREZ GONZÁLEZ, “Los deportistas profesionales”, en J. CRUZ VILLALÓN (Ed.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*.
...

C) La Ley de Relaciones Laborales

Se entiende así que cuando por aquel entonces se prepara la que sería la Ley 16/1976, de 8 abril, de Relaciones Laborales, la posibilidad de incluir en ella una expresa referencia al trabajo de los deportistas profesionales resultaba ineludible. Y la solución propuesta por el legislador fue tan original como afortunada: incluirla expresamente en el catálogo de relaciones laborales especiales enunciado en su art. 3. Y la misma solución asumió el legislador aprobar la Ley 8/1980, de 10 marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Luego, como es sabido, la relación calificada como laboral especial fue regulada por RD 318/1981, de 5 febrero y, finalmente, por el todavía vigente RD 1006/1985, de 26 junio.

Se dicta así la Ley 16/1976, de 8 abril, de Relaciones Laborales, que constituye, como se defiende en su Exposición de Motivos, un propósito de actualización y perfeccionamiento de aspectos fundamentales de la normativa de trabajo. Esta norma tuvo como objetivo igualmente introducir nuevas regulaciones en defecto de otras que ya estaban superadas por la realidad, teniendo como misión principal acabar con una excesiva intersectorialidad, que sobre diferentes aspectos laborales, era fruto de la dispersión en textos de diferente rango normativo.

Bajo esta doble intención, regular nuevas materias y acomodar las relaciones laborales a la época, encuadra por primera vez la LRL en su art. 3.1.g) el trabajo de los deportistas profesionales, configurándolo, según se ha dicho, como una relación laboral de carácter especial.

Sin obviar la importancia, al menos formal, del reconocimiento por parte de la LRL de la laboralización plena de los deportistas profesionales y, aunque inicialmente existía una voluntad del legislador de regular estas relaciones especiales de trabajo, el panorama político y la inminente entrada en vigor de un Texto constitucional que habría de cambiar las bases de todo el sistema jurídico, desaconsejaron la actuación legislativa. Hay que tener en cuenta que la publicación de esta Ley se realizó en el mes de abril de 1976 y que la Comisión encargada por el Congreso para la elaboración de una Carta Magna comenzó sus trabajos en el mes de julio de 1977, por lo que escasamente un año separaron estos dos eventos.

D) La Constitución de 1978 y su desarrollo

La entrada en vigor de la Constitución Española el 29 de diciembre de 1978 supuso, no ya sólo para las normas deportivas, sino para todo el sistema de fuentes, un cambio sustancial que impulsó, como no podía ser de otra manera, modificaciones legislativas de intenso alcance.

En esta materia, la Constitución Española recoge en su artículo 43.3, el mandato dirigido a los poderes públicos de fomentar la educación física y el deporte, configurándolo, dentro del Título I de la Constitución, como un derecho de la persona, y erigiéndose, al estar encuadrado en el Capítulo III “de los principios

Estudios en Homenaje al profesor José Cabrera Bazán, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 39 y ss. Recientemente, F. RUBIO SÁNCHEZ, *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Dykinson, Madrid, 2002; E. GARCIA SILVERO, *La extinción de la relación laboral de los deportistas profesionales*, Tesis Doctoral, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2007.

rectores de la política social y económica”, como una norma “enunciadora de las tareas del Estado”.

De este modo, un Texto constitucional acoge por primera al deporte dentro de su articulado, ya que, como es sabido, ninguna otra norma de la historia constitucional hace ninguna referencia a esta actividad, reconociendo, de esta manera, la vitalidad en nuestra época de este fenómeno social¹⁷.

La incidencia de la Constitución para el deporte profesional se concretará en varios preceptos.

- En primer lugar, en el ya mencionado artículo 43.3 CE que constitucionalizó el deporte y la educación física, otorgándole una importancia hasta la fecha desconocida. Fruto de esta previsión constitucional vio la luz la Ley 13/1980, de 31 de marzo, reguladora de la Educación Física y del Deporte, que se erigió, a partir de entonces, como la normativa básica y el marco jurídico de toda la regulación jurídico-deportiva en nuestro país hasta 1990.
- En segundo lugar, al crear el Comité Superior de Disciplina Deportiva¹⁸, se delimitó claramente el ámbito de aplicación de sus decisiones, extendiéndolas, a diferencia de la preconstitucional Ley sobre Educación Física del año 61, a las infracciones de las reglas de juego y a la conducta deportiva, y, todo ello, como se recoge en la Exposición de Motivos, “sin perjuicio de las garantías jurisdiccionales procedentes”. Esta última previsión legal, contenida expresamente en la Ley 13/1980, delimita desde entonces la actuación de los “Tribunales” deportivos, excluyéndoles del conocimiento de cuestiones que hasta la fecha fueron resueltas en el ámbito de las federaciones, y resultando acorde con la garantía constitucional de acceso de los deportistas a los Tribunales del Orden jurisdiccional Social tras la Norma Fundamental de 1978.
- En tercer lugar, en el mandato recogido en el artículo 35.2 CE que impone la obligación de regular por Ley un Estatuto de los Trabajadores. Será esta norma, a partir de entonces, el eje central de las relaciones laborales en el Ordenamiento jurídico español consolidándose, a lo largo de estas casi tres décadas, como un texto trascendental y capital en nuestro Derecho del Trabajo, cuya incidencia desde 1980 resultó fundamental para la relación laboral de los deportistas.

¹⁷ Cfr. J. BERMEJO VERA: *Constitución y deporte*, Tecnos, 1998, págs. 30 y ss.

¹⁸ El artículo 34 de la Ley 13/1980, presenta como órgano independiente, aunque formalmente adscrito al Consejo Superior de Deportes, el Comité Superior de Disciplina Deportiva atribuyéndole, únicamente, cuestiones disciplinarias de su competencia. Esta afirmación realizada ya en el contexto constitucional en el que se promulgó la Ley del Deporte no admitió dudas sobre la extensión de la jurisdicción deportiva a otros ámbitos del Derecho. En concreto, el artículo preceptuaba que “1. El ámbito de la potestad disciplinaria se extiende a las infracciones reglamentarias de las reglas de juego y de la conducta deportiva. 2.- Su ejercicio corresponderá: c) Al Comité Superior de Disciplina Deportiva que, adscrito orgánicamente al Consejo Superior de Deportes, actúa con independencia de éste y de las Federaciones españolas cuando decide en última instancia sobre las cuestiones disciplinarias de su competencia que se determinen reglamentariamente”.

E) El Estatuto de los Trabajadores

El legislador español cumplió este mandato constitucional mediante la Ley 10/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, que catalogó en su artículo 2.1. d) a los deportistas profesionales, de nuevo, como una relación especial de trabajo, manteniendo así la calificación que había adoptado la Ley de Relaciones Laborales y que ha sido continúa a lo largo de las sucesivas modificaciones del ET¹⁹.

En desarrollo del citado precepto se han dictado, hasta la fecha, dos normas. El derogado Real Decreto 318/1981, de 5 de febrero, que reguló por primera vez la relación laboral de los deportistas profesionales, y el vigente, Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio.

F) El Real Decreto 318/1981, de 5 de febrero

En gran medida, la situación de conflictividad laboral a la que estuvieron sometidos los deportistas profesionales –especialmente los de la modalidad del fútbol– generó no solamente su inclusión, primeramente, en la Ley de Relaciones Laborales, sino, con posterioridad, y tras los acuerdos entre el sindicato de jugadores de fútbol y los clubes, su reconocimiento en el Estatuto de los Trabajadores de 1980.

Fruto de esta previsión legal, el Gobierno dictó al inicio de 1981 el Real Decreto 318/1981, de 5 de febrero, mediante el cual se regulaba la relación laboral especial de los deportistas profesionales, aportando por primera vez al Ordenamiento jurídico una norma de carácter público destinada a ofrecer un marco regulador de la contratación laboral deportiva.

Con independencia de que el texto del anteproyecto normativo elaborado por el Instituto de Estudios Sociales resultó alterado por el Gobierno en su trámite interno, lo cierto es que su contenido supuso la alteración sustancial del status quo conocido hasta la fecha y presentó un panorama regulador de la relación deportiva plenamente acorde con la situación de la época.

Esta norma, ya derogada expresamente por el RD 1006/1985, estuvo vigente en nuestro ordenamiento por el tiempo de cuatro años, y debido a su escasa aplicabilidad,

–apenas aparecen resoluciones en los repertorios de doctrina judicial– resulta difícil ofrecer un análisis pormenorizado de su contenido. No obstante, es útil presentar el esquema general de esta norma reglamentaria y poner de relieve sus más destacadas características, ya que, en una medida importante, se repetirán en el RD 1006/1985, no sin las particularidades que con posterioridad serán analizadas.

El Reglamento de 1981 constaba de 14 artículos y tres disposiciones finales, donde se pasó revista a las principales necesidades del sector en aquel momento. La caracterización de la figura del deportista profesional, la duración y forma del

¹⁹ Era lógico prever que tras el reconocimiento legal por parte de la LRL de los deportistas profesionales como sujetos de una relación especial de trabajo, el futuro y obligado Estatuto de los Trabajadores mantendría igual posición, amén de que la situación había quedado totalmente resuelta tanto desde un punto de vista doctrinal (que siempre reconoció el carácter laboral de la prestación de los deportistas profesionales), como jurisprudencial, fundamentalmente tras las Sentencias de los Tribunales derivadas de la huelga de futbolistas de 1979.

La única refundición legal del Estatuto de los Trabajadores, R.D.L. 1/1995, de 24 de marzo, sigue calificando como relación laboral especial el trabajo de los deportistas profesionales.

contrato, los principales derechos y deberes de las partes, las retribuciones y las causas de la extinción del contrato de trabajo resultan las más destacadas aportaciones al objeto de configurar una norma propia que diera respuesta al mercado laboral deportivo.

3. El Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio

La promulgación de una nueva norma reguladora de la relación laboral especial de los deportistas profesionales, mediando entre ambas una diferencia temporal de apenas cuatro años, resulta cuando menos inesperada, y ello si se tiene en cuenta la escasa importancia que la Administración prestó, por vía reglamentaria, a la relación que unía a los deportistas profesionales con sus empleadores (los clubes); hecho que contrasta vivamente con el de que en tan corto período los deportistas profesionales hayan sido objeto de dos normas reglamentarias diferentes.

El origen de una nueva regulación de la relación laboral especial de los deportistas profesionales entronca con lo dispuesto en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, de modificación del Estatuto de los Trabajadores. En unos términos bastante amplios, esta norma habilitó al Gobierno para que “en el plazo máximo de doce meses contados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, regulará el régimen jurídico de las relaciones laborales de carácter especial previstas en el artículo 2º, punto 1, de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores”.

Fruto de este renovado mandato, el Boletín Oficial del Estado publica, con fecha 27 de junio de 1985, el Real Decreto de 26 de junio de 1985, nº. 1006/1985, regulador de la relación laboral de los deportistas profesionales; norma que durante estos últimos veintidós años, ha dado respuesta reglamentaria a la relación laboral de los sujetos que “en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución”²⁰.

Con la aprobación del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, y en su artículo 1 se preceptúa que se viene a regular la relación especial de trabajo de los deportistas profesionales, referida en el artículo 2.1 d) del Estatuto de los Trabajadores para posteriormente ofrecer una definición de deportista profesional, considerándolo a quien en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución.

Las razones que expresó el Gobierno en 1985 para proceder a efectuar una nueva regulación de la relación laboral de los deportistas fueron, básicamente, su convencimiento, pese a la escasa aplicación de la norma derogada, de la necesidad de introducir algunos retoques²¹. Así, mediante el RD 1006/1985 se buscó resolver cuestiones que en la experiencia del RD anterior bien hubieran necesitado una

²⁰ Definición que de deportista profesional adopta el art. 1.2.RD 1006/1985.

²¹ La aplicación del RD 318/1981 fue muy reducida, como se ha indicado. Así, cuando la Exposición de Motivos alude a “la experiencia de la aplicación del Real Decreto” (en referencia al RD 318/1981), propiamente se orienta a acoger posturas que la doctrina científica postuló durante los años de vigencia del RD 318/1981.

regulación más completa²², bien hubieran necesitado una regulación más adecuada²³, siempre enmarcándolas dentro de las peculiaridades de una relación laboral especial como es la de los deportistas profesionales. En definitiva, más que una remodelación fruto de la toma de conciencia derivada de la aplicación del RD de 1981, se estuvo ante una modificación del mismo a la vista de la falta de respuesta práctica de algunas previsiones contenidas en el texto reglamentario, puestas de manifiesto desde la esfera de la doctrina científica.

En cuanto a los objetivos básicos que persiguió la norma, el propio Preámbulo presentaba tres claramente definidos:

- El primero de ellos consiste, como se ha advertido, en una transposición de criterios, en la medida de lo posible, de la normativa laboral común a la regulación laboral especial de los deportistas profesionales. El RD 1006/1985 contiene solamente las particularidades de esta relación especial de trabajo, a la vez que establece como Derecho supletorio las disposiciones contenidas en el ET. Su artículo 21 afirma que “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 especial de los deportistas profesionales”²⁴.
- En segundo lugar, garantiza, en unión con el objetivo antes descrito, el respeto a las peculiaridades de la práctica deportiva que le hacen acreedora de una regulación especial de trabajo²⁵.
- El tercero, hace referencia al impulso decidido en favor de la negociación colectiva como fuente de la relación laboral, constituyéndose además como una característica general de todo el RD.

Junto con los mencionados objetivos, la regulación contenida en el citado RD 1006/1985 presenta las siguientes características:

²² Como se ha señalado con anterioridad, el RD 318/1981 no ofreció una regulación que abordara en su totalidad las necesidades de reglamentación del contrato del deportista profesional. El RD 1006/1985 realiza un esfuerzo por afrontar cuestiones que por su importancia necesitaban de una técnica más clara. Así, son de destacar las aclaraciones que con respecto a la norma originaria se establecen, entre otros, en los siguientes conceptos: deportista profesional, entidad deportiva, forma de los contratos, duración de los mismo, etc.

²³ Varias fueron las materias reguladas de una forma más adecuada en la nueva norma reglamentaria. Entre otras, se debe destacar la derogación por parte del RD 1006/1985 de la facultad que el RD de 1981 otorgaba a los clubes a la hora de determinar la cuantía de la indemnización de preparación y formación, así como la inclusión en el artículo 16.1 del sistema conocido como de “cláusulas de rescisión” en el momento de extinguir el contrato por voluntad del trabajador.

²⁴ No ha estado exenta de críticas esta previsión de supletoriedad de la normativa laboral, pues la redacción dada por la norma deja de hacer lo que pretende explícitamente: fijar el mentado derecho supletorio, calificándose así como una “norma aparentemente cabalística”. En la jurisprudencia, por todas, la STSJ Navarra 28 de marzo 2001 (AS 2001/2735).

²⁵ Así, y como no podía de ser de otra manera, el RD 1006/1985 recoge figuras totalmente propias de una relación especial de estas características. Ejemplo de ello es, efectivamente, el sistema adoptado en el artículo 16.1 RD 1006/1985, en donde se posibilita a las partes pactar una cláusula indemnizatoria en el caso de que una de ellas, el deportista profesional, opte por extinguir, sin causa imputable al club, el contrato de trabajo.

- a) En comparación con su norma predecesora, el RD 318/1981, se observa un mayor rigor técnico en el enfoque global, así como una precisión jurídica superior en el articulado.
- b) Se constata, asimismo, una clara vocación de respeto a las diferentes cláusulas contractuales que firman club-deportista, en virtud del principio de autonomía de la voluntad²⁶.
- c) Desaparecen prerrogativas disfrutadas por los clubes deportivos, y se conquistan mejoras sociales para los deportistas profesionales, desterrando la importante posición que las normas federativas ocupaban en el RD 318/1981²⁷.
- d) Por último, se observa como el reglamento de 1985 incorpora las aportaciones de la doctrina científica que le fue coetánea; así se pone de manifiesto en diferentes aspectos regulados en la nueva norma.

²⁶ A lo largo de toda la norma se observa esta actitud en numerosos preceptos. Por delimitarlo en cuanto al objeto de este estudio, cabe destacar, a modo de ejemplo, las continuas remisiones que a lo largo de los artículos 13 a 16 desplazan claramente las previsiones heterónomas, primando a la negociación entre las partes. Expresiones como “a falta de pacto entre las partes”, son continuas durante el articulado.

²⁷ Es lo que ha denominado “laboralización” de las instituciones del ordenamiento deportivo (M. CARDENAL CARRO: *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, cit., pág. 324). Se hace referencia, entre otras circunstancias, a la exclusión, entre las causas de extinción del contrato, tanto de la inhabilitación o suspensión federativa como de las lesiones superiores a un año que se recogieran en el RD 318/1981. Por otra parte, el RD 1006/1985 otorga a los deportistas una indemnización por extinción del contrato a causa transferencia a otro club o entidad deportiva, así como mejora la regulación de la extinción contractual por voluntad del deportista profesional, situaciones no contempladas tan específicamente en el RD sustituido.

II. CONFIGURACIÓN Y MODALIDADES DEL CONTRATO DE DEPORTE PROFESIONAL

Al igual que otros muchos, el contrato de trabajo se configura como una "relación constituida a base de un acuerdo o convención"²⁸ a partir de intereses divergentes que se componen²⁹ buscando una situación estable de compromiso, una estabilidad equilibrada³⁰. Ese origen consensual no implica que el negocio puesto en juego reciba la mayor parte de su contenido desde el acuerdo individual (art 1255 CC) pues generalmente el papel de los convenios (más la recepción del bloque de previsiones emanadas de los poderes públicos) hace que el papel del pacto individual se limite a la mejora (para el trabajador) de alguna concreta condición.

La función reguladora del contrato, de este modo, se circunscribe a la integración de las lagunas en las disposiciones estatales o convencionales de aplicación, a la mejora de los mínimos establecidos por normas estatales o convencionales y a la determinación, con ciertos límites, y en cuanto a su clasificación profesional y tiempo de duración, del trabajo a prestar.

1. Los confines del contrato de trabajo deportivo

El concepto de deportista profesional no está exento de problemas aunque, para clarificar su definición, desde el punto de vista laboral puede ser considerado como tal aquella persona que desarrolla dicha actividad con carácter retribuido lo que le convierte en "trabajo", actividad que se dirige al ocio o entretenimiento ajenos de manera que el juego deportivo se explota convirtiéndolo en un espectáculo público, siendo una nota característica y distintiva del deportista profesional el hecho de que dependa de un club o entidad deportiva que es a la vez quien explota y recoge los frutos (éxitos o fracasos) del propio deportista y quien le paga por ello una remuneración que, en cierto modo, proviene de los ingresos que el mismo genera. Por lo tanto y a tenor de lo noticiado hasta ahora no serían considerados deportistas profesionales aquellos que, aun dedicándose a una actividad deportiva dentro del ámbito de un club o entidad, perciban solamente los gastos de la práctica de la misma, lo cual excluye a los deportistas aficionados que desarrollan la actividad deportiva sin ánimo profesional ni de lucro.

Es oportuno recordar que el art. 1.2 RD 1006/1985 dispone que son deportistas profesionales quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución; quedando excluidos de la norma aquellas personas que se dediquen a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club percibiendo de éste solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva.

²⁸ J.CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo III. Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general*, Reus, Madrid, 1978, pág. 435.

²⁹ M.ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho del Trabajo*, 9ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1985, pág. 309.

³⁰ A.MONTOYA MELGAR: *Derecho del trabajo*, 34ª edición, Tecnos, Madrid 2013, pág. 266.

A) Elementos esenciales

a. El consentimiento

Los tribunales aplican las construcciones generales del Derecho de obligaciones, incluyendo la doctrina sobre vicios del consentimiento. Así, por ejemplo, "para que el error invalide el consentimiento es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar, que no sean imputables a quien lo padece, debiendo existir un nexo causal entre el mismo y la finalidad que pretendía el negocio jurídico concertado"³¹.

Por lo que a la edad para prestar el consentimiento, nada establece en el Real Decreto 1006/1985, de la forma que han de tenerse en cuenta las reglas generales contenidas en el Estatuto de los Trabajadores respecto a la edad, así el art. 7 determina que podrán contratar la prestación de su trabajo quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil; los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo; y los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia³².

b. El objeto

En el ámbito laboral suele identificarse el objeto del contrato con la prestación. Así, se ha afirmado que la bilateralidad y reciprocidad inherentes al contrato de trabajo conducen a que su objeto tenga también, si se quiere, una "doble cara: la prestación laboral y la prestación salarial, objetos a su vez de las obligaciones básicas de trabajador y empresario"³³ o que el objeto del contrato de trabajo es la "prestación de servicios retribuidos"³⁴ o, en fin, que el objeto del contrato es la "prestación libre de un trabajo, con ánimo de producir un resultado, no para quien lo presta, sino para aquel por cuya cuenta se presta y que, como consecuencia de ello, hace suyos originariamente los productos derivados de la prestación"³⁵.

El objeto del contrato de trabajo ha de ser posible. De este modo, para que el trabajador pueda realizar válidamente la actividad contratada, deberá contar con la titulación exigida, resultando, por tanto, nulo el acuerdo por el que se contrata para realizar un trabajo a una persona sin la titulación necesaria para ejercerlo³⁶.

Además de ser posible, el objeto del contrato ha de ser lícito (artículo 3.1 c ET) esto es, que no sea contrario a las "leyes o a las buenas costumbres" en dicción del artículo 1271.3 CC. En principio, si las tareas pactadas son perfectamente legales,

³¹ Entre otras, pueden verse las SSTs de 25 de septiembre de 2000 [RJ 2003, 7442] y de 26 de junio de 2009 [RJ 2009, 4288].

³² El art. 2 RD 1006/1985 establece que en materia de nacionalidad se estará a lo que disponga la legislación vigente para los trabajadores extranjeros en España, sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas sobre participación en competiciones extranjeras.

³³ A.MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 301.

³⁴ M.ALONSO OLEA y M.E.CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, pág. 51.

³⁵ M.ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho del Trabajo*, cit., pág., 377.

³⁶ SSTs de 15 de enero de 1987 [RJ 1987, 36] y 28 de marzo de 1990 [RJ 1990, 2361] y STSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 30 junio de 2005 [AS 2005,2066].

la ilicitud de la actividad empresarial no se comunica necesariamente al objeto del contrato³⁷. No se ha seguido esa tendencia, sin embargo, en los casos de ejercicio de actividades de alterne y/o prostitución³⁸; los tribunales se limitan, para determinar la naturaleza laboral o no de la relación, a examinar si se da en ella la concurrencia de notas que el ET exige para que haya contrato de trabajo, obviando por completo cualquier reflexión sobre la moralidad o inmoralidad de la actividad prestada³⁹.

Respecto a las licencias federativas, constituyen una limitación de la capacidad para trabajar de los deportistas profesionales puesto que se les obliga a estar en posesión de las preceptivas licencias para ejercer su profesión y de esta forma poder participar en las competiciones de carácter oficial.

Así, y aunque el Real Decreto 1006/1985 no lo mencione parece efectuar una remisión a las licencias federativas, de forma velada cuando en su artículo 1.5 establece que las relaciones que afecten a los deportistas profesionales propios del régimen jurídico deportivo se regirán por su normativa específica. Más lucidez arroja la Ley 10/1990 de 15 de octubre, del Deporte, que en su artículo 32.4 establece en para la participación en competiciones deportivas oficiales, de ámbito estatal, será preciso estar en posesión de una licencia deportiva, expedida por la correspondiente federación deportiva española, según las condiciones y requisitos que se establezcan reglamentariamente, añadiendo que las licencias expedidas por las federaciones de ámbito autonómico habilitarán para dicha participación cuando estas se hallen integradas en las federaciones deportivas españolas, y se expidan dentro de las condiciones mínimas de carácter económico y de comunicación de expedición que dichas federaciones establezcan.

c. La causa

Son tres los extremos que han de analizarse al referirse a la causa como elemento inexcusable del contrato de trabajo: en qué casos se considera que la causa no existe, cuándo se aprecia que es ilícita y cuándo se considera que existe un contrato simulado por ser falsa la causa.

Un caso paradigmático ha sido el de los contratos suscritos por empresas no autorizadas a la venta de cupones de loterías o apuestas⁴⁰. En estos supuestos no

³⁷ SSTCT de 7 de octubre de 1981 [RTCT 1981, 2341] y de 11 de julio de 1973 [RCT 1973, 3253].

³⁸ Sobre el tema puede verse A.MONTOYA MELGAR: "El ámbito personal del derecho del trabajo: tendencias actuales" en *Aranzadi Social* núm. 6, 2006 [BIB 2006, 636], A.ARIAS DOMINGUEZ: "Prostitución y Derecho del Trabajo ¿auténtica relación laboral? en *Aranzadi Social* núm. 61, 2008 [BIB 2008, 2878] y P.BENLLOCH SANZ: "La laboralidad de las actividades de alterne y prostitución: un debate abierto» en *Aranzadi Social* núm. 7, 2008 [BIB 2008, 1321].

³⁹ A.MONTOYA MELGAR: "El ámbito personal del derecho del trabajo: tendencias actuales", cit., pág. 6.

Pueden citarse, entre otras, las SSTs 25 de febrero de 1984 [RJ 1984, 923], 11 de mayo de 1985 [RJ 1985, 2712], 21 de octubre de 1987 [RJ 1987, 7172], 4 de febrero de 1988 [RJ 1988, 571]; SSTSJ de Castilla y León (Burgos), de 26 de mayo de 2005 [AS 2005, 2344]; de Navarra, de 29 de diciembre de 2004 [AS 2005, 242], de Andalucía (Sevilla), de 4 de diciembre de 2003 [AS 2003, 3638], de Navarra, de 15 de octubre de 2003 [AS 2003, 4009] y del País Vasco, de 13 de noviembre de 2001 [AS 2002, 1237].

⁴⁰ Entre otras, se refieren a este tema, la STS de 13 de mayo de 2002 [RJ 2002, 7545] y las SSTSJ Cantabria de 13 junio 2000 AS 2000, 2456 y de Murcia de fecha 1 de abril de 2003 [AS 2003, 2537].

siempre se ha entendido que la falta de autorización administrativa previa, suponía la nulidad de los contratos de trabajo celebrados.

B) Finalidad de la norma delimitadora

La idea originaria del RD 1006/1985, así como de la reglamentación predecesora de 1981, fue dar cobertura a los deportistas profesionales que disputaban las principales competiciones en la modalidad del fútbol.

Su laboralización, como ya se ha examinado, nace con un indudable soporte de la doctrina científica y judicial, pero el catalizador fundamental del proceso radicó en la presión que el fútbol ejerció, huelga incluida, con lo que eso supuso socialmente en nuestro país. Por tanto, la norma aprobada entonces es deudora de las particularidades propias de este deporte en el contexto de los últimos años de la década de los 70 del siglo pasado.

En 1985 no se llegaba a plantear una aplicación generalizada de la norma a otras modalidades deportivas –incluso a otras categorías que no fueran las superiores del fútbol español–, por más que los términos utilizados para calificar la relación laboral especial, la de deportistas profesionales, pudieran conducir a otras soluciones al utilizar términos generales, pero tales eran imposibles de interpretar en un contexto diverso al conocido, en el que realmente profesionalismo apenas existía en las dos primeras divisiones de esa disciplina deportiva conocida como deporte rey.

A esta conclusión se llega igualmente realizando un breve análisis del proceso de inclusión de los deportistas profesionales en el Régimen General de la Seguridad Social. Antes incluso de la entrada en vigor del RD 318/1981, la primera norma de carácter público que consideró a éstos en el ordenamiento jurídico fue el RD 2806/1979, de 7 de diciembre, mediante la cual se establecía el Régimen Especial de la Seguridad Social de los jugadores de fútbol. Este Reglamento es fruto del desarrollo de los acuerdos AFE-Clubes de 1979, que tienen en esta disposición su primer decantamiento, y mediante la cual se procedió a incluir en la Seguridad Social exclusivamente a la modalidad del fútbol. Esta lógica tan explícita en las normas de Seguridad Social late igualmente en los RRDD sobre la relación laboral especial de los deportistas profesionales (donde de la misma manera resulta patente la influencia de esta modalidad deportiva). No sería hasta principios de los noventa cuando baloncestistas y ciclistas fueran, por primera vez, sujetos atendidos por las normas laborales⁴¹.

Así las cosas, en la actualidad el RD 1006/1985 es aplicado de forma usual a los deportistas de cualquier modalidad deportiva con independencia de que practiquen el fútbol o no, pues la sola constatación de los presupuestos previstos en el art. 1.2 de la norma reglamentaria resultan elementos suficientes para subsumir la prestación en esta norma especial. Evidentemente las consecuencias no son siempre las deseadas, pues el marco diseñado por el texto emanado de la voluntad gubernamental tenía como criterio un deporte, el fútbol, con unas especiales características laborales de protección al deportista. Éstas aplicadas en divisiones inferiores o en otras modalidades no alcanzan el objeto perseguido; incluso, en algunas ocasiones, obtienen el contrario.

⁴¹ RR DD 1820/1991, de 27 de diciembre y 766/1993, de 21 de mayo, respectivamente.

C) Términos de la regulación

Superado el escollo que durante muchos representó la negación de naturaleza laboral a la práctica del deporte, aprobada una norma específicamente dirigida a reglamentar sus peculiaridades y desarrollada incluso una incipiente negociación colectiva en el sector⁴², la delimitación de la figura del deportista profesional –y por tanto la del ámbito de aplicación de aquella norma especial– sigue siendo todavía fuente principalísima de litigiosidad.

Como es sabido, de acuerdo con el art.1.2 RD 1006/1985, de 26 junio, “son deportistas profesionales quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución”.

Esto es, el deportista sujeto del contrato de trabajo es aquel que se dedica a la *práctica del deporte* de manera *regular* para un *Club o entidad deportiva*, pero haciéndolo en las condiciones propias de un contrato de trabajo; esto es, como trabajador *dependiente por cuenta ajena* y, como tal, *retribuido*. En este sentido, debe advertirse el mimetismo existente entre el art.1.2 RD 1006/1985 y el art. 1.1 ET al referirse ambos a una clase de trabajo (en este caso la práctica del deporte) que se desarrolla “por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección” del empresario (club o entidad deportiva) a cambio de una retribución⁴³.

Sobre esta definición, la decisión en cada caso concreto sobre la presencia o no de un deportista profesional en el sentido del RD 1006/1995 no es siempre fácil. Primero porque se ha de convenir si la persona cuya relación se juzga es o no un deportista –según la jurisprudencia lo son, por ejemplo, los técnicos y entrenadores⁴⁴ (pero no el seleccionador nacional⁴⁵), incluso si se trata de segundos entrenadores, directores técnicos de equipos y técnicos asimilados⁴⁶ y ¡hasta los denominados “ojeadores”⁴⁷!. En cambio, no lo son los árbitros⁴⁸ o los masajistas⁴⁹–. Y segundo

⁴² Véase K. IRURZUN UGALDE, *La negociación colectiva en el deporte profesional*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, 2005, págs. 169 y ss.

⁴³ F. DURÁN LÓPEZ, “La relación laboral especial de los deportistas profesionales”, *Relaciones Laborales* 1985-II, pág. 266.

⁴⁴ Entre otras, SSTS 14 mayo 1985 (RJ 1985, 2710), 14 febrero 1990 (RJ 1990, 1087), 28 mayo 1990 (RJ 1990, 4506), 5 diciembre 1997 (RJ 1997, 9306). En la doctrina, sobre el particular, puede verse T. SALA FRANCO Y R. ROQUETA BUJ, “La naturaleza jurídica de las relaciones que unen a los entrenadores y clubes deportivos”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1997, págs. 39-58; M. CARDENAL CARRO, *Deporte y Derecho: Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Murcia 1996. Una posición muy crítica en K. IRURZUN UGALDE, “La prestación laboral del entrenador. Naturaleza jurídica de la prestación en las Sentencias de los Tribunales”, *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 4, 1994, págs. 225y ss.

⁴⁵ STSJ Madrid 16 marzo 1992 (AS 1992, 1619), ATS 21 julio 1993 (RJ 1993, 7024).

⁴⁶ Entre otros muchas, STSJ Galicia 26 diciembre 2003 (AS 2003, 1677), STSJ País Vasco 25 febrero 2003 (AS 2003, 2131), STSJ Madrid 9 marzo 2001 (AS 2001, 1764), STSJ Cantabria de 2 julio 1997 (AS 1997/2422); STSJ Murcia de 25 noviembre 1991 (AS 1991, 6277), STSJ Castilla y León, Valladolid de 10 abril 1995 (AS 1995,1392), STSJ Madrid de 13 marzo 1996 (AS 1996, 540).

⁴⁷ STSJ Cantabria de 2 julio 1997 (AS 1997/2422), STSJ Murcia de 5 diciembre 2005.

⁴⁸ STSJ Madrid 25 febrero 1998 (AS 1998, 603); STSJ Galicia 4 febrero 1999 (AS 1999, 56); STSJ Comunidad Valenciana 9 marzo 2000 (AS 2000, 2984).

porque, una vez aceptada la condición de deportista, todavía será necesario determinar si se trata de un verdadero deportista profesional en cuya relación pueden identificarse la notas propias del contrato de trabajo (ajenidad, dependencia, retribución) o se está ante lo que se conoce como un *deportista aficionado* o *amateur* no vinculado laboralmente con el club en el que –y para el que– desarrolla la práctica del deporte.

El importantísimo artículo primero del RD 1006/1985 es el precepto que contiene las inclusiones, descripciones y exclusiones principales. Resulta inevitable su detenida lectura para comprender cuanto más adelante se irá diciendo.

Uno.— El presente Real Decreto regula la relación especial de trabajo de los deportistas profesionales, a la que se refiere el artículo segundo, número uno, apartado d) del Estatuto de los Trabajadores.

Dos.— Son deportistas profesionales, quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución.

Quedan excluidas del ámbito de esta norma aquellas personas que se dediquen a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club percibiendo de éste solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva.

Tres.— Quedan incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto las relaciones con carácter regular establecidas entre deportistas profesionales y empresas cuyo objeto social consista en la organización de espectáculos deportivos, así como la contratación de deportistas profesionales por empresas o firmas comerciales, para el desarrollo, en uno y otro caso, de las actividades deportivas en los términos previstos en el número anterior.

Cuatro.— Las actuaciones aisladas para un empresario u organizador de espectáculos públicos, de deportistas profesionales a que se refiere este Real Decreto, estarán excluidas de la presente regulación, sin perjuicio del carácter laboral común o especial que pueda corresponder a la contratación y de la competencia de la jurisdicción laboral para conocer de los conflictos que surjan en relación con la misma.

Cinco.— Los actos, situación y relaciones que afectan a los deportistas profesionales propios del régimen jurídico deportivo se regirán por su normativa específica. Se entienden por tales, la determinación de la forma, clase y naturaleza de las competiciones, su organización, el señalamiento de las reglas del juego y el régimen disciplinario aplicable a los infractores de tales reglas.

Seis.— Las presentes normas no serán de aplicación a las relaciones entre los deportistas profesionales y las Federaciones Nacionales cuando aquéllos se integren en equipos, representaciones o selecciones organizadas por las mismas.

⁴⁹ SJS núm. 7 de Navarra de 7 abril 2004 (JUR 2004, 191519) y 16 abril 2004 (AS 2004, 1691).

D) Caracterización descriptiva⁵⁰

a. La denominación del contrato y su voluntariedad

1º Deporte aficionado

Sin duda, la finalidad que orienta la práctica del deporte es un dato muy apto para poner de manifiesto la naturaleza de una relación deportiva. Y es que, es muy cierto que, como ya dijera ALONSO OLEA, en cita muchas veces repetida, “el deportista profesional no juega, a diferencia del aficionado, sino que trabaja, no practica el deporte por afición, sino que ofrece y presta sus servicios a un empresario mediante un salario⁵¹”.

El problema –común a otros supuestos fronterizos como las relaciones de los becarios o las de los voluntarios al servicio de ONG’s– es que la pura intención con que una persona realiza una actividad o el fin que persigue con ella no basta a los efectos que ahora se consideran. Esto es, si la finalidad no es laboral, sino de otro tipo (formativa, solidaria, deportiva), tal circunstancia deberá manifestarse en hechos y actos concretos y tangibles que pongan de relieve la ausencia de laboralidad.

2º Calificación federativa

Como regla, los reglamentos y estatutos federativos parten de la distinción entre deportista aficionado y deportista profesional (por ejemplo, art. 14 Estatutos RFEF: “los futbolistas pueden ser profesionales o aficionados”) y lo que regulan es la expedición de licencias de uno u otro carácter. Siendo así, parecería criterio sencillo y seguro atender a la calificación federativa. Tal era lo que en su momento postuló el Estatuto Orgánico de la Delegación Nacional de Deportes aprobado por Orden de 7 de junio de 1945 al ensayar en su art. 39 una de las primeras delimitaciones normativas entre deportista profesional y aficionado. Y es que, según dicho precepto –inspirado en la calificación de deportista aficionado establecida en el 28º Congreso del COI celebrado en Berlín del 25 al 30 de Mayo de 1930–, eran “considerados aficionados para participar en los juegos olímpicos los atletas que sean calificados como tales por los Estatutos y Reglamentos de las Federaciones internacionales, siempre que estos atletas sean calificados de acuerdo con la resolución acordada en Praga por el Congreso Olímpico de 1925; es decir que no podrán ser calificados: 1º) todo aquel que sea, o haya sido, con conocimiento de causa, profesional en su deporte o en cualquier otro. 2º) todo aquel que haya recibido compensaciones por el concepto de salarios perdidos” (sic).

Más aún, el RD 318/1981 expresamente hacía de la calificación federativa un elemento integrante de la definición de deportista profesional al establecer que “son deportistas profesionales, a los efectos del presente Real Decreto, quienes, en posesión de la correspondiente licencia federativa, se dediquen regularmente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución, cualquiera que sea su forma, cuantía y clase” (art. 1.2).

El criterio, sin embargo, no es nada seguro. Y la mejor prueba de su inoperancia es que una de las principales innovaciones del RD 1006/1985 fue,

⁵⁰ En este punto se sigue a J. LUJÁN ALCARAZ, “Las fronteras del Deporte profesional”, *Aranzadi Social*, nº 3, 2008.

⁵¹ M. ALONSO OLEA.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1978, pág. 57.

justamente, la supresión de todas las referencias a las Federaciones, y entre ellas la mención a las licencias en la delimitación de su ámbito de aplicación.

Es cierto que de acuerdo con el art. 1.5 RD 1006/1985, de 26 junio, “los actos, situación y relaciones que afectan a los deportistas profesionales propios del régimen jurídico deportivo se regirán por su normativa específica”. Pero también es claro que estos actos, situaciones y relaciones son exclusivamente las de naturaleza deportiva. Y, por si alguna duda hubiera, el propio precepto ejemplifica la regla general al señalar que “se entienden por tales, la determinación de la forma, clase y naturaleza de las competiciones, su organización, el señalamiento de las reglas del juego y el régimen disciplinario aplicable a los infractores de tales reglas”.

Y es que, en la práctica del deporte profesional confluyen dos ordenamientos distintos, el deportivo y el laboral; pero esta confluencia no es excluyente, sino que cada uno de ellos regula un aspecto distinto de la cuestión⁵². Y siendo así, no admite discusión que la determinación de la condición de deportista profesional y, por tanto, de la existencia o no de contrato de trabajo es algo que debe hacerse en interpretación y aplicación de la legislación laboral, sin tener en cuenta la calificación que federativamente se haya dado al deportista y sin tener en cuenta si la competición en la que éste participa es o no de las consideradas profesionales.

En este sentido, diferentes resoluciones judiciales ya han advertido que la calificación federativa como deportista profesional o aficionado es irrelevante en orden a la determinación judicial de la naturaleza de una relación. No en vano, la primera jurisprudencia que en los años setenta declaró la laboralidad del contrato de los futbolistas lo hizo precisamente tras negar toda eficacia a las normas federativas que contra la más evidente realidad calificaban a los jugadores como meros deportistas aficionados. Cosa distinta es que, en determinadas situaciones la calificación federativa pueda tomarse como “un dato indicativo de (la) condición (del deportista), que no vincula a los órganos judiciales”⁵³.

3º Calificación de las partes

La misma ineficacia calificadora que se predica de la calificación federativa hay que postular respecto de la calificación que el deportista y el club o entidad deportiva dan a su relación como profesional o aficionada. Es muy sabido que los contratos tienen la naturaleza jurídica que deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes. Y siendo así, sobre la calificación que éstas hacen debe prevalecer la naturaleza más conforme a la realidad de la relación manifestada por los actos realizados en su ejecución⁵⁴.

4º Voluntariedad

Por lo que respecta a la voluntariedad, ha sido criticada por considerar desafortunada la expresión “voluntariamente” pues parece expresar que existen

⁵² Sobre el particular puede verse G.DIÉGUEZ CUERVO, “Sobre la confluencia de ordenamientos en el trabajo de los deportistas”, *Actualidad Laboral*, 4, 2007.

⁵³ STSJ Castilla-La Mancha de 18 abril 1996 (AS 1996, 1381). En la doctrina puede verse, por todos, a J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, “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* nº 25, Consejo General del Poder Judicial, 1992, págs. 129 y ss..

⁵⁴ Entre otras que pueden citarse, STS 21 junio 1990 (RJ 1990, 5501), STS 5 junio 1990 (RJ 1990, 5020).

prestaciones deportivas forzosas. Sin embargo esta nota hace referencia a la dedicación voluntaria a la “práctica del deporte” lo que determina que todos aquellos empleados de clubes o entidades deportivas que no desarrollen actividades de esta índole, así como los que desempeñan actividades conexas que no gozan de esta naturaleza, quedan excluidos de la aplicación del Real Decreto y se encontrarán sometidos a la denominada normativa general o común salvo que puedan ser calificados como personal de alta dirección en cuyo caso se someterán a la correspondiente normativa específica.

b. La dependencia

En lo que respecta a la nota de ajenidad y dependencia, la misma plantea problemas al mimetizarla con esa característica en la relación laboral común toda vez que existen deportes en los que resulta difícil determinar si quien los practica se encuentra “dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva”, sobre todo en los deportes de carácter individual como el motociclismo y el atletismo. No obstante, esta nota característica es innegable, dado que el contrato de trabajo mediante el cual se establece y formaliza la relación entre el deportista y el club o entidad deportiva conlleva la dependencia, y el trabajo por cuenta ajena.

1º Identificación

Ni la finalidad de la práctica del deporte, ni la calificación federativa, ni la calificación que de las partes dan a sus relaciones son, en definitiva, criterios decisivos para fundamentar una decisión sobre la condición de un deportista como profesional o aficionado. Y es que, la distinción entre unos y otros solo puede resultar de la aplicación de las normas laborales y se resuelve en cada caso concreto en un juicio sobre la existencia o no de relación laboral.

Esto es, será deportista profesional aquel que realice su actividad de manera personal, voluntaria, dependiente, por cuenta ajena y retribuida. En realidad, esto es lo que afirma de manera directa y sin rodeos el art. 1.2 RD 1006/1985; que son deportistas profesionales los que se dedican a la práctica del deporte “por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución”.

Visto así, el problema podría tener fácil solución. Solo será deportista profesional aquel que desarrolle su trabajo del mismo *modo* en que lo hacen los demás trabajadores asalariados. Lo que ocurre es que la solvencia teórica del criterio contrasta con su escasa utilidad práctica. Primero porque la misma definición de deportista aficionado propuesta por el art. 1.2.2º RD 1006/1985 se refiere a la inclusión del aquel “dentro del ámbito de un club”. Y, segundo porque, como es sabido, el juicio sobre la laboralidad o extralaboralidad de una relación de trabajo se resuelve en la mayoría de los casos en la valoración de un variado conjunto de indicios reveladores del tipo de vínculo que ligó a las partes; y esos indicios no ofrecen en el caso que ahora se estudia la seguridad y convicción que serían menester para apoyar una calificación u otra. Sobre todo porque la dedicación que exige la práctica del deporte es muy similar en deportistas profesionales y en deportistas aficionados y muy fácilmente podría confundirse lo que es el mero sometimiento a la disciplina deportiva con la verdadera dependencia laboral. Por ejemplo, STSJ Castilla-León 14 abril 2004 (AS 2004, 1491) creyó ver en la imposición de obligaciones de entrenamiento, de localización, de horario, de equipamiento

deportivo indicios de dependencia. Y sin embargo, es claro que tales obligaciones son comunes a la práctica del deporte profesional y del deporte amateur⁵⁵.

2º Exclusiones e inclusiones

Aunque esta definición parece exenta de dudas y parece excluir a aquellos deportistas que no formen parte de un club o entidad deportiva, como es el caso de los que practican deportes de carácter individual, el propio texto regulador incluye dentro de su ámbito de aplicación las relaciones que con carácter regular se establezcan entre deportistas profesionales y empresas cuyo objeto social consista en la organización de espectáculos deportivos, así como la contratación de deportistas profesionales por empresas o firmas comerciales, para el desarrollo, en uno y otro caso, de las actividades deportivas lo que permite entender que se está ante la inclusión de los deportistas profesionales que practican deportes individuales, si bien es cierto, que aquellos que prestan sus servicios por cuenta propia se encuentran jurídicamente desamparados.

Amén de que esta definición puede considerarse insuficiente en muchos aspectos, circunstancia que no subsanada por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte que ni siquiera menciona, puede llegarse a la paradoja de no considerar profesionales a deportistas a quienes ejercen su actividad al margen de clubes o entidades deportivas como el caso de jugadores de golf o tenistas, que practican su deporte de forma individual y que estarían excluidos tanto del ámbito de aplicación del Real Decreto como de la consideración de “deportistas profesionales” (Rafa Nadal o Sergio García no serían “deportistas profesionales”). Tampoco les resultaría de aplicación a la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores y por lo tanto cabría pensar que fueran considerados trabajadores autónomos.

De lo expuesto podemos concluir que son deportistas los que tienen la consideración de profesionales por ser asalariados y a les que resulta de aplicación el Real Decreto 1006/1985 y, supletoriamente, la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores que en su artículo 1 establece la aplicación de la Ley a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario, determinado en su artículo 2 el carácter especial de la relación laboral de los deportistas profesionales, especialidad que denota la presencia de un régimen jurídico distinto al de las relaciones laborales comunes motivado por la especialidad del trabajo dado que al referir a los deportistas profesionales se está ante un tipo de trabajo singular denominado “a la parte” o parciario puesto que en este caso los trabajadores son contratados, y por lo tanto dependientes con la particularidad de que su retribución proviene en parte del producto de la explotación a la que sirven (Diéguez, 1995). De la misma forma esta especialidad deriva de otras circunstancias como el lugar de presentación de los servicios, las particulares características del propio empleador o empresario, la integración del trabajador en un espectáculo de masas, la corta vida del deportista profesional, las exigencias relacionadas con el tiempo de trabajo, el alto nivel de exigencia física o las exigencias derivadas de la competición.

⁵⁵ Véase STSJ Extremadura 3 julio 2000 (AS 2000, 1491).

3º Regularidad

En lo que se refiere a la regularidad, ha de estarse a lo establecido en el art. 6 RD 1006, sobre la duración del contrato, y la naturaleza esencialmente temporal. No obstante, esta característica no ha sido objeto de demasiada controversia pues se ha considerado obvio que los contratos suscritos entre deportistas profesionales y clubes o entidades deportivas tienen por objeto la prestación de un trabajo a lo largo de una serie de jornadas, lo que los dota de continuidad por fijarse en un tiempo concreto en el que se hará efectiva la prestación de los servicios que constituya la jornada laboral, bien establecida en convenio colectivo o en el propio contrato respetando siempre el límite legal vigente determinado por el Estatuto de los Trabajadores (40 horas semanales) dentro de la cual no se incluyen con carácter general los tiempos de concentración ni los empleados en los desplazamientos hasta el lugar en el que se celebre la competición.

Así, la jornada laboral vendrá determinada por el tiempo de prestación efectiva de los servicios por parte del deportista profesional y por el tiempo en el que esté bajo las órdenes directas del club o entidad deportiva a efectos de entrenamiento o preparación física y técnica para la competición. En relación con la jornada laboral ha de tenerse igualmente el respeto a los descansos semanales respecto de los cuales puede establecerse una regulación flexible siendo el mínimo de 36 horas semanales.

c. La retribución

La retribución, supone un requisito esencial de cualquier relación laboral y por lo tanto también de las de carácter deportivo, pues el propio Real Decreto 1006/1985 excluye de su ámbito de aplicación a aquellas personas que perciban solamente la compensación de los gastos derivados de su actividad deportiva. Esta remuneración viene determinada por el salario que recibe el deportista profesional y que se compone tanto de percepciones en metálico como en especie que el club o entidad deportiva le entregue como retribución por la prestación de sus servicios, excluyéndose de este concepto las percepciones recibidas en concepto de indemnizaciones, los suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos, tal y como se desprende de lo establecido en el artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores (denominadas “percepciones extrasalariales”). Aun con todo lo detallado anteriormente ha de tenerse en cuenta que los deportistas profesionales, dependiendo de su categoría, tendrán derecho a percibir una retribución mínima garantizada por convenio colectivo.

1º Compensación de gastos

De acuerdo con el inciso 2º del art. 1.2 RD 1006/1985, “quedan excluidos del ámbito de esta norma aquellas personas que se dediquen a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club percibiendo de éste solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva”.

Así las cosas, el estudio de las retribuciones del deportista no puede hacerse entendiéndola como la contraprestación valorable económicamente del trabajo realizado, sino que habrá de ponderarse la percepción de retribución considerada como determinante para delimitar la franja entre deportistas aficionados y profesionales, toda vez que con la voluntariedad, la ajeneidad y la dependencia, estas son las notas que configuran y conforman esta relación laboral especial de los

deportistas profesionales. Así, la regulación de la relación laboral especial de los deportistas profesionales, y la ausencia de una inequívoca definición de las notas configuradoras ha derivado que por los tribunales, en la mayor parte de los casos, se haya acudido a la cuantía de las retribuciones para determinar la calificación de un deportista como profesional o aficionado, y todo con independencia de la calificación que el propio club o entidad deportiva haya realizado en la licencia federativa.

La doctrina jurisprudencial y la doctrina judicial, ante la ausencia en el RD 1006/1985 de una cantidad o importe de mínimos, establece un criterio abierto en virtud del cual se puede considerar como compensación de gastos las cantidades abonadas al deportista para resarcir el coste que le supone la práctica del deporte, habitualmente pago de gasolina o transporte público, siempre que sean ciertos y sean efectivamente abonados por el propio deportista.

En principio, pues, parece que no son *deportistas profesionales* los *deportistas* cuya actividad deportiva no está retribuida como tal toda vez que practican el deporte exclusivamente por gusto y afición. Se trata, qué duda cabe, de una sensata decisión legislativa; y es que no se ve cómo estos deportistas por afición pueden quedar sujetos a un club o entidad deportiva en la misma forma o manera que lo hace quien es sujeto del contrato de trabajo. Sin embargo, en la práctica la distinción genera numerosos problemas. Como siempre que se trata de separar, distinguir y clasificar entre las variadísimas formas en que las personas cooperan unas con otras aportando su esfuerzo a un fin común, la frontera entre el deportista profesional y el deportista aficionado tampoco es pacífica y segura. Afirmar como hace la norma que es aficionado quien solo recibe compensación de gastos no deja de ser una caracterización incompleta de la figura. Y es que, en realidad el problema reside en la dificultad para definir mediante rasgos que aporten seguridad y certeza la figura del deportista aficionado. Y, sobre todo, el problema está en que justamente entre las fisuras que ofrece cualquier aproximación a la noción de deportista aficionado como categoría distinta de la deportista profesional se coló hace ya mucho tiempo el llamado *amateurismo marrón*, una práctica considerada con razón como “el punto más saliente en la discusión sobre el ámbito de aplicación (del RD 1006/1985)”⁵⁶.

2º El deporte como medio de vida

Consciente del problema, el legislador ha procurado una solución plausible. Y es que los deportistas aficionados excluidos del ámbito de aplicación del RD 1006/1985 son justamente quienes se dedican “a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club percibiendo de éste solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva” (art. 1.1 2º).

Teóricamente el criterio parece bastante seguro: no puede considerarse profesional quien no cobra por su trabajo. Sin embargo, habrá que poner especial cuidado al aplicarlo para evitar, sobre todo, que una interpretación formal del mismo aboque a un resultado no querido por el legislador. Una cosa es que la ausencia de retribución sea un indicio muy cualificado de extralaboralidad y otra muy distinta

⁵⁶ J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, “«Amateurismo marrón» (Los profesionales del deporte encubiertos)”, en *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 19, 2007, págs. 25 y ss. También puede verse J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y R. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, “Una vez más sobre las difíciles, y no resueltas fronteras entre el profesional del deporte y el falso amateur”, *Revista Jurídica del Deporte*, num. 15, 2005. págs. 269 y ss.

que dicha ausencia baste para impedir que sea calificado como trabajador asalariado quien en realidad lo es pero sufre el impago total o parcial del salario.

En todo caso, en el ámbito del deporte el problema mayor que presenta el criterio en cuestión es el que plantea la posibilidad del amateur compensado (art. 1.2 RD 1006/1985) y, sobre ella, la práctica del denominado amateurismo “marrón” constitutivo de pura y simple simulación contractual. Y es que, para aplicar correctamente el art. 1.2.2º RD 1006/1985 habrá que decidir previamente cómo se diferencia a estos efectos entre *retribución* y *compensación de gastos* y cuándo la aparente compensación de gastos deja de serlo y se convierte en salario⁵⁷.

En este sentido, convendrá dejar claro de entrada que ningún valor puede otorgarse a la calificación de parte. Esto es, las cantidades recibidas por el deportista serán compensación de gastos porque realmente ésa sea su función, no porque así las denominen las partes. En cambio, habrá que tener muy presente que el abono de cantidades fijas devengadas periódicamente es un fuerte indicio de laboralidad, pues, por propia naturaleza, la compensación de gastos es variable en su importe e irregular en su devengo.

En todo caso, la consideración de la cuantía de lo percibido se presenta como el criterio diferenciador más fértil. Y ello tanto en una consideración absoluta como relativa. Sin duda, la entidad de las cantidades entregadas, en sí misma considerada, constituye un indicio bastante seguro de su naturaleza⁵⁸. Otra cosa es cómo valorar a estos efectos la entidad o importancia de la cantidad entregada, aunque al respecto ya se ha propuesto como solución mejor atender a la cuantía del salario mínimo interprofesional⁵⁹. Pero es que, además, la relación cuantitativa que puede establecerse entre las sumas percibidas por el deportista y su declarada finalidad (abono de gastos de viaje, alojamiento, manutención) puede y debe orientar sobre la naturaleza de lo percibido y, por ende, de la relación misma. Esto es, deberá existir una cierta proporción entre lo recibido y los gastos a sufragar. Y, por tanto, excederá de la consideración de compensación de gastos toda cuantía que sobrepase claramente el coste que éstos pueden alcanzar.

⁵⁷ Puede verse, entre otros, M.T. SOSA MANCHA y E. GARCÍA SILVERO, “Acerca del carácter retributivo o compensador de las percepciones económicas de los deportistas profesionales”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2000, págs. 34 y ss.

⁵⁸ Sin embargo, STSJ Castilla-La Mancha de 18 abril 1996 (AS 1996, 1381) considera que el monto retributivo es indiferente (*in casu*, se afirma la existencia de relación laboral siendo el salario pactado entre un equipo de competición de ámbito geográfico regional y los demandantes entre 20.000 y 30.000 pesetas al mes).

⁵⁹ Véase en este sentido, STSJ País Vasco 20 febrero 2007 (AS 2007, 1774). Se estudió en ella el caso de un deportista que suscribió un documento para la prestación de servicios como futbolista aficionado pactándose el percibo (“en concepto de gastos”) de las siguientes cantidades durante la temporada 2005-2006: diez mensualidades de 1.000 euros pagaderos de septiembre a junio, 600 euros por jugar 25 partidos, 600 euros por jugar 35 partidos, así como una parte variable que se negociaría globalmente con los jugadores, quedando probado que, como consecuencia del ascenso del equipo de 3ª división a la categoría de 2ª B, se le hizo acreedor a una prima de 2.400 euros más. Pues bien, la conclusión de la sala es que difícilmente creerse que quien recibe esas cantidades no sea un profesional del deporte. Y es que, como señala la sentencia referenciada “la retribución total percibida por el actor durante la temporada 2005-2006 de 13.600 euros (...), dividida entre doce meses, arroja un importe mensual de 1133,33 euros, importe (que) supera el doble del SMI correspondiente a ese año”. Véanse SSTS Madrid 21 diciembre 2004 (AS 2004, 4026), SSTSJ Extremadura 13 marzo 2000 (AS, 1697), 23 marzo 2005 (AS 2005, 449), 10 junio 2005 (AS 2005, 1289).

En relación con lo anterior, el análisis de las diferentes partidas que integran la compensación de gastos es otro relevante aspecto del proceso de calificación. Y es que junto a gastos cuya naturaleza y procedencia es poco discutible, otros pueden plantear serias dudas. Por ejemplo, las becas para estudios⁶⁰ o los premios por objetivos conseguidos⁶¹. En todo caso –y salvo que su cuantía no resulte significativa–, es claro que no compensan gastos las cantidades devengadas en concepto de tiempo perdido por el deportista a consecuencia de la práctica deportiva⁶².

En último término, afirmar que el deportista profesional percibe un salario por la práctica del deporte que realiza “por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución” equivale a decir que la práctica del deporte es –o, al menos, puede ser– su medio fundamental de vida. Por eso se le llama, con toda razón, *profesional*. Y siendo así, la aptitud de la compensación que recibe el deportista para satisfacer las necesidades vitales del deportista y de los suyos puede ser –al margen de que, en efecto, los ingresos se dediquen o no cubrir esas necesidades; y al margen también de que el deportista pueda o no tener otros trabajos y, por tanto, otros ingresos⁶³– un elemento esencial en el proceso de calificación. Y es que, como ya advirtiera la vieja STS 3 noviembre 1972 (RJ 1972, 5435) –recientemente citada, entre otras, por SSTSJ Extremadura 3 julio 2000 (AS 2000, 3908) y 23 marzo 2005 (AS 2005, 449) –, o que singulariza al deportista profesional es una dedicación íntegra, absoluta y permanente a la práctica del deporte “impeditiva de cualquier otra actividad que le permita subvenir a sus necesidades”. De este modo, “dedicación absoluta, pleno ejercicio y entrega de sus facultades y por retribución constitutiva de su medio de vida” resultarían ser los rasgos diferenciadores del deportista profesional frente al mero aficionado. En definitiva, aunque como regla general la práctica deportiva no es medio habitual de vida sino actividad integrada en la enseñanza y ocasión de ocio para infinidad de personas, cuando el deportista hace de ella “su profesión o

⁶⁰ Por ejemplo, STSJ Andalucía/Sevilla 23 enero 1998 (AS 1998, 1311) conoció de un denominado “acuerdo de formación deportiva, en cuya virtud el actor recibiría formación, mediante los recursos de que el club disponía, participando en las competiciones en que se inscribiera el mismo, que sólo alcanzó categoría de aficionados, percibiendo de la entidad el actor una beca formativa de baja cuantía”. Véase sobre la cuestión STSJ Extremadura 23 marzo 2005 (AS 2005, 449).

⁶¹ STSJ Madrid 21 diciembre 2004 (AS 2004, 4026), STSJ Cataluña 28 septiembre 2006 (AS 2006, 126).

⁶² STCT 14 octubre 1983 (8450); STC 13 julio 1983 (6948); STSJ Extremadura 22 octubre 1990 (1363).

⁶³ Como es sabido, la falta de exclusividad en absoluto niega la existencia de contrato de trabajo. No obstante, STCT 6 noviembre 1979 [RTCT 1979, 6617], negó erróneamente la existencia de contrato de trabajo por simultanear el jugador esta actividad con otra dedicación productiva Cfr. al respecto STSJ Cantabria 13 diciembre 1994 [AS 1994, 4886]). En palabras de STSJ de Galicia 23 febrero 2005 (JUR 2005, 79958) “el desarrollo de otro trabajo tampoco desvirtúa la naturaleza profesional de la relación entre las partes, dadas las circunstancias concurrentes relativas a la categoría en que milita el club y el monto de las retribuciones que puede abonar en función de sus posibilidades económicas, lo que configura una situación asaz diferente a la de otros deportistas profesionales de «élite» que al militar en clubes que compiten en superiores categorías, contando con mas recursos económicos y retribuyendo a sus trabajadores con muy importantes o, valga la expresión, astronómicas sumas de dinero, al menos en parangón con los emolumentos que percibe la inmensa mayoría de la población laboral activa, parece lógico que, en tales casos, dichas entidades deportivas exijan a sus «trabajadores» la exclusividad en la relación laboral”.

dedicación principal y habitual, realizándola justamente por la remuneración que percibe a cambio”⁶⁴, deberá concluirse que se trata de deportista profesional.

3º Amateurismo compensado y retribuciones en la doctrina judicial

La doctrina judicial (STCT 14 octubre 1983, SSTSJ Andalucía [Sevilla] de 7 de mayo 1996 (AS 1996, 3473) y 20 de junio 1996 (AS 1996, 3571)) surgida en torno a dicho precepto, tiene establecida que la calificación de “aficionado” (amateur) o “profesional” de un jugador hecha por la federación u organismo competente, no es vinculante a efectos jurídicos para los tribunales, que pueden llegar a solución distinta, a la vista de las reales condiciones en que se practica el deporte, por cuanto aquellos deportistas contratados como aficionados, que reciben una remuneración o sueldo del Club, por cuya cuenta y provecho actúan, estando sometidos a su dirección y disciplina, tienen la consideración de profesionales (STCT 14 octubre 1983), en realidad ha de distinguirse según que sean retribuidos exclusiva o simplemente con cantidades pequeñas en compensación de los gastos derivados de la práctica del deporte, en cuyo supuesto quedan fuera del ámbito de aplicación del estudiado Real Decreto, o que se abone “algo más” por el Club, en cuyo caso estamos ante una relación laboral especial, y la competencia es del orden social, conforme al art. 19 del Real Decreto.

Esta cuestión ha generado, y sigue generando una gran incertidumbre, y ha exigido el pronunciamiento de los juzgados para determinar si las cantidades percibidas por el deportista constituyen una retribución de sus servicios y no una mera compensación por gastos. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 23 de febrero de 2005 estableció que la situación jurídica del actor, en cuanto a su relación con el club demandado, es susceptible calificarse como de futbolista profesional, al concurrir las notas que caracterizan a la misma recogidas en el artículo 1.2 en relación con el artículo 8.2 ambos del Real Decreto 1006/1985, sin que a tal consideración sea óbice el hecho de que en el contrato se hubiese hecho constar que el actor prestaría servicios como futbolista aficionado ni tampoco que la licencia expedida por la RFEF lo fuese en tal consideración de jugador aficionado, pues la calificación de profesional o aficionado efectuada por los Organismos federativos no vincula a los Órganos Jurisdiccionales, que, en atención a las circunstancias que concurran en cada caso, pueden calificar de forma diferente la relación del deportista con el club de que se trate, como noticia, y se autocita, la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de 5.11.1996, recaída en un supuesto de análogas características al presente y, en la que se establece que, el desarrollo de otro trabajo tampoco desvirtúa la naturaleza profesional de la relación entre las partes, dadas las circunstancias concurrentes relativas a la categoría en que milita el club y el monto de las retribuciones que puede abonar en función de sus posibilidades económicas, lo que configura una situación asaz diferente a la de otros deportistas profesionales de "élite" que al militar en clubes que compiten en superiores categorías, contando con más recursos económicos y retribuyendo a sus jugadores con muy importantes o, valga la expresión, astronómicas sumas de dinero, al menos en parangón con los emolumentos que percibe la inmensa mayoría de la población laboral activa, parece lógico que, en tales casos, dichas entidades deportivas exijan a sus "trabajadores" la exclusividad en la relación laboral, siendo de reseñar que la percepción de cantidades en cuantía fija y constante con

⁶⁴ STSJ Andalucía/ Sevilla 23 enero 1998 (AS 1998, 1311).

periodicidad mensual, aun cuando no pueda ser tachada de especialmente significativa o elevada, es bastante para considerar, en atención a la categoría en la que milita el club demandado, que no constituye una "compensación económica" por los gastos que se irrogasen al actor derivados de la práctica deportiva de referencia sino que es el salario que retribuye los servicios prestados por el futbolista al club que lo contrató, esto es, el Atlético Arteixo, todo lo cual, unido al hecho de que el actor estaba bajo la disciplina de la entidad demandada y obligado a cumplir las normas de dicha entidad, pone de relieve la concurrencia de una relación laboral especial de deportista profesional regulada por el Real Decreto 1006/85.

Esta resolución trata, el llamado "amateurismo compensado" o "amateurismo marrón", problema que tiene su origen precisamente en el hecho de que la normativa no establezca una definición clara de deportista profesional y que tampoco delimite con claridad qué cantidad ha de considerarse como retribución y cuál como mera compensación de gastos.

La ya vetusta sentencia del año 1983 del Tribunal Central de Trabajo, de fecha 14 de febrero, que define el "*jugador aficionado compensado*" como aquel deportista que aun teniendo la calificación federativa de "amateur" recibe una retribución; para establecer que el "*jugador aficionado compensado*" viene a ser "un supuesto intermedio o fronterizo entre las dos situaciones (profesional y aficionado), pues de una parte su consideración, dentro de la esfera deportiva, es la de aficionado, y por otra, en cambio, recibe una remuneración, lo cual es característico de la profesionalidad. Se ha de advertir que al hablar aquí de remuneración, el TCT no se refiere a las cantidades que pudieran percibir los jugadores en compensación de gastos de viaje, alojamiento, manutención, etc., que tienen una clara finalidad reparadora y son perfectamente compatibles con la condición de aficionados de los deportistas que los reciben, refiriéndose tan sólo a las sumas que cobran los jugadores y que exceden claramente de esos fines compensatorios o reparadores de los gastos o perjuicios ocasionados.

4º Criterio del Tribunal Supremo

Otra resolución, más reciente, y de hondo calado, es la de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 2 de abril de 2009, la cual ha supuesto una revolución en el tratamiento de esta materia y ha marcado un antes y un después, por cuanto prestaremos especial atención a sus Fundamentos Jurídicos tercero y cuarto, y así, establece que "*a efectos propiamente definitorios, la única particularidad que la relación especial de los deportistas profesionales presenta frente a la relación laboral común, es la especificidad del servicio prestado, porque –aparte de lo indicado– requiere la presencia de todos los presupuestos que caracterizan el vínculo ordinario de trabajo*".

La citada resolución pone de manifiesto los requisitos sustantivos del contrato de trabajo de los deportistas profesionales, requisitos se derivan de lo establecido en el punto segundo del artículo 1 del Real Decreto 1006/1985, a saber:

- La dedicación a la "práctica del deporte", excluyéndose por lo tanto de esta relación especial a quienes prestan sus servicios para clubes o entidades deportivas pero que no desarrollan "actividades deportivas", citando como ejemplos al personal de limpieza, de servicios administrativos, de vigilancia, médicos, etc.

- La voluntariedad, requisito que excluye del ámbito de aplicación del Real Decreto 1006/1985 a aquellos que practican “actividades deportivas normativamente impuestas en alguno contextos”, citando como ejemplos el deporte educativo, el realizado en el ámbito carcelario o militar, etc.
- La habitualidad o regularidad, que excluye asimismo de la aplicación del RD 1006/1985 a quienes desarrollan “actividades deportivas ocasionales o marginales”, así como aquellas llevadas a cabo por un deportista profesional de forma aislada “para un empresario u organizador de espectáculos públicos”, esto último en virtud de lo establecido por el punto cuarto del propio art. 1 RD 1006/1985.
- La ajeneidad del servicio prestado y la dependencia, características que comparte esta relación laboral especial con la relación laboral común, excluyéndose de esta forma de la aplicación del Real Decreto 1006/1985 a aquellos que desarrollan actividades deportivas con carácter autónomo.
- Y por último, el requisito que aquí nos interesa, la retribución, consecuencia, tal y como noticia la sentencia, “*del carácter bilateral de la relación y onerosidad de las respectivas prestaciones*”, requisito este que permite diferencial al deportista profesional del aficionado.

Para la Sala la regulación legal elimina del ámbito de aplicación al “amateurismo compensado” [cuando se percibe del club “solamente la compensación de los gastos derivados” de la práctica del deporte]; si bien la propia existencia de esta práctica deportiva “compensada” aumenta las posibilidades de enmascarar la retribución, por lo que no resulta infrecuente la presencia del llamado “amateurismo marrón”, producto de la manipulación contractual, lo que impone fijar criterios orientativos en orden a deslindar el deporte “compensado” del propiamente “retribuido”. Dichos criterios se concretan, tal y como noticia la sentencia, en las tres reglas siguientes:

- Corresponde al deportista acreditar que existe una contraprestación económica, en virtud de la aplicación de los principios que informa la carga de la prueba establecidos en el art. 217 LEC. Pero una vez que ha probado dicha existencia y para determinar si las cantidades han de ser consideradas salario o no habrán de tenerse en cuenta las presunciones que, con el carácter de *iuris tantum* –es decir, admiten prueba en contrario–, establecen tanto el art. 8.2 RD 1006/1985 como el art. 26.1 ET. Al entrar en juego estas presunciones “*debe ser la entidad deportiva quien acredite que las referidas cantidades tienen carácter simplemente compensatorio, lo que únicamente tendrá lugar cuando pruebe que no exceden de los gastos que en la realidad tenga el deportista por la práctica de su actividad*”.
- El pacto entre las partes no es vinculante para determinar la naturaleza compensatoria o retributiva de las cantidades percibidas por el deportista, puesto que “se impone el principio de la realidad” ante el hecho de que en numerosas ocasiones se califiquen como compensatorias cantidades que realmente han de ser calificadas como retribución.
- Y por último, han de tenerse en cuenta como indicios favorables a considerar las cantidades percibidas por el deportistas como retributivas

y no como compensatorias tanto la periodicidad en su devengo como la uniformidad de su importe, dado que son estas notas características del salario *“frente a la irregularidad y variabilidad que son propias de las verdaderas compensaciones de gastos”*.

Atendiendo a estas reglas, la Sala entiende que ha de considerarse ajustado a derecho el criterio mantenido por la sentencia de contraste al excluir la exigencia de un mínimo retributivo como consustancial a la práctica del deporte profesional, y a revocar la sentencia recurrida. Y esto último porque en el caso objeto de debate se trata de un jugador de fútbol que percibía –por la prestación voluntaria de sus servicios deportivos en el ámbito directivo de la entidad demandada– una cantidad fija mensual [230 euros] en concepto de lo que ni siquiera se llega a calificar como “compensación de gastos”, sino como “honorarios” [recibos] y “emolumentos” [documento de cesión]. De esta forma, no solamente no ha acreditado el Club que se tratase de una “compensación de gastos” [ni tan siquiera lo ha pretendido], sino que incluso viene a reconocer que estamos en presencia de una franca –aunque ciertamente limitada– contraprestación económica por la prestación de los servicios prestados; contraprestación que adjetivamos como “fija”, porque no se justifica su escasa fluctuación [unos meses 210 euros y otros 250], que se nos presenta orientada a excluir precisamente la referida regularidad.

A esta calificación contribuye en el supuesto resuelto en la resolución cual es la cesión convenida –y frustrada– a otro equipo de Tercera División durante una temporada, pactando una “compensación” de 3.000 euros, y la previsión de que de ser imposible aquélla el jugador pasaría a jugar con el filial “percibiendo los emolumentos” pactados en reunión previa con el Gerente [no consta el importe de tales “emolumentos”], son realmente esclarecedoras de la naturaleza jurídica que ostenta la relación controvertida, pues tales previsiones convencionales resultan totalmente ajenas al pretendido carácter aficionado y nos sitúan con rotundidad en el estricto marco de las cesiones temporales que regula el art. 11 RD 1006/1985, que son inimaginables en la práctica deportiva aficionada, puesto que la misma se lleva a cabo “sólo por afición o por utilidad física, es decir, sin afán de lucro o compensación”.

5º Valoraciones y consecuencias

Sentado lo anterior nos atrevemos a obtener las siguientes conclusiones en relación con determinados conceptos salariales que figuran en los convenios colectivos:

- La llamada “prima de fichaje”, a pesar de su denominación, no tiene carácter compensatorio o indemnizatorio sino que forma parte del salario pues responde al concepto que del mismo consta en los artículos 8.2 RD 1006/1985 y 26 ET⁶⁵.

⁶⁵ El art. 8.2 RD 318/1981 excluía del concepto legal de salario “el importe de la ficha que se pagara al deportista por el hecho de su contratación, el Tribunal Central de Trabajo en sentencia de 23 de marzo de 1983 dispone que lo establecido en dicho precepto no contravenía la regla general del art. 26.1 ET que considera salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, pues, la expresada regla admite excepciones, y, desde luego, no colisiona con ninguno de los preceptos infringidos que excluya de la consideración de salario el importe de la ficha que, normalmente, se incluye en esta clase de contratos”.

- Sin embargo, no tendrán la consideración de salario las indemnizaciones por preparación y formación previstas en el artículo 14.1 del Real Decreto 1006/1985, así como tampoco la participación que se abona al deportista sobre el precio de su traspaso definitivo o cesión temporal a otro club acordado entre el de procedencia y el de destino establecida en los artículos 11⁶⁶ y 13⁶⁷ del citado Real Decreto. Estas cantidades no tienen carácter retributivo puesto que estas cantidades no se abonan como prestación a los servicios sino que son una compensación al trabajador en concepto de participación en los beneficios que el club o entidad deportiva percibe por la formación cuando el deportista abandona su disciplina y pasa a prestar servicios en otro club o entidad deportiva así como cuando es cedido temporal o definitivamente. Cabe reseñar no obstante, que para determinados autores, se entiende que este importe no es una compensación, sino que ha de entenderse como una participación en el precio de la cesión o traspaso⁶⁸.

E) Supuestos cruciales expansivos

No se pretende realizar ahora un examen detallado sobre los casos en que se está ante verdaderos deportistas en sentido técnico-jurídico y aquellos otros en que el negocio jurídico existente ha de calificarse de otro modo (contrato de trabajo ordinario, relación especial de artistas, TRADE, etc.) sino de apuntar unos pocos supuestos-tipo que marcan otras tantas tendencias expansivas del campo de aplicación del RD 1006, lo que equivale a decir que del contrato de trabajo especial.

a. Del jugador a los “técnicos”

La inclusión del entrenador o técnico deportivo, junto con la de los preparadores físicos, como sujetos de la relación laboral especial de los deportistas profesionales constituye el objeto litigioso más abundante y la cuestión que ha suscitado mayor atención doctrinal desde la entrada en vigor del RD 1006/1985.

En un principio, y como se ha indicado, la disposición reglamentaria fue pensada en exclusiva para *jugadores* profesionales. En la voluntad de la norma se había excluido todo lo que no fuese un futbolista-jugador, y, de hecho, el contenido de la misma, sus principales instituciones, es un fiel reflejo de las necesidades de los jugadores. De ningún colectivo más.

⁶⁶ El precepto regula las cesiones temporales y establece en el 11.4 que si la cesión tuviera lugar mediante contraprestación económica, el deportista tendrá derecho a percibir la cantidad acordada en el pacto individual o colectivo, que no podrá ser inferior al 15% bruto de la cantidad estipulada; contemplando en el supuesto de cesión recíproca de deportistas, que de cada uno de ellos tendrá derecho, como mínimo, frente al club de procedencia, a una cantidad equivalente a una mensualidad de sus retribuciones periódicas, más una doceava parte de los complementos de calidad y cantidad de trabajo percibidos durante el último año.

⁶⁷ El precepto regula las causas de extinción del contrato estableciendo el mutuo acuerdo de las partes, y para el caso de extinción por mutuo acuerdo con cesión definitiva a otro club o entidad deportiva, y en ausencia del pacto fija una indemnización para el deportista no inferior al 15% bruto de la cantidad estipulada.

⁶⁸ J.A.SAGARDOY BENGOCHEA y J.M.GUERRERO OSTOLAZA en *El contrato de trabajo del deportista profesional*.

El primer paso en la ruptura de esta máxima vino de la mano de las demandas interpuestas en sede social por el colectivo de técnicos deportivos. Dejando atrás las resoluciones vacilantes previas a la aparición de las normas especiales que dudaban entre su consideración del alto directivo o trabajador común⁶⁹, lo cierto es que desde la STS de 14 mayo 1985 la doctrina judicial no tuvo dudas a la hora de posicionarse en el carácter especial de la relación del entrenador como sujeto de un contrato de trabajo de deportista profesional⁷⁰. En esta Sentencia del máximo intérprete de la legalidad ordinaria, se defendió el sometimiento al entonces vigente RD 318/1981 en base a las previsiones de la derogada Ley 13/1980, la cual configuraba a los deportistas profesionales, junto a los técnicos y entrenadores, como sujetos del ámbito de aplicación de la Seguridad Social⁷¹.

⁶⁹ Entre las primera puede destacarse la STS 16 abril 1975 (RJ 1975/2592), y, en lo que respecta su consideración como trabajadores sometidos a un contrato común la STCT 7 noviembre 1977 (RTCT 1977/5383).

⁷⁰ RJ 1985/2710.

⁷¹ Se apuntaba de manera textual en sus considerandos que “En el ya citado artículo 2.º de la Ley 8/1980, de 10 de Marzo (Estatuto de los Trabajadores), se conceptúa como relación laboral de carácter especial, en el apartado d) de su número 1, la de los deportistas profesionales, cuya regulación, prevista en el número 2 del mismo precepto, realiza el Real Decreto 318/1981, de 5 de Febrero, que en su artículo 1.º-2 define como tales a quienes, en posesión de la correspondiente licencia federativa, se dediquen regularmente a la práctica del deporte, por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución, cualquiera que sea su forma, cuantía o clase; concepto éste que, en cuanto al requisito de la práctica del deporte, hace necesario determinar a quiénes alcanza, supuesto que los demás que se enuncian son comunes a todos los trabajadores sin discriminación; y que es determinante, por consecuencia, del decisivo dato que afecta a la duración del contrato, ya que frente a la norma general del Estatuto (artículo 15) que presume que es por tiempo indefinido, los que originan la relación laboral especial que nos ocupa será siempre por tiempo cierto, según dispone el artículo 3.º del Real-Decreto.

CONSIDERANDO: Que si bien es verdad que los preceptos que han quedado citados precedentemente contienen concreciones dichas, lo es también que la Ley 13/1980, de 31 de Marzo, General de la cultura física y del deporte (de singular relevancia no sólo por su alcance propio sino también por su contemporaneidad con la del Estatuto de los Trabajadores) en los dos números de su artículo 8.º menciona conjuntamente a los deportistas profesionales, los técnicos y los entrenadores, para prevenir que las relaciones laborales de todos ellos y la inclusión, también de todos, en el ámbito de la Seguridad Social serán reguladas de manera singular; lo que ha de ser interpretado como patente voluntad del legislador de excluir a los así agrupados del régimen laboral normal u ordinario; como también lo había entendido la jurisprudencia de esta Sala en sus sentencias de 16 de Mayo de 1975 y 20 de Junio de 1977, al resolver sobre contrato de un entrenador, siquiera fuese -por razón cronológica- aplicando la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, artículo 7.º, y concluir que sus funciones eran de alta dirección y quedaban, por tanto, excluidas del campo laboral; y si a ello se suma lo que disponen los artículos 3.º-1 y 4.º-1 del Código Civil en orden a la aplicación de las normas jurídicas, que ha de realizarse en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas -primera de las reglas en ellos contenidos-; haciendo aplicación analógica de normas reguladoras de supuesto semejantes entre los que se aprecie identidad de razón -regla segunda-; y, en todo caso, acudiendo a las citadas como disposiciones supletorias -regla del n.º 3 del propio artículo 4.º-; ha de resolverse que a los técnicos y entrenadores es aplicable la normativa reglamentaria en vigor para los deportistas profesionales.

CONSIDERANDO: Que para mejor explicitar la conclusión que queda apuntada, cabe aducir un doble orden de argumentos, que afectan a un tiempo a la realidad social y a la identidad de razón que la aconsejan: de una parte, lo que notoriamente hoy supone en el ámbito de un club de fútbol de relevante categoría, la función del preparador físico, sin el cual la práctica del deporte por los jugadores no es posible y que ha de gozar, simultáneamente, de la confianza de éstos y del club, lo que le atribuye una singular característica no compatible con la duración indefinida de su relación laboral; y de otra, el hecho también -en el presente caso constante y probado sin

Desde la fecha, han sido anecdóticas las resoluciones judiciales que se han apartado de este criterio, y la aplicación del RD 1006/1985 a este colectivo de deportistas profesionales resulta una obviedad. Y ello aun cuando la configuración reglamentariamente propuesta, como se ha mantenido, participa de un exclusivo signo pro jugador, en defecto de una opción más adecuada a las características de este colectivo deportivo.

b. Seleccionadores Nacionales

Pero es que incluso, cuando se tenía claro desde la Sentencia del TSJ de Madrid de 16 marzo 1992⁷² el encuadramiento de la prestación de otro tipo de técnicos deportivos –los seleccionadores nacionales al servicio de las federaciones deportivas– bien en el ámbito de la relación laboral especial de alta dirección, bien incluidos en la relación laboral común⁷³, algunas aportaciones recientes de la doctrina judicial reabren el debate en torno a la inclusión de los seleccionadores en el ámbito de aplicación subjetiva del RD 1006/1985.

La exclusión de éstos de la norma reglamentaria deportiva se amparó en la previsión contenida en el artículo 1.6 del citado Real Decreto, ya expuesto. De acuerdo con una interpretación expeditiva del precepto, se concluía que esta modalidad de técnicos deportivos se encontraba expresamente excluida del ámbito de aplicación de la norma. Aun así, no faltaron algunas resoluciones que, apartándose de la opción mayoritaria, subsumieron el vínculo en el ámbito de aplicación del RD 1006/1985⁷⁴.

Más recientemente esta postura proclive a la consideración de los seleccionadores nacionales como deportistas profesionales se viene defendiendo desde la doctrina académica y la judicial (particularmente, en este último caso, por la misma Sala que hace 15 años calificó el vínculo como laboral de alta dirección). El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 30 enero 2006⁷⁵, sostuvo la aplicación del RD 1006/1985 a un técnico deportivo al servicio de la Federación nacional de triatlón que ejercía sus funciones como seleccionador, pasando por encima la exclusión operada por el art. 1.6 de la norma reglamentaria y llevando a cabo una interpretación ya apuntada por la doctrina años atrás⁷⁶, y que a buen seguro constituirá un punto de inflexión en esta materia.

En este sentido, la renovada visión del texto reglamentario parte de la base de entender el término integración que utiliza la norma como la fenomenología del vínculo del jugador convocado, que es esporádica, obligatoria y de naturaleza no laboral, mientras que la del seleccionador o entrenador de una Federación es una

contradicción, puesto que se dan por reproducidos en su tenor los contratos que sucesivamente ligaron al actor con la entidad recurrente- de que su retribución se pactara siempre en forma análoga a la de los Jugadores, mediante un sueldo mensual y una cantidad determinada (lo que suele conocerse como «ficha» o «prima de fichaje») por anualidad o temporada, fórmula cuya etiología se halla, obviamente, en la duración temporal del contrato y como compensación de que éste no esté regido por el principio de estabilidad de empleo que es, por el contrario, el determinante de la presunción de indefinición temporal que no es, según el propio artículo 15 del Estatuto, requisito de esencial del contrato de trabajo”.

⁷² AS 1992/1619.

⁷³ Por todas, STSJ de Cataluña de 22 julio 1997 (AS 1997/3141).

⁷⁴ Cfr. STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 23 mayo 1995 (AS 1995/2054).

⁷⁵ AS 2006/16.

⁷⁶ Cfr. M. CARDENAL CARRO: *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, cit., págs. 139-143.

función de carácter permanente, voluntaria y de naturaleza laboral, lo que comporta su encuadramiento como sujeto incardinado en el artículo 1.2 RD 1006/1985.

c. Integrantes de "Secretaría técnica"

Por último, en este apartado de entrenadores y técnicos deportivos, donde es patente la extensión y el cambio experimentado en la interpretación de la norma reglamentaria desde 1985 hasta la actualidad, no se puede dejar pasar la ocasión para presentar un nuevo sujeto que la doctrina judicial ha tenido a bien incluir en su ámbito subjetivo. Los "ojeadores", secretarios técnicos, directores deportivos o, en fin, aquellas personas que en el ámbito de club o entidad deportiva tienen como misión labores de seguimiento y análisis de jugadores han sido englobados también en la relación laboral de los deportistas profesionales.

En Sentencia de 5 diciembre 2005, el TSJ de la Región de Murcia⁷⁷ confirmó la del Juzgado de lo Social nº. 2 de la capital Murciana de 10 octubre 2005, en la que se calificaba la relación laboral que unía a un ayudante de secretaría técnica con el Real Murcia CF SAD como laboral especial de deportista profesional, ampliando nuevamente el concepto de deportista profesional hasta unas fronteras que nunca había pensado el redactor de la norma a mediados de los años ochenta, y comportando la citada reglamentación, en buena manera, efectos no deseados para estos sujetos, amén de privarles, como ocurre en el caso de los seleccionadores nacionales, de las indemnizaciones derivadas del carácter indefinido de la relación laboral común.

d. El caso de los árbitros y jueces deportivos

La caracterización de la prestación de servicios arbitrales como un contrato de trabajo es en estos momentos una de las realidades más controvertidas respecto de la extensión subjetiva del ámbito de aplicación del RD 1006/1985.

A este respecto, y del abanico de posibilidades ofrecidas por el ordenamiento laboral, parece desprenderse la posibilidad de que la prestación de servicios llevada a cabo por el árbitro deportivo pudiera identificarse bien con el trabajo de los deportistas profesionales, bien con el desarrollado por los artistas en espectáculos públicos (Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto), o, por último, sin revestir especialidad ninguna, con el contrato de trabajo común que de manera general regula el ET.

Previa a esta concreción legal, resulta necesario en primer lugar resolver la cuestión, hasta ahora tantas veces solicitada en los Tribunales como rechazada⁷⁸, de sí la prestación de servicios de los árbitros deportivos puede encuadrarse en el ámbito del Derecho del Trabajo; para ello, como es sabido, es preciso analizar si esta actividad cumple con lo que se ha venido a denominarse notas de la laboralidad (art. 1.1 ET), a saber: trabajo personal, voluntario, retribuido, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, bien física o jurídica,

⁷⁷ JUR 2006/28078.

⁷⁸ Hasta la fecha, han sido cuatro los casos en que distintos Tribunales Superiores de Justicia han confirmado en suplicación la incompetencia de la jurisdicción laboral para conocer las demandas por despido que han sido interpuestas por diferentes árbitros deportivos: por orden cronológico, STSJ de Castilla-La Mancha, 16 abril 1997 (asunto Panadero Martínez); STSJ de Madrid, 25 febrero 1998 (asunto árbitro de atletismo); STSJ de Galicia, de 9 febrero 1999 (asunto Hernanz Angulo) y STSJ de la Comunidad Valenciana, 9 marzo 2000 (asunto Montesinos Mariano).

(dependencia)⁷⁹. Se trata pues, a partir de ahora, de determinar si la prestación objeto de estudio atesora los caracteres que delimitan esta disciplina de otros posibles sectores del Ordenamiento.

Las Sentencias que han tenido ocasión de abordar este tema, no han encontrado óbices para reconocer la presencia de las notas de laboralidad a las que hace referencia el art. 1.1 ET, a excepción de la dependencia, lo que ha centrado el debate también en el ámbito de la doctrina académica en torno a esta cuestión.

Resulta evidente que la prestación desarrollada por el árbitro deportivo reviste la nota de trabajo personal, en cuanto a que el mismo difícilmente puede ser llevado a cabo por un persona distinta a la que se ha comprometido; situación que como ya se ha dejado constancia con anterioridad, pudiera ser un rasgo diferenciador con el contrato civil de mandato, en el que el mandatario puede nombrar a un sustituto para que le reemplace.

El segundo de los rasgos delimitadores de una relación laboral es la nota de la voluntariedad, es decir, el compromiso libre y autónomo por parte del trabajador de realizar la prestación, nota, que con sobradas motivaciones, ha extendido su duda sobre alguna de las relacionales laborales especiales reconocidas por el legislador. El árbitro deportivo, y fundamentalmente el que llega a desarrollar la prestación en competiciones oficiales de carácter profesional, participa de la federación correspondiente, probablemente desde edades tempranas, de una forma totalmente voluntaria y libre, introduciéndose en la organización a través de cursos básicos de formación y promocionándose en ésta, a través de méritos deportivos acumulados en cada temporada. Tan libre y voluntaria es su prestación que en cualquier momento de la misma puede desistir de seguir desarrollándola.

En tercer lugar, la nota de la retribución se presenta como el siguiente elemento delimitador entre el contrato de trabajo y otras figuras más o menos análogas. Dos hechos han venido siendo defendidos por la representación procesal de las Federaciones para negar el carácter retributivo a estas percepciones recibidas por los árbitros deportivos. Por un lado, su carácter “marginal”, en tanto en cuanto la actividad del árbitro deportivo se compagina en la mayor parte de las ocasiones con otras labores profesionales; por otro, su carácter de indemnización o suplido, que compensa la disponibilidad del árbitro respecto al calendario de actuaciones y su obligación de mantenerse en forma física y al día en sus conocimientos técnicos⁸⁰. Tales argumentaciones contrastan con los siguientes datos:

⁷⁹ Aunque como es sabido, y con independencia de la interpretación de los Ordenamiento internos, -y sin perjuicio de que a éste por razones sistemáticas se ciña el estudio presente-, el concepto de trabajador traspasa ya las fronteras nacionales, y recibe una interpretación uniforme con alcance comunitario, y aplicado para el propio ámbito del deporte profesional; así, el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas ha hecho referencia a este concepto comunitario de trabajador destacando que la característica esencial de la relación laboral “es la circunstancia de que una persona realiza, durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración” [STJCE de 13 de abril de 2000, asunto C-176/1996 (Jyry Lehtonen vs FRBSB y ASBL), punto 45 – DOCE, nº C, 192, de 8 de julio de 2000-].

⁸⁰ Si se hace el esfuerzo por remontarse más de 50 años en las regulaciones federativas de los contratos deportivos, se puede comprobar, sin temor a equivocarse, que las mismas razones aducidas actualmente para pretender expulsar del ordenamiento laboral a los árbitros deportivos coinciden con las entonces empleadas para no catalogar como laboral el contrato del deportista profesional. Así, el entonces vigente Reglamento de Jugadores y Entrenadores de la RFEF ...

Las cantidades recibidas por un árbitro deportivo de competición oficial de carácter profesional exceden, en gran medida, lo que pudiera ser considerado como compensación de gastos por disponibilidad y adecuación física y técnica, cumpliendo la función económica propia de un salario.

Las cifras actuales en el fútbol profesional llegan incluso a superar, para varios de los árbitros mejor considerados deportivamente, el salario mínimo del convenio colectivo propio de su modalidad deportiva profesional. Así las cosas, difícilmente se puede calificar la actividad como marginal, sin perjuicio además de que ello, la existencia de otra actividad laboral desarrollada por el juez deportivo, no constituiría óbice para la existencia y reconocimiento de una relación laboral⁸¹.

En cuarto lugar, no ha de ser discutible igualmente la nota de la ajenidad, pues como se ha razonado sí la Federación es la obligada a prestar el servicio de la función arbitral en las competiciones oficiales de carácter profesional, los servicios que preste el árbitro lo son, no en beneficio propio, sino de la propia Federación, cumpliendo a través del árbitro deportivo un servicio público que la Ley le encomienda, independientemente de que las cantidades abonadas por los clubes como honorarios al árbitro puedan tener la consideración estricta de pago por arrendamientos de servicios, pues ni los clubes en las competiciones oficiales son libres de contratar al árbitro de su elección, sino que se concierta colectivamente el servicio de todos los árbitros, ni la federación puede eximirse de su obligación de prestar un servicio, que los árbitros ejecutan, así, por cuenta de la Federación⁸².

No tan pacífica, y sustento habitual, como se ha advertido, de la declaración de incompetencia por parte de la Jurisdicción Social, se ha revelado la nota de la dependencia. Así, las dos principales sentencias que han abordado el tema, tanto la de JS n.º.3 de Pontevedra 23 octubre 1998⁸³, como su Suplicación, STSJ Galicia 4 febrero 1999⁸⁴, han optado por desestimar la dependencia en la relación árbitro-federación, y cada una por motivos diferentes. En el primero de los casos, y aun avanzando decididamente en el camino de la laboralización arbitral⁸⁵, se concluye que la carencia de una real facultad de sanción en el plano laboral por los actos que constituyeran una posible falta cometida por los árbitros, desvirtúan sobradamente las características propias de un hipotético poder de dirección por parte de la Federación correspondiente; para la segunda de las sentencias, sin más, y utilizando un complicado juego de palabras a la luz de la LD, la integración del colectivo arbitral en la respectiva Federación excluye la dependencia, a lo que sigue la incompetencia del orden social para el conocimiento de estos casos.

disponía en su artículo 64, párrafo segundo, que “No puede considerarse la práctica del juego como actividad laboral o habitual, ni las compensaciones que se concedan a los jugadores profesionales como salario o base de su medio de vida”. Como ha habido ocasión de poner de relieve, estas teorías fueron desenmascaradas, tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia. El Reglamento citado puede consultarse como Anexo III a la obra de J. CABRERA BAZÁN: *El contrato de trabajo deportivo*, cit., págs. 331 y ss.

⁸¹ Cfr. STCT 14 octubre 1983 (RJ 1983/8450).

⁸² Cfr. SJS n.º. 3 de Pontevedra, 23 octubre 1998, Fdo. Jco n.º. 2 *in fine*.

⁸³ AS 1998/3754.

⁸⁴ AS 1999/56.

⁸⁵ El Fundamento Jurídico n.º.5 de esta sentencia concluye con la sorprendente afirmación de que “Pero ello lleva a concluir a esta Juzgadora, que, independientemente de que se entienda o no existente una relación laboral entre las partes, este orden jurisdiccional laboral es incompetente para el conocimiento de la litis por razón de la materia”.

Dependencia es, para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, “subordinación a un poder mayor” y tal definición ha necesitado históricamente, e incluso lo sigue precisando en la actualidad, de una concreción en cuanto a sus límites y requisitos a la hora de encuadrarse en el mundo del Derecho. Esta determinación, como es sabido, ha ido mutando a lo largo de los años, y la evolución en la nota de la dependencia, principalmente operada a través de la interpretación jurisprudencial, ha comportado su actual caracterización como “la inserción del trabajador en un ámbito organizativo ajeno”, rebajando así notablemente la intensidad de sus contornos originarios, llegándose a concluir en la actualidad, por parte de nuestros tribunales, que relaciones tan novedosas como las derivadas del trabajo fuera de los locales comunes de la empresa contratante (trabajo a distancia) y que tiene en la utilización de las nuevas tecnologías (fax, correo electrónico, videoconferencia) su eje vertebral, hayan sido residenciadas en el ámbito laboral.

Dos son los rasgos fundamentales, aunque como se ha podido comprobar, cada vez más flexibilizados, caracterizadores de la dependencia: por un lado, el sometimiento del trabajador al círculo organizativo del empresario (cumplimiento de horarios, lugar de prestación de servicios, etc.), y, por otro, posibilidad por parte del empresario de ejercitar su poder disciplinario por las faltas cometidas por los trabajadores. Ambos apuntes, constituyen el núcleo esencial y determinante de la dependencia, aunque como Jurisprudencia y doctrina han puesto de relieve, “se ha continuado asimismo valorando mucho más los aspectos que se vinculan al poder organizativo del empleador, que los aspectos vinculados al poder disciplinario”.

A partir de esta definición, procede comprobar hasta qué punto la relación en estudio es subsumible en estas premisas, lo que conducirá a coincidir con las tesis defendidas por los Tribunales del Orden Social, o, por el contrario, a sostener la tesis de que si existe una relación laboral.

Indicios de dependencia en la relación que une a los árbitros con las federaciones son palpables y suficientes, y no sólo a la luz de la “pérdida de rigurosidad en la concurrencia de la nota de dependencia” apuntada por la doctrina, sino también en atención a la flexibilidad de una profesión tan técnica como la aquí estudiada⁸⁶. En cuanto a los aspectos organizativos de la prestación arbitral, se pueden citar, entre muchos otros contenidos, por ejemplo, del Reglamento General de la Real Federación Española de Fútbol, las obligaciones de aceptar el partido para el cual ha sido designado, someterse periódicamente a pruebas físicas, asistir a programas de actualización y homogeneización de los criterios técnicos, mantener la uniformidad y comportamiento general en los encuentros según los criterios de la Federación, acudir a los encuentros marcados con un tiempo de antelación debidamente ordenado, etc.

En cuanto a los disciplinarios, se ha puesto repetidamente de manifiesto la dificultad que en el Ordenamiento del deporte supone la diferenciación entre el ámbito disciplinario deportivo y el laboral, aun cuando son dos realidades distintas⁸⁷, pues la propia normativa administrativa dispone la independencia de estas normas frente al régimen derivado de las relaciones laborales⁸⁸. No cabe duda de las

⁸⁶ Resaltándolo para los técnicos deportivos, STSJ de Andalucía, Málaga, 4 noviembre 1996 (AS 1996/4508).

⁸⁷ Cf. M. CARDENAL CARRO: *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, cit., pág. 207.

⁸⁸ Así, art. 5.1 RD 1591/1995, de 23 de diciembre, de Disciplina Deportiva.

sanciones que, por el ejercicio irresponsable de su actividad, puede soportar el árbitro, al igual que cualquier trabajador, pues si, por ejemplo, no asiste repetidamente y sin justificación a los encuentros designados, a buen seguro que se ejecutarían por parte de la federación correspondiente las sanciones correspondientes, por más que los Estatutos federativos extiendan únicamente las facultades disciplinarias sobre los árbitros “a los aspectos técnicos de la actuación de los colegiados” (art. 49.7 Estatutos RFEF). Las Federaciones, como empleadoras, ostentan poder disciplinario sobre sus trabajadores, independientemente de que tal actividad no se utilice.

Intentar descartar esta nota en atención a las diferencias entre integración y dependencia⁸⁹, o incluso negando tanto la facultad de sanción de la propia federación sobre sus árbitros⁹⁰, como la interferencia de la misma en la labor de los colegiados⁹¹, son justificaciones descontextualizadas gramaticalmente en alguno de los casos.

Sí, con las argumentaciones precedentes, cabe sostener que la relación jurídica entre el árbitro deportivo y su Federación correspondiente ostenta un marcado carácter laboral y ha de ser incluida dentro del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, con las particularidades derivadas, en la modalidad del fútbol, de los acuerdos entre la RFEF y la LFP, los cuales pueden alterar sustancialmente las consideraciones aquí realizadas, no queda sino identificar ahora cuál de las opciones ofertadas por el legislador laboral se acomoda en mejor medida al desarrollo de la prestación de trabajo aquí analizada.

La mayor parte de la doctrina académica ha optado por incluir al árbitro en el ámbito del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, regulador de la relación laboral de los deportistas profesionales, utilizando un concepto funcional de profesionalidad y amplio de club o entidad deportiva, pues según se ha entendido, en el primero de los casos, la citada norma subsume en el denominado “deportista profesional” a sujetos que no son propiamente jugadores, y, en el segundo, las Federaciones deportivas, a la luz de la LD, no son cosa distinta de entidades deportivas.

⁸⁹ Supuesto ejemplificado en la STSJ de Galicia, 4 febrero 1999, centrandose sus fundamentos en que la propia LD, cuando se refiere a la participación de los árbitros en las federaciones, habla de “integración” y no de dependencia, como sería necesario para considerar esta relación como laboral; aunque la integración se postula para la participación de los colegiados como un estamento más dentro del régimen democrático de las federaciones, principalmente a los efectos de representación electoral, pero no para catalogar la naturaleza del vínculo jurídico que les une, que es cuestión bien distinta.

⁹⁰ Cuestión que es puesta de manifiesto en la SJS nº. 3 de Pontevedra de 23 de octubre de 1998.

⁹¹ Tal extremo, que es inherente a la nota de la dependencia, fue propuesto, igualmente, en sus Fundamentos Jurídicos por la STSJ Galicia 4 febrero 1999, y su debilidad es palpable; no sólo por que ignora la flexibilidad de la nota de la dependencia tantas veces manifestada por el Tribunal Supremo, sino también porque hay que hacer constar que las reglas de juego que aplica el árbitro son aprobadas por su empleador, la federación, y su margen de interpretación es, cada día, menor, por lo que la subordinación a la órdenes federativas en el desarrollo de su trabajo es, si cabe, mucho mayor que el que puede soportar un teletrabajador, y sin perjuicio de que esa interpretación de las normas de juego se incardine en una independencia “técnica”, ajena al ámbito laboral. Éstos, con una misión definida, se limitan a realizar su trabajo desde un lugar distinto al de la sede laboral y conectándose electrónicamente con su empresario, en algunos casos, únicamente, para remitir el trabajo. Y aún con estos condicionantes, y analizada la nota de dependencia, la jurisprudencia y la doctrina judicial ha sido proclive a declarar laboral el vínculo [STS de 22 de abril de 1996 (RJ 1996/3334) o STSJ de Cataluña, 7 noviembre 2002 (AS 2003/253)].

Si bien es cierto, como se ha expuesto, que el ámbito de aplicación subjetiva del RD 1006/1985 se ha extendido no solamente a aquellas personas que con regularidad efectivamente practican un deporte cumpliendo los requisitos del art. 1 RD 1006/1985 (entendiendo por estos normalmente a los jugadores de las diferentes modalidades deportivas), sino también a cierto grupo de personas que participan de una u otra manera en la actividad deportiva, demasiado apresurado resulta incluir la relación arbitral bajo este paraguas normativo. Aun constatando el paso del tiempo desde su entrada en vigor y los importantes cambios producidos en el mundo del deporte profesional desde entonces, lo cierto es que el RD 1006/1985 no es una norma ni para ni por los árbitros, y su inclusión en ella, salvo para aspectos puramente formales, resulta ineficaz. Así, piénsese que la mayor parte de los aspectos regulados en el RD, con el actual sistema de competición oficial operado por la LD, no pueden ser aplicables al colectivo arbitral: duración de los contratos, traspasos definitivos o temporales, derechos de formación, cláusulas de rescisión, y un largo etcétera, lo que hace carecer de cualquier coherencia a tal posicionamiento.

Algún otro autor ha propuesto su incardinación en el RD 1435/1985, regulador de la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, al considerar que los árbitros, trabajando en una manifestación pública a la que se accede mediante precio, participan del espectáculo, y no asumen el plus de especialidad que comporta el deporte, sometidos según su acierto (la aceptación del público) a un régimen de ascensos y descensos, lo que también sucede con los artistas⁹². Aún no faltando razones para su inclusión en esta modalidad de relación laboral especial, y siendo tal régimen especial sensiblemente más cercano a la realidad social de los árbitros que el del RD 1006/1985, se considera que la identificación entre árbitro y artista en espectáculo público es demasiado forzada, y si el ámbito de aplicación de las relaciones especiales debe ser el previsto en su articulado tal identificación no parece la más adecuada, al contar el Ordenamiento laboral con una regulación común del contrato de trabajo que bien pudiera servir al colectivo arbitral.

Como último recurso posible para el encuadramiento laboral de la prestación del árbitro deportivo, algún autor ha decidido derivar esta actividad hacia la regulación común del contrato de trabajo al que se acaba de hacer referencia. Puede que de las opciones existentes sea la más apropiada. El árbitro o juez deportivo es un trabajador; se podría pensar que su trabajo es tan especial y característico, que su relación laboral debería ir acorde con esta particularidad, y por tanto subsumirlo en alguno de los ámbitos de aplicación de las relaciones laborales especiales mentadas, pero la verdad es que su trabajo es tan especial como el que realiza cualquier otro trabajador en su sector específico, y no por ello, cada trabajo, ostenta una particular relación laboral incluida en el art. 2 ET. ¿Cuántos trabajos son más específicos, si cabe, que el de un árbitro, y no poseen condición de relación laboral propia?

Su inclusión en el contrato común no conlleva ninguna afronta ni formal ni material, a expensas de la posible dificultad en cuanto al encuadramiento de la modalidad contractual que mejor se le adecue.

⁹² M. CARDENAL CARRO: *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, cit., págs. 171-172.

F) La forma del contrato

Por lo que respecta a la forma del contrato, el artículo 3 del Real Decreto 1006/1985 contempla que será suscrito por escrito, con registro en el Servicio Público de Empleo, y regulando los requisitos y contenido del contrato como la identificación de las partes; el objeto del contrato; la retribución acordada; y la duración. El artículo 14 del Convenio Colectivo del Balonmano Profesional establece que los contratos de trabajo que suscriban los jugadores profesionales de balonmano y los clubes o entidades deportivas, deberán ajustarse a las prescripciones que se establecen en el art. 3 RD 1006/1985, de 26 de junio, y se formalizarán por quintuplicado ejemplar, de los cuales uno será para cada una de las partes contratantes, un tercero para ASOBAL, un cuarto para A.J.B.M. y el quinto para el INEM. Para imponer a la A.J.B.M. de que disponga de los medios necesarios para que las partes contratantes le remitan oportunamente su copia del contrato ordenando que figuren necesariamente, como contenido mínimo, las estipulaciones consignadas en el modelo de contrato tipo.

El Convenio Colectivo para la Actividad del Ciclismo Profesional en su artículo 10 establece que los contratos de trabajo que suscriban los ciclistas profesionales y los equipos deberán ajustarse a las prescripciones que se determinan en el artículo 3º del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, y se formalizarán en cuantos ejemplares requiera la legislación laboral y federativa vigente; así y en conformidad con el artículo 8.3 del Estatuto de los Trabajadores, los equipos remitirán a la sede de la ACP la copia básica de los contratos que contengan prestaciones laborales entre el ciclista y el equipo. Esta copia será remitida en el plazo de tres meses desde la firma del contrato, previa conformidad del propio corredor. A los efectos oportunos, las partes acuerdan un modelo de contrato respetando la legislación española y lo establecido en el presente convenio.

Del mismo modo el art. 15 del Convenio Colectivo para la Actividad de Baloncesto Profesional de la Liga Femenina regula que los contratos de trabajo que suscriban las jugadoras profesionales de baloncesto y los clubes, entidades deportivas o sociedades anónimas deportivas, deberán ajustarse a las prescripciones que se establecen en el art. 3 del RD 1006/1985, de 26 de junio.

Por lo que respecta al Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional, se establece en su artículo 12 que los contratos de trabajo que suscriban los Futbolistas Profesionales y los Clubes/Sads, deberán ajustarse a las prescripciones que se establecen en el artículo 3 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, para continuar estableciendo que se formalizarán por sextuplicado ejemplar, de los cuales, un ejemplar será para cada una de las partes contratantes, un tercero para la LNFP, un cuarto para la AFE, el quinto para la Real Federación Española de Fútbol (en adelante, “RFEF”) y el sexto para el INEM”, y finalizar obligando a que por la LNFP se traslade a la AFE copia de todos los contratos suscritos entre los Clubes/Sads y los Futbolistas en un plazo de 15 días desde que tuviera conocimiento de los mismos.

El Convenio Colectivo del Fútbol Sala en su artículo 12 establece que los contratos de trabajo que suscriban los jugadores de fútbol sala a quienes se aplique el presente convenio y los clubes o entidades deportivas deberán ajustarse a las prescripciones que se establecen en el art. 3 RD 1006/1985, de 26 de junio, estableciendo que la obligación de suscribir contrato alcanzará a todos los jugadores

profesionales, cualquiera que sea la cuantía de su contraprestación, por que presten servicios en clubes o entidades deportivas adscritos a la Liga Nacional de Fútbol Sala. Se regula que el contrato se formalizará por cuádruplicado ejemplar, de los cuales uno será para cada una de las partes contratantes, un tercero para la LNFS y el cuarto para la AJFS. La LNFS solo entregará copia del contrato cuando tenga autorización por escrito de ambas partes, jugador y club.

Finalmente, el Convenio Colectivo de Trabajo para la Actividad del Baloncesto Profesional ACB en su artículo 9 *Contrato de Trabajo* establece que los clubes o SAD y los jugadores inscritos en las competiciones profesionales de baloncesto organizadas por la ACB deberán suscribir el correspondiente contrato por escrito, en el que necesariamente figurarán como contenido mínimo, las estipulaciones consignadas en el contrato tipo estableciendo dos características singulares cuales son que el contrato tendrá siempre una duración determinada, pudiéndose acordar en el mismo la sujeción de las partes a un período de prueba, que en ningún caso superará los tres meses”.

2. Duración del contrato de trabajo

A) Regulación

La duración del contrato de trabajo deportivo se regula en el artículo 6 del RD 1006/1985. En dicho precepto se establece que la relación laboral especial de los deportistas profesionales tendrá siempre duración determinada, “pudiendo producirse la contratación por tiempo cierto o para la realización de un número de actuaciones deportivas que constituyan en conjunto una unidad claramente determinable o identificable en el ámbito de la correspondiente práctica deportiva”.

De esta forma, se puede afirmar que en nuestro modelo de contrato de trabajo para deportistas no tiene cabida el contrato por tiempo indefinido, si bien, no se establecen límites a la duración temporal de los contratos.

Por lo que respecta a las prórrogas, se establece que éstas podrán producirse, “mediante sucesivos acuerdos al vencimiento del término originalmente pactado”. Si bien parece que debe esperarse a que finalice el período inicialmente pactado, ello no obsta para que con anterioridad puedan estipularse los habituales precontratos sobre eventuales nuevas condiciones de trabajo.

Por otro lado, la propia norma reglamentaria establece que “solamente si un convenio colectivo así lo establece podrá acordarse en los contratos individuales un sistema de prórrogas diferentes del anterior, que en todo caso se ajustará a las condiciones establecidas en el convenio”.

En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto el posible peligro que supone encomendar a los convenios colectivos y a los contratos individuales la posibilidad de regular un sistema de prórrogas distinto al dispuesto por la norma laboral especial deportiva. Por esta razón, debe entenderse que lo que la norma colectiva puede hacer al amparo de lo dispuesto en el artículo 6 del RD 1006/1985, es establecer un sistema de prórrogas distinto, pero respetando en todo caso los principios que inspiran la regulación contenida en el precepto, de tal forma que no tendría cabida un sistema de prórroga obligatoria, que en la práctica anule la libertad de desvincularse de la relación con el club o entidad deportiva que se quiere garantizar al deportista profesional.

B) La temporalidad

El RD 1006/1985 se remite al Estatuto de los Trabajadores en su referencia al contrato para la formación, estableciendo en el art. 4.1 que se regirá por el Estatuto de los Trabajadores y lo mismo sucede para el contrato a tiempo parcial, art. 4.1.2. Una de las diferencias del contrato laboral del deportista profesional, es la duración del contrato: el art. 6 RD 1006/1985 establece en su párrafo primero que la relación laboral especial del deportista profesional será siempre de duración determinada, permitiendo su concertación por tiempo cierto para realizar un número de actuaciones deportivas. Se impone así la temporalidad del contrato de trabajo⁹³ frente al principio de preferencia de la contratación indefinida recogido en el art. 15.1 ET, que establece que el contrato podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada, recogiendo el mismo precepto los supuestos tasados que permiten la contratación por duración determinada, la adquisición de la condición de fijeza en caso de falta de alta del trabajador, art. 15.2 y la adquisición de la condición de indefinido de los contratos de trabajo temporales celebrados en fraude de ley, art. 15.3.

Este elemento de temporalidad concuerda con la propia naturaleza de los contratos de los deportistas profesionales, toda vez que éstos desarrollan su actividad profesional, actividad deportiva, en un espacio de tiempo corto, siendo conocido que la vida del deportista profesional es de duración limitada, aun desarrollándose con normalidad, y siendo escaso el espacio de tiempo en los que los deportistas están en plenitud para poder desarrollar al máximo nivel sus aptitudes físicas, técnicas o de destreza que le son requeridas⁹⁴.

La duración determinada o temporalidad de la relación laboral del deportista se establece para proteger sus intereses, pues de una forma u otra evita que entren en juego las presunciones ya referidas del art. 15 ET, como la omisión de la forma escrita del contrato, la falta de concreción de la fecha de su finalización, la ausencia de registro en el Servicio Público de Empleo, la falta de alta en la Seguridad Social ...; en el supuesto del deportista no determinará la transformación del su contrato temporal en indefinido. Recoge un sector de la doctrina científica, entre quienes destacamos a Irurzun Ugalde, que la característica de la temporalidad se observa como una garantía del artículo 35 de la Constitución Española, que recordemos establece en su punto 1 que todos los españoles tienen el derecho al trabajo, el deber de trabajar, y el derecho a la libre elección de profesión, oficio, y promoción a través del trabajo, percibiendo una retribución suficiente sin poder ser discriminado por razón de sexo.

⁹³ Esta duración determinada de los contratos se recoge también de forma expresa en los Convenios Colectivos: en el art. 14 del Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional, art. 9.2 del Convenio Colectivo de Trabajo ACB-ABP para la Actividad del Baloncesto Profesional, el art. 17 del Convenio Colectivo de Balonmano Profesional, el art. 14 del Convenio Colectivo del Fútbol Sala, el art. 12 del Convenio Colectivo para la Actividad del Ciclismo Profesional y el art. 17 del Convenio Colectivo para la Actividad del Baloncesto Profesional de la Liga Femenina.

⁹⁴ A este respecto entiende el Tribunal Central de Trabajo que “esta naturaleza especial de la relación examinada deriva de la peculiaridad del trabajo del deportista profesional, basado en el ejercicio de sus facultades físicas, de sus reflejos y de su inteligente habilidad, por lo que es una actividad que únicamente se puede desarrollar durante muy pocos años y declina cuando el deportista, por su edad, aún está en plenitud física y mental para otros trabajos distintos de la práctica del deporte profesional, y ello determina que uno de los caracteres esenciales de dichos contratos sea el de su duración temporal”.

En la actualidad se encuentra superada la fase en la que el deportista no podía desvincularse con su anterior empleador, club deportivo, en virtud del derecho de retención, que este podía ejercer sobre él, y que obviamente obstaculizaba su libre ejercicio de la profesión. La contratación por tiempo cierto y los contratos de duración determinada, son la base de un nuevo modelo de relación en el que la libertad de trabajo se convierte en un elemento fundamental, para conseguir la efectividad del derecho constitucional recogido en el citado precepto constitucional.

C) Modalidades

Sentado cuanto antecede sobre la esencial característica de la temporalidad del contrato de trabajo de los deportistas profesionales, toca abordar el estudio de las modalidades de contratación temporal contempladas por el RD 1006/1985; así, su art. 6.1 preceptúa que la contratación podrá realizarse para tiempo cierto, o para la realización de un número de actividades deportivas expresamente determinadas o determinables en el ámbito de la correspondiente práctica deportiva⁹⁵.

Respecto a esta segunda modalidad de contratación temporal, la realización de un número determinado de actividades deportivas, la interpretación restrictiva del Real Decreto limitaría su posible utilización a aquellos deportes en los que existan unidades de actuación determinables o identificables con suficiente claridad, de manera que no podría recurrirse a la misma en aquellos deportes, en los que por su naturaleza, no sea posible establecer determinadas unidades⁹⁶. Así las cosas, y aun siendo las dos únicas modalidades de temporalidad las mencionadas expresamente por la norma, se plantea un serio interrogante sobre la posibilidad de recurrir a otras modalidades de contratación temporal como la que pudiera surgir de la necesidad de sustituir a un deportista con derecho a reserva del puesto de trabajo⁹⁷.

Amén de lo antedicho es necesario apuntar en relación con la duración temporal de los contratos de los deportistas profesionales, que el RD 1006/1985 no establece un periodo mínimo de duración de los contratos, circunstancia que tiene efectos colaterales importantes, toda vez que para determinados deportistas, categorías y competiciones pervive la normativa que impide que un deportista participe durante la misma temporada en dos equipos distintos. Se viene interpretando la regulación del RD 1006/1985 en favor del trabajador, y se entiende que la duración mínima del contrato ha de ser, tal y como se expresa, una obligación

⁹⁵ Se trataría del contrato para obra o servicio determinado regulado en el art. 15.1.a) ET y que puede definirse como aquel que se concierta para la realización de una obra o la prestación de un servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1997) y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1997).

⁹⁶ Tampoco cabría su utilización en un deporte como el ciclismo, en el cual en principio es posible individualizar las actividades (las distintas pruebas o carreras), puesto que su Convenio regulador establece claramente la duración de los contratos en sus arts. 12 y 13, a los que nos referiremos más adelante, que excluyen la posibilidad de celebrar un contrato por obra o servicio determinado.

⁹⁷ Un sector de la doctrina, se manifiesta favorable a esta posibilidad, F.DURÁN LÓPEZ en “La relación laboral especial de los deportistas profesionales”, Relaciones Laborales, nº 10, 1985, p. 46, mientras que otro sector, no consideran que sea posible utilizar en este ámbito otras modalidades de contratación temporal distintas a las mencionadas en el artículo 6.1 RD 1006/1985 como el contrato para fomento del empleo, el contrato eventual, el de interinidad, etc., T.SALA FRANCO, *Derecho del Trabajo*, págs.

de mínimos, esto es, que se corresponda con una unidad claramente determinable o identificable en el ámbito del deporte correspondiente.

En este sentido distintos convenios colectivos establecen cuál es esa duración mínima de los contratos. Prescribe el art. 14 del Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional en su punto primero recoge que el contrato suscrito entre el Club/Sad y el futbolista profesional siempre tendrá duración determinada bien porque se exprese la fecha o porque se refiera a una determinada competición, o número de partidos, entendiéndose en el primer caso la fecha de finalización la del término, sin necesidad de preaviso alguno; y en el segundo supuesto, competición o número de partidos, el día que se celebre el último partido en el que el Club/Sad participe.

El art. 14 del Convenio Colectivo del Fútbol Sala, establece la necesidad de que en el contrato conste expresamente su fecha de finalización, indicando que el contrato suscrito entre el club y el jugador siempre lo será por duración determinada, con una fecha cierta de finalización aunque se refiera a una competición o número de partidos, determinando como fecha de finalización la establecida, y enlazando como consecuencia directa y cierta la de la baja de la licencia federativa.

La regulación contenida en el Convenio Colectivo para la Actividad del Ciclismo Profesional presenta algunas singularidades. Así, su art. 12 establece que los contratos serán de duración máxima anual, rigiéndose por el año natural de 1 de enero a 31 de diciembre, y pudiendo estar sometido a prórrogas expresas o tácitas de igual duración, esto es, de un año, y a tal fin exceptúa de esta duración máxima los contratos regulados en el art. 1.2 RD 1006/1985 que en su inciso segundo excluye de su ámbito de aplicación a quienes realicen la práctica del deporte dentro de un club percibiendo únicamente la compensación de gastos derivados de esta. Su artículo 13 determina que cuando se celebren contratos una vez iniciada la temporada de competición oficial, y para la temporada entonces en curso, deberán tener una duración mínima, debiendo extenderse al menos hasta 31 de diciembre de ese año, y todo y sin perjuicio de la regulación de los neoprofesionales (corredores cuyo contrato entre en vigor por primera vez con un equipo y como muy tarde la temporada en la que cumple veintidós años) estableciendo la duración del contrato hasta el 31 de diciembre si entró en vigor antes del 1 de julio, y por lo que resta de año y dos años más si el contrato entró en vigor después del 30 de junio.

D) Las prórrogas

Volviendo a la regulación del RD 1006/1985, el artículo 6 referencia las posibles prórrogas de los contratos, estableciendo la posibilidad de prorrogar contratos de duración determinada mediante sucesivos acuerdos al vencimiento del tiempo pactado originalmente. Así, con esta regulación se acaba con el antiguo derecho de retención que permitía prorrogar el contrato contra la voluntad del deportista; sin embargo, también ha de noticiarse que el citado precepto permite en su párrafo tercero que mediante convenio colectivo se pueda establecer en los contratos individuales un sistema de prórrogas diferente⁹⁸.

⁹⁸ M.CARDENAL CARRO: *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, considera llamativo que si las prórrogas se entienden como algo pernicioso para el deportista se prevea la posibilidad de que en los convenios colectivos se empeore la condición de los mismos en esta materia.

Esta remisión obliga a reseñar lo regulado por distintos Convenios Colectivos sobre esta materia:

El Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional establece en el párrafo segundo de su art. 14 que de mutuo acuerdo el Club/Sad y el futbolista podrán prorrogar el contrato en los términos establecidos en el art.6.2 del RD 1006/1985.

El art. 17 del Convenio Colectivo del Balonmano Profesional establece que finalizada la vigencia del contrato éste podrá ser prorrogado por mutuo acuerdo entre las partes tal y como establece el art. 6 RD 1006/1985.

El párrafo segundo del art. 14 del Convenio Colectivo del Fútbol Sala posibilita las prórrogas del contrato para una duración determinada, mediante sucesivos acuerdos al vencimiento del término originalmente pactado.

El Convenio Colectivo para la Actividad del Baloncesto Profesional para la Liga Femenina establece que finalizada la vigencia del contrato éste podrá ser prorrogado por mutuo acuerdo de las partes, conforme al art. 6.2 RD 1006/1985.

Los Convenios citados no introducen ninguna novedad respecto a lo dispuesto en el Real Decreto 1006/1985, remitiéndose expresamente a este texto legal; si bien el Convenio Colectivo para la Actividad del Baloncesto Profesional ACB, como el Convenio Colectivo para la Actividad de Ciclismo Profesional sí nos presentan en esta ciertas particularidades que han de ser objeto de análisis.

El primero de ellos, en su art. 13, denominado *prórroga del contrato*, articula esta figura como un derecho de tanteo que ostenta el Club o Sad respecto a sus jugadores, que se ven privados de decidir acerca de su futuro, toda vez que dicho precepto en su párrafo primero establece que el club o SAD podrá prorrogar el contrato de los jugadores, mediante el ejercicio del derecho de tanteo que podrá efectuar sobre la oferta recibida de otro club o SAD, si bien ello requerirá que con carácter previo, se haya realizado una oferta cualificada al jugador, que, como mínimo, contemple, para el primer contrato que suscriba, una retribución anual equivalente al 75 por 100 del último salario percibido, y que deberá ser del 85 por 100 de dicho parámetro a partir del segundo contrato.

El segundo de los Convenios referidos, el de Ciclismo Profesional, al que ya nos hemos referido, contempla en su art. 12 la posibilidad de prórrogas tanto expresas como tácitas, estableciendo para dicha prórrogas una duración mínima de un año, advirtiéndose que dicha prórroga tendrá la misma duración que los contratos. Pero también, y bajo el título de “prórrogas”, en su art. 15, establece un supuesto de prórroga automática del contrato por un período de un año en el supuesto que el ciclista profesional permanezca sin participar en competición oficial, y para el caso que la hubiera, durante un período igual o superior a tres meses, salvo situación de baja médica o negativa del corredor o suspensión de su actividad como consecuencia de la aplicación del reglamento antidopaje de la UCI. Se establece esta prórroga con carácter obligatorio para la entidad contratante y potestativa para el corredor.

Excepción hecha de los convenios colectivos reseñados, no se encuentra más regulación de la prórroga de los contratos, pues, como hemos apreciado, apenas queda recogida por la negociación colectiva, y aun quedando posibilitada por el legislador, se está a la espera de una posible y novedosa regulación con criterios más amplios o restrictivos, tal y como posibilita el párrafo tercero del artículo 6 del Real

Decreto 1006/1985, y recoge el Convenio Colectivo de Trabajo para la Actividad del Baloncesto Profesional ACB.

Examinada la duración del contrato de los deportistas profesionales, hemos de referenciar las distintas modalidades de contratación de las contempladas en el Real Decreto 1006/1985, cuales son los contratos de formación y a tiempo parcial, contratos objeto de continua redacción y ajuste por el legislador sometidos a modificación de forma continuada en el seno de su ubicación jurídica, el Estatuto de los Trabajadores, y conteniendo tantas peculiaridades como aristas que hace difícil un seguimiento o un pronunciamiento actualizado.

E) Los “derechos de formación”

La figura a través de la cual se articula la formación en el ámbito de la actividad deportiva, es la de los *derechos de formación deportiva*, y que enfrentan la evolución y la práctica diaria de estas actividades con el respeto a un compendio legislativo. Esta institución propicia que muchos jugadores se puedan encontrar indefensos ante algunas situaciones que los obligan a seguir unidos a sus entidades deportivas respectivas aun después de que sus compromisos hayan finalizado, vínculos no deseados por los deportistas, que limitan o menoscaban la posibilidad de afrontar cambios en sus carreras deportivas fichando por otro club o entidad deportiva.

Por su relevancia, esta materia es examinada en epígrafe independiente.

3. El contrato para la formación

Los contratos para la formación cuentan con singulares connotaciones en su aplicación a los deportistas, siendo paradójico que poseyendo afectación general, y existiendo muchos deportistas de distintas disciplinas, no se encuentre acomodo a esta figura ni una regulación que establezca las normas al menos básicas para estos jugadores en los albores de su práctica deportiva.

A modo de recordatorio nos permitimos reseñar el origen del contrato de formación/aprendizaje, regulando este contrato la relación laboral de la persona que aprende un oficio a cambio de una retribución pequeña, y con una duración cierta. Pues bien, en el deporte profesional todo es distinto, y existen matices, toda vez que el jugador, en formación, habitualmente, abandonará su domicilio para residir en el club de contratación, trasladando literalmente “su vida”, pues pasa a *crecer* en régimen de Colegio Mayor, bajo una disciplina de club, donde continuará sus estudios en una nueva residencia, que será donde radique el club, y donde recibirá una “beca” de estudios, manutención, vestuario, obteniendo incluida en la mayoría de las ocasiones estas contraprestaciones en el contrato que suscriba; es decir, todo es distinto, pues aun iniciando de un mismo punto de partida, edad de un joven que aprende, un *oficio* la configuración y desarrollo de la formación es totalmente distinta, desde inicio a final del contrato.

A) Régimen legal y convencional

El art. 4.1 RD 1006/1985 prescribe que el contrato para la formación se registrará por el Estatuto de los Trabajadores y por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y la normativa laboral común estableciendo los supuestos de suspensión del mismo, salvo pacto de las partes acordando lo contrario, y

consignando como supuesto de suspensión la ahora denominada incapacidad temporal, y el inexistente servicio militar⁹⁹.

Por su lado, el remitido Estatuto de los Trabajadores, en el art. 11.2, establece que el contrato para la formación y el aprendizaje tendrá como objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa. De esa regulación se deduce, pues nada lo impide, que esta modalidad tiene cabida en el ámbito del deporte profesional; en este sentido se ha pronunciado Rubio Sánchez¹⁰⁰, entendiendo que esta modalidad contractual podría resultar beneficiosa para muchos deportistas, dado que dotaría de carácter laboral a situaciones de práctica deportiva calificada por los clubes como aficionada o amateur.

Sentado lo anterior, y tras la atenta lectura de la redacción del art. 11 ET, precepto en situación de *modificación continuada*, parece que se dificulta, cuando no se impide, que la relación del deportista pueda acogerse, y articularse bajo esta regulación, pues dada la especialidad que supone la incorporación del deportista al deporte profesional, no parece que la relación de trabajo tenga fácil encaje. Así, prácticamente ninguno de los Convenios Colectivos de los que podríamos denominar principales deportes (fútbol, baloncesto masculino, balonmano o ciclismo) referencia esta modalidad de contratación.

A modo de excepcionalidad, el Convenio Colectivo para la Actividad de Baloncesto Profesional de la Liga Femenina¹⁰¹ contempla en su artículo 21 la posibilidad de celebrar contratos de formación con jugadoras mayores de 16 años y menores de 21 años, y bajo determinadas reglas;

- e) Duración: Mínima de seis meses y máxima de veinticuatro meses, con posibilidad de prorrogarse por doce meses más.
- f) Tiempo de formación teórica: No inferior al 15 % de la jornada máxima prevista en el convenio para las jugadoras de baloncesto.
- g) Retribución: Según salario mínimo interprofesional.
- h) Período de Prueba: Impedimento de concertarlo por tiempo superior a dos meses; y prohibición de volver a concertarlo, en el supuesto de que la jugadora continuase en el club de baloncesto al término del contrato.
- i) Antigüedad: El período del nuevo contrato, referido en el ordinal d anterior, hará que se compute la duración del anterior contrato a efectos de antigüedad.
- j) Derechos: Derechos y coberturas previstas del art. 29 del presente Convenio colectivo, esto es, protección en las situaciones de baja médica por incapacidad temporal, cualquiera que fuera la causa.

⁹⁹ La Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas establece en su Disposición Adicional Decimotercera la suspensión de la prestación del servicio militar a partir del 31 de diciembre del año 2002. Esta suspensión se adelanta al 31 de diciembre de 2001 en virtud de Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo.

¹⁰⁰ F.RUBIO SÁNCHEZ: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Editorial Dykinson.

¹⁰¹ La resolución de 21 de diciembre de 2007, de la Dirección General de Trabajo, registra y publica el convenio colectivo para la actividad de baloncesto profesional de la Liga Femenina y aunque el ámbito temporal se extendía hasta el día 30 de abril de 2008, conforme a su artículo 4, puede quedar tácitamente prorrogado por sucesivos periodos anuales, tal y como dispone en su art. 6.

Es de reseñar que el convenio colectivo, referenciado, establece una remisión expresa al Estatuto de los Trabajadores, debiendo entenderse que el hecho de recoger expresamente, el contrato de formación, incardinándolo en el Convenio Colectivo supone adoptar dicha modalidad a las particularidades de la actividad deportiva.

B) El debate doctrinal

A pesar de lo expuesto algunos autores consideran “ontológicamente imposible” la operatividad de este modelo de contrato en el ámbito del deporte profesional: la contratación de los deportistas profesionales lo es *intuitu personae* y esta característica es incompatible con los contratos de formación, que lo que pretenden es subsanar la posible falta de idoneidad de la persona contratada¹⁰².

Hay otro sector doctrinal¹⁰³, para el que esta modalidad contractual da lugar a una contradicción en relación con los deportistas profesionales, contradicción por partida doble y referida a la edad:

- En un sentido desde la contraposición de la brevedad de la vida del deportista profesional en relación con los trabajadores comunes. Teniendo en cuenta que los contratos de formación pueden celebrarse con personas de hasta 25 años, podría darse el caso de que algún deportista profesional terminara su carrera antes de terminar su formación.
- En otro sentido desde la realidad que se contempla en algunos casos en los que se celebran contratos formativos con deportistas que mueven grandes cantidades de dinero sin tener siquiera la edad límite para poder firmarlos, lo cual pone en duda si en estos casos realmente nos encontramos ante un verdadero contrato de trabajo.

C) Criterio judicial

La resolución de la Audiencia Provincial de Sevilla por Auto n. 64/2012, de 9 de Abril de 2012, resuelve el recurso interpuesto contra la resolución del Juzgado n.16 de Primera Instancia de Sevilla, que declaró la incompetencia jurisdiccional. El asunto tiene su origen en el contrato entre el club, y el jugador, por el que el primero, el club, ofrecía formación¹⁰⁴, pero también trabajo, consistente esta laboralidad, en la posibilidad de jugar, por cuenta de esta entidad, en ciertas categorías, en función de la edad¹⁰⁵, y todo dentro de la organización, dependencia y dirección de la entidad. Asimismo, se ofrecía, al jugador, como contraprestación de la formación, ciertas retribuciones, abonando la suma pactada, en concepto de compensación para gastos. Lo más curioso de todo, es que la incompetencia de jurisdicción se declara por el

¹⁰² M.CARDENAL CARRO: *Deporte y Derecho*, defiende que aunque el RD 1006/1985 se remite en bloque a la legislación común, también contempla exclusiones, que habrían de ser tenidas en cuenta puesto que constituye un contrasentido que en la norma de una relación laboral especial se defina una modalidad de contrato especial para a continuación establecer que el régimen es el común.

¹⁰³ E. BASAULI HERRERO en su Tesis Doctoral “La invalidez permanente de los deportistas profesionales”.

¹⁰⁴ Completo análisis de las becas y el contrato de formación en R.ROQUETA BUJ: *Deportistas Profesionales*, Ed. Tirant lo Blanch, pág 88.

¹⁰⁵ La edad y la capacidad para contratar como deportista profesional R.ROQUETA BUJ: *Deportistas Profesionales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2011, págs 111 y ss.

Juzgado al homologar la transacción judicial, es decir, no al entrar a resolver la litis de las partes, sino al corroborar el acuerdo de éstas, entrando de oficio a declararse incompetente por razón de la materia; así, contra el Auto del Juzgado, se interpone por el club recurso ante la Audiencia Provincial de Sevilla, que estima, de igual forma que hizo el Juzgado, competente la jurisdicción social, para conocer la reclamación de cantidad, reclamación, que tiene su fundamento, en la indemnización pactada como cláusula penal, por la resolución unilateral del contrato, denominado de formación deportiva, suscrito entre el club y el jugador.

A tener en cuenta en esta resolución las alegaciones vertidas por el club pues por éste se quiere calificar la naturaleza del contrato como civil, en atención a la edad del jugador, la dedicación no exclusiva a la práctica deportiva, y su condición de estudiante¹⁰⁶. Así, todas estas exclusividades mencionadas, se hacen en atención a las ventajas económicas que sobre el club, el jugador proyecta, bajo el soporte del denominado contrato de formación deportiva, y, en virtud del cual, las cantidades pactadas a percibir por el jugador, son denominadas por la entidad, como beca¹⁰⁷; así, en el contrato suscrito, se estipula *la contraprestación económica de beca por formación; contraprestación de material deportivo y contraprestación en asistencia médica*.

Analizando las contraprestaciones mencionadas, en el –Auto objeto de comentario– se establece respecto a la denominada contraprestación de material deportivo, que no existe como tal, pues el club ya proveía al jugador de material deportivo, por cuanto poca contraprestación adicional requiere; respecto a la denominada contraprestación médica, más de lo mismo, poco se puede abonar de contraprestación cuando el jugador ya tenía suscrita una póliza de aseguramiento, que es cubierta por el club, sin que parezca que requiera una contraprestación adicional del mismo tenor. Entra entonces la resolución judicial, al análisis del concepto denominado beca, y, conjuntamente, al examen del contrato, pues en éste se comprendía el período de cinco temporadas, y la contraprestación, que el club denomina beca, pactándose así por importe, respectivamente, de 12.000€; 15.000€; 33.000€; 42.000€; y 50.400€, cantidades referidas para cada temporada del jugador con el club; acordándose también y de forma adicional, el pago de 6.000€, para cada partido que se jugase en el primer equipo; y contemplando distintos supuestos, para el caso de que el jugador prestara servicios en superior categoría, y que el club ascendiese; además, también se pactaba, que el jugador quedaba sujeto a la disciplina del club, acordando exclusividad con éste, y regulando posibles incumplimientos del jugador como su negativa a jugar partidos a los que fuera requerido, o a la firma de licencia, o a cambio de residencia. Finalmente, se pactaba una cláusula penal de 6

¹⁰⁶ Entrando en el análisis de estas alegaciones vertidas por el club, se observa, que en el contrato suscrito, la entidad se reserva: la exclusividad en las actividades deportivas del jugador; la disposición para que el jugador, bajo su disciplina, y bajo su criterio, pueda disputar encuentros oficiales o amistosos, en la categoría que el referido club designe; se reserva, asimismo, la potestad, de utilizar la imagen del jugador para cuantas actividades fuera requerido; así como obtener, también por el club, la licencia federativa del jugador, para la práctica del fútbol bajo su dirección y tutela; pudiendo utilizarse por el club, de forma comercial, su nombre y apellidos, o el pseudónimo, o cualquier identificación personal que tenga el jugador para actos de la propia entidad; además, de facultarse, también el club, la posibilidad de determinar la residencia personal del jugador en localidad nacional o internacional que por este se designe.

¹⁰⁷ Sobre los derechos de formación, S.GARCÍA BRAVO: “Análisis sistémico de los derechos de formación deportiva”, *Diario La Ley* 28 de Julio de 2009.

millones de euros¹⁰⁸, cláusula sustitutiva de daños y perjuicios, al fichar el jugador por otro club sin el consentimiento ni conocimiento de la entidad; cláusula penal que fue la que motivó el procedimiento cuya competencia ha resuelto el Auto que comentamos.

Así las cosas, y con estos datos y antecedentes, procede entrar al análisis de la relación laboral de los deportistas profesionales, y someter estos requisitos al caso concreto; recordamos que la regulación legal del deportista profesional se encuentra en el RD 1006/1985; y establece esta norma, en su art.1.2 las notas por las que el jugador es considerado deportista profesional¹⁰⁹, así, y en el supuesto actual, por la resolución judicial se entiende que se está ante una relación laboral, toda vez que esta viene establecida por el carácter regular, con el que el deportista se dedica voluntariamente a la práctica del deporte, por cuenta y orden del ámbito de organización y dirección de un club o entidad; a cambio de una retribución; excluyendo, expresamente la norma, del concepto retributivo, las percepciones que se reciban como compensación de los gastos derivados de la práctica deportiva.

Por parte del Auto, se recuerda la doctrina del TS, y en concreto la sentencia de 2 de abril de 2009¹¹⁰, –que será objeto de análisis a lo largo de este trabajo–, la cual invoca como de perfecta aplicación, procediendo, a realizar el análisis de las notas de la relación laboral especial de los deportistas profesionales, y su cabida con las circunstancias del caso; así recuerda que se excluye de la relación laboral especial a los que prestando servicios para entidades deportivas no hacen actividades deportivas, como son personal de limpieza, servicios administrativos, vigilancia, médicos...; analiza la nota de voluntariedad, que hace que no se puedan incluir en las actividades deportivas el deporte educativo, carcelario, militar...; también las notas de habitualidad o regularidad, que excluye las actividades deportivas marginales, ocasionales, o aisladas; analiza la figura de la ajeneidad y la dependencia, entendidas, de igual forma, que si fuera una relación laboral común, al realizarse bajo la organización y dirección del empresario; y finalmente aborda el carácter retribuido, de la relación, es decir, la relación bilateral, la onerosidad de las prestaciones a cambio del trabajo, el requisito que diferencia el deporte profesional del aficionado.

El carácter retribuido de la relación es abordado por la resolución judicial que establece la irrelevancia de la calificación jurídica que se haga en el contrato, pues estos contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional¹¹¹;

¹⁰⁸ Análisis y estudio de la cláusula penal, sentencia Juzgado de lo Social n.1 de San Sebastián de 9 de marzo de 2006.

¹⁰⁹ Estudio sobre las notas de la relación laboral del deportista profesional, I.A. RODRÍGUEZ CARDO: “La relación laboral de los deportistas profesionales, principales rasgos configuradores”, *Actualidad Laboral*, Monografías de Jurisprudencia, Septiembre 2007.

¹¹⁰ Cambio de doctrina por el TS sobre la que interpretaba que el SMI era el referente sobre la cuantía de las percepciones para considerar o no la relación como de deportista profesional, establecida por el Tribunal Supremo, por todas, la sentencia de 29 octubre 1997 que establecía que la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural puede ser indicado adecuado de habitualidad, y la inclusión del deportista como profesional.

¹¹¹ La jurisprudencia coincide en significar que los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 junio 1990), debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el "nomen iuris" empleados por los contratantes.

así no es la calificación federativa¹¹² la que hace el deportista sea profesional o aficionado, pues esta calificación no tiene efectos en la esfera jurídico laboral, y, por tanto, no vincula a los órganos de la jurisdicción.

El Auto establece que la prestación deportiva, con sometimiento a la dirección y disciplina del club, percibiendo a cambio una contraprestación calificable como salario, cualquiera que sea la forma como se denomine, lleva a concluir que se está ante una relación laboral regulada en el Real Decreto 1006/1985, y razona que lo que realmente determina la profesionalidad, amén de las notas de la relación laboral ya descritas, es la existencia de una retribución a cambio de los servicios prestados¹¹³, pues la ausencia del salario, determina la cualidad de deportista aficionado, siendo la exigencia de una retribución, cualquiera que sea la cuantía, la consecuencia de la profesionalidad; y se reseña como nota relevante que el importe que se perciba, no tiene por qué tener carácter de exclusividad de medio de vida, tal y como ocurre en una relación laboral común a tiempo parcial. La presunción, a favor de la naturaleza salarial, de la retribución percibida por el jugador, no viene por el deportista, sino que por la entidad que es la que tiene que acreditar que las cantidades que abona tienen carácter compensatorio¹¹⁴, y sólo así será, cuando se pruebe que no exceden, estos pagos, de los gastos que el deportista tenga que asumir para realizar la práctica de la actividad. La naturaleza compensatoria de las cantidades percibidas, es independiente del término que las partes empleen, imponiéndose el principio de la realidad al de denominación de las cosas.

Además, la periodicidad en el devengo de los importes, supone un indicio más que relevante de la naturaleza retributiva, características propias del salario, frente a la irregularidad y variabilidad de las compensaciones de gastos.

Finalmente, y sobre las alegaciones del club reiterando la fuerte inversión económica realizada, y la recuperación de ésta por la formación realizada en el jugador, por la resolución se reconoce la legitimidad de dicha recuperación de esta inversión, máxime cuando la relación se configuró como promesa, y el contrato se suscribió cuando el jugador tenía 16 años, con una previsión de cinco temporadas, compaginando dicha actividad con sus estudios; ahora bien, también entiende que fijar una consecuencia económica penalizadora, por el incumplimiento, en cuantía de seis millones de euros; choca con la naturaleza de becario que el club predica, pues se trata de una contraprestación económica que excede cualquier compensación de gastos, y así, entiende, que el importe económico pactado como contraprestación al jugador, y su período de vigencia, hace que nada lo diferencie de un contrato laboral profesional normal, dado que la previsión para la última temporada, y la posibilidad de concretar sus expectativas como joven promesa, hace que nos encontremos ante un contrato en el marco de la relación laboral especial del RD 1006/1985 de deportistas profesionales; y es por todo lo expuesto que se confirma el Auto del Juzgado, y por la Audiencia Provincial de Sevilla se considera competente el orden social de la jurisdicción, procediendo a desestimar el recurso de apelación

¹¹² La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de abril de 2009, unificación de doctrina, establece que no determina la existencia o no de relación laboral la calificación federativa del deportista.

¹¹³ Sobre la retribución de los deportistas profesionales, como elemento diferenciador con el amateur, A.ARIAS DOMÍNGUEZ *Revista Jurídica del Deporte* núm. 27/2009, Ed. Aranzadi.

¹¹⁴ Sobre los gastos compensatorios, J.M.GONZÁLEZ DEL RÍO: *El deportista profesional ante la extinción del contrato de trabajo deportivo*, Ed. La Ley.

interpuesto por el club, y a confirmar la resolución del Juzgado de 1ª Instancia n.16 de Sevilla, estableciendo, de acuerdo con su criterio, la competencia del orden social de la jurisdicción para el conocimiento de la demanda interpuesta, procediendo a la imposición de las costas.

Somos conscientes de lo desmesurado que resulta el dedicar una atención tan amplia a una simple resolución judicial. Sin embargo han sido varios los factores que han inclinado a ello: su origen en la jurisdicción civil; el amplio espectro de perspectivas asumido; la riqueza de los planteamientos; lo novedoso del enfoque en varios pasajes; en fin, paradójicamente, el escaso eco que ha encontrado en los medios jurídicos.

4. Los derechos de formación

A) El viejo “derecho de retención”

En nuestro país hasta la década de los ochenta, momento en el que se produjo la laboralización del deporte profesional propugnada por la jurisprudencia, los derechos de formación se articulaban a través de una institución denominada derecho de retención, en virtud del cual a la fecha del vencimiento de un contrato el mismo se prorrogaba obligatoriamente para el deportista y facultativamente para el club de manera que la única alternativa que le quedaba al deportista para poder seguir ejerciendo su profesión era la prórroga de esa vinculación que ya se había extinguido.

Este sistema atenta claramente contra el derecho a la libre elección de profesión y oficio contemplado por la Constitución Española¹¹⁵; pero es más, incluso antes de su promulgación, esta institución había recibido importantes críticas que habían llegado a compararla con la esclavitud.

Saliendo al paso de esa situación, el Real Decreto 381/1981, de 5 de febrero que reguló por primera vez en España la relación laboral especial de los deportistas profesionales estableció en su artículo 9 b que si a la terminación del contrato el deportista estipulaba un nuevo contrato con otro club, el de procedencia tendría derecho a una indemnización de preparación y formación a cargo del nuevo club o entidad deportiva, siendo la cuantía de la indemnización la fijada por los clubes interesados, y en caso de desacuerdo la fijada por un procedimiento arbitral fijado por la Federación.

De este modo, el derecho de retención, que constituía una decisión unilateral del club, se sustituyó por un sistema de compensación por preparación o formación, que sin embargo tampoco puso fin a los problemas que el antiguo sistema planteaba pues los deportistas se veían marginados toda vez que la determinación de la indemnización era dispuesta por los clubes y en el mejor de los casos en un arbitraje federativo.

¹¹⁵ En su art. 35.1 la Carta Magna dispone que “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

B) Regulación general

Desde una perspectiva jurídico-sociológica estamos ante una cantidad monetaria que dicta el precio que tiene la libertad del jugador después de que se ha acabado la relación contractual adquirida de forma voluntaria, basándose en el gasto en formación que ha sufragado el club de origen respecto de un deportista en concreto. Así, la normativa vigente, respecto a los derechos de formación, es en cierto modo ambigua ya que no precisa, ni regula con especificidad este tenor, dejando así al deportista en una situación en la que se encuentra huérfano y sin amparo legal respecto del club que le ha formado; derivando a nuestro juicio, a una situación e inseguridad jurídica para el deportista profesional. Toda esta subjetividad legal, en cuanto a la aplicación de la normativa se refiere, supone que no exista una relación directa con la compensación real de los gastos acarreados por el deportista y que existan otros objetivos e intereses ajenos a la compensación por los clubes de la formación recibida por el jugador.

Procede el reconocimiento de los gastos que realmente ha supuesto la formación del deportista, y merecen su regulación por parte de las instituciones públicas, debiendo significar en este punto que nos encontraremos ante derechos de formación deportiva o no, en función de la federación a la que asistamos, toda vez, que algunas no contemplan estos derechos; y dentro de las que sí los regulan, lo harán de forma diferente pues cada federación ponderará de forma distinta la cuantía existiendo existirán diferencias sobre transacciones de deportistas de un mismo nivel profesional, con diferencias exageradas en muchos casos, debiendo en este punto, matizar que la posibilidad que el jugador formado llegue a estrella es una entre mil, teniéndose, a nuestro juicio, que prorratearse el coste total de cada uno de los futuros jugadores, entre cada uno de los “censados”, ante la posibilidad más que probable de que el jugador no llegue a nada, y sin embargo por el club se haya tenido que desembolsar una cantidad ingente de medios materiales y económicos, sobre cada uno de ellos, vid Caso Olivier Bernard, sentencia TJUE 16/03/2010.

Los anhelos reales como imposibilitar el cambio de club por una cantidad económica completamente desmedida en relación con el gasto asumido, para que otros clubes desistan de sus pretensiones, deriva en que el deportista que ha tenido una formación quede casi ligado al club que lo contrató “de por vida” lo cual lleva aparejado que muchas carreras deportivas acaben frustradas o sin posibilidades de prosperar. Por otra parte, los clubes que pueden asumir los costes del cambio, supone en la mayoría de los casos, no el pago de los derechos de formación del deportista sino la evaluación del jugador como capital, por cuanto se convierte en una mercancía, un diamante en bruto, en los que los intereses del club priman sobre los propios del deportista.

a. Estatuto de los Trabajadores

De manera esquemática, puede decirse que el ET:

- Prohíbe el empleo de menores de 16 años (salvo para esporádicos espectáculos públicos).
- Restringe su actividad si no han alcanzado los 18 (pluriempleo, jornada, horas extras, tareas inadecuadas, etc.).
- Regula capacidad contractual del menor, emancipado o no.
- Permite que cuando la empresa invierte e formación de uno de sus empleados se formalice un pacto de permanencia de hasta dos años, cuyo incumplimiento genera la obligación de indemnizar los “daños y perjuicios” (art. 21.4 ET).

b. Reglamentos laborales

Actualmente el concepto de “derechos de formación deportiva” se encuentra contemplado en el artículo 14 del Real Decreto 1006/1985 que establece para el supuesto 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. Este precepto ha dado lugar a infinidad de controversias, algunas con clubes no españoles a los que no se ha podido exigir el abono de la compensación por no resultarles de aplicación el RD 1006/1985.

Es relevante mencionar el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas, cuya Disposición Adicional 5ª establecía que los Reglamentos de las Federaciones deportivas españolas y de las Ligas profesionales reconocerían los derechos de preparación y formación que correspondieran a las sociedades anónimas deportivas respecto a los jugadores pertenecientes a clubes deportivos que hubiesen adscrito sus equipos profesionales a las citadas sociedades anónimas deportivas.

Se puede conceptuar el derecho de formación deportiva como la potestad que tiene una entidad deportiva determinada, comúnmente denominado “club de origen”, para reclamar y recibir de otra entidad, llamado “club de destino”, cierta suma de dinero que indemnice la labor formativa realizada. Se trata de compensar la inversión deportiva que el club de origen ha realizado con ese jugador y que reportará beneficios en el nuevo club de destino, que será el que obtendrá rédito de la formación recibida en el club de origen, siendo esa compensación la base en la que se fundamenten los derechos de formación deportiva.

Ello supone enfocar el asunto como una inversión que cierta entidad deportiva hace en un jugador, el cual posteriormente va a rentabilizarla en otro club que no dedicó tiempo y esfuerzo en educarlo, y que se beneficia de la formación, know how, recibido bajo una disciplina táctica, de comportamiento, de potenciación de habilidades, estrategias, hábitos, educación en el sentido amplio del término; así, y de todo esto nace la necesidad de que por parte de las instituciones públicas se regule y reconozca la labor de inversión que por la que deberá ser compensada de alguna forma al club de origen.

c. Código Civil

Por su lado, el Código Civil contiene diversos preceptos que también han de tenerse en cuenta:

- Artículo 162: los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.
- Id: para celebrar contratos que impliquen la realización de prestaciones personales se requiere el previo consentimiento del menor si ya tuviere suficiente juicio.
- Se exceptúan de la representación los “actos relativos a derechos de la personalidad”.
- Art. 158: el Juez dictará las disposiciones que considere oportunas para apartarle de un peligro o “evitarle perjuicios”.

C) Regulación federativa

Se trae a colación el caso del voleibol, y los derechos de formación que aparecen contemplados en el Reglamento General de la Real Federación Española de Voleibol, que en su artículo 49 regular de forma exhaustiva, estableciendo incluso la fórmula que procede aplicar para la determinación del importe a abonar como compensación por formación; así, el precepto reglamentario referido establece que en el supuesto de que en la temporada siguiente a la finalización del derecho de vigencia de la licencia, un determinado jugador suscribiese una nueva licencia de ámbito nacional con un equipo de diferente club, éste, el club que tramita la nueva licencia, deberá abonar al club de origen una compensación económica por su trabajo de formación siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que el jugador haya cumplido los 21 años de edad. En el supuesto de que dicha edad se cumpla dentro de la temporada oficial, el club de origen mantendrá dicho derecho hasta la conclusión de la misma.
- Que el jugador haya sido alineado en competiciones nacionales a lo largo de las dos temporadas anteriores, militando en el club con derecho a compensación.
- Que el club de origen continúe participando en competiciones organizadas por la RFEVB.

Esta compensación económica se calculará aplicando la siguiente fórmula y conforme a la tabla de valores que se detallan: $(N+P+E)*V*C*I = \text{IMPORTE A ABONAR}$. Donde N sería el número de temporadas consecutivas con un mínimo de dos en las que el jugador haya mantenido licencia federativa con el club de origen, a partir de la categoría cadete incluida. Cada temporada otorgará un punto. Donde P es la puntuación que se otorga en función de la categoría del jugador en la temporada en que se inscribe por el nuevo club según su edad y en ningún caso para la posible inscripción en categoría superior a su edad, estableciéndose el siguiente baremo:

SENIOR	5 puntos.
JUVENIL	3 puntos.
CADETE	2 puntos.

*Donde E viene constituida por el número de puntos según los equipos masculinos o femeninos de categorías inferiores inscritos en competiciones oficiales de la RFEVB o en su Territorial a partir de la categoría cadete, incluida, en la temporada anterior a la aplicación del baremo:

De 0 a 2 equipos	0 puntos.
De 3 a 5 equipos	1 punto.
De 6 a 8 equipos	2 puntos.
De 9 a 10 equipos	3 puntos.
De 11 en adelante	4 puntos.

*Donde V es el importe valor del punto y C el coeficiente multiplicador correspondiente a las diferentes categorías del club de procedencia y destino, que serán fijados por las Normas de Competición¹¹⁶.

¹¹⁶ El punto 14 de la Normas Generales de Competición para la temporada 2011-2012 establece que el importe del valor punto – V – es de 15 €. Por su parte el coeficiente multiplicador – C – ...

*Donde Y por último I es el coeficiente multiplicador correspondiente a la participación del jugador con las Selecciones Nacionales, habiendo estado inscrito como mínimo en un partido:

Selección Nacional Absoluta	4 puntos.
Selección Nacional Júnior	3 puntos.
Selección Nacional Cadete	2 puntos.
Otras selecciones nacionales	1,50 puntos.

Para aplicar este coeficiente es necesario que el jugador haya participado en competiciones oficiales con las diferentes Selecciones Nacionales durante cada una de las dos temporadas anteriores a la aplicación del derecho, teniéndose en cuenta como participación la de la selección de más categoría en el caso de que haya participado en varias. Para aquellos jugadores que en los dos años anteriores no hayan participado en las Selecciones Nacionales, el coeficiente multiplicador tiene el valor de un punto.

Asimismo se establece que sin el cumplimiento del requisito de abono de la compensación, si el club de origen lo ha solicitado previamente, no será autorizada la tramitación de licencia por la RFEVB o en su caso Federación autonómica, excepto si el club de origen renuncia expresamente mediante escrito a su derecho, siendo el pago del derecho de formación de obligado cumplimiento por los clubes afectados salvo, precisamente, que el club de origen beneficiario del mismo renuncie al mismo o acuerde con el club de destino su sustitución por otra clase de compensación y siempre que dicho acuerdo se haga contar por escrito. Adicionalmente se prevé que el club que ha abonado la compensación por formación recupere el 50% de la cantidad abonada en el caso de que el jugador tramitase, en el transcurso de la temporada siguiente, licencia con otro club siempre que se cumplan estos requisitos:

- Que el jugador al suscribir la licencia con el nuevo club no haya cumplido 21 años o que los cumpla dentro de la temporada oficial.
- Que en la temporada anterior el jugador hubiera pertenecido a un mismo club.

correspondiente a las diferentes categorías del club de procedencia y destino se fija en el siguiente cuadro:

DESTINO PROCEDENCIA	DESTINO											
	DHM	DHF	S-2M	S-2F	FEV M	FEV F	1DM	1DF	2DM	2DF	J.M	J.F.
D.H.M.	20	0	14	0	8	0	3	0	1	0	1	0
D.H.F.	0	10	0	7	0	4	0	2	0	1	0	1
S-2 M	10	0	7	0	5	0	3	0	1	0	1	0
S-2 F	0	7	0	5	0	3	0	2	0	1	0	1
FEV.M.	5	0	4	0	3	0	3	0	1	0	1	0
FEV.F.	0	4	0	3	0	2	0	2	0	1	0	1
1.D.M.	5	0	4	0	3	0	3	0	1	0	1	0
1.D.F.	0	4	0	3	0	2	0	2	0	1	0	1
2.D.M.	5	0	4	0	3	0	3	0	1	0	1	0
2.D.F.	0	4	0	3	0	2	0	2	0	1	0	1
J.M.	5	0	4	0	3	0	3	0	1	0	1	0
J.F.	0	4	3	3	0	2	0	2	0	1	0	1

El valor final resultante de la aplicación de la fórmula establecida en el art. 49 del R. General incluye el IVA.

- Que a estos efectos la aplicación de la fórmula sobre los derechos de formación el coeficiente multiplicador C no sea 0.

Se contempla que no tendrá derecho el club a recuperar cantidad alguna en el caso de que el Comité de Competición otorgue la baja al jugador por incumplimiento de obligaciones por alguna de las partes, siempre que la causa de dicho incumplimiento fuese imputable al club; pero si el motivo de la baja fuese imputable al jugador, el club que ha abonado los derechos, puede recuperar el 50% en el supuesto que el jugador tramitara licencia con otro club tanto en esa temporada como en la siguiente.

Finalmente se contempla en el último de los puntos del precepto objeto de comentario que el club de origen debe justificar de forma fehaciente ante la RFEVB que la cuantía invertida en la formación del jugador, no ha sido sufragada en su totalidad o en parte por las cuotas o aportaciones realizadas por el propio jugador.

D) Regulación por convenio colectivo

Teniendo en cuenta que deportista profesional, según el Real Decreto 1006/1985, es toda persona que de forma regular se dedica voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución, hemos de afirmar que esta relación, aunque es especial, se puede asemejar a cualquier relación jurídico laboral asalariada normal del mercado de trabajo, tal y como apuntábamos en la Introducción de este trabajo, pues si nos acogemos a lo que establece el Real Decreto 1006/1985 en su artículo 14.1, podemos afirmar que a través de un Convenio Colectivo se puede negociar una compensación por la formación recibida por el deportista en su club de origen, correspondiéndole al club de destino abonarla a quien ha sufragado los gastos y ha invertido tiempo y medios en formar al jugador, todo y dentro de la hipótesis de utilizar el jugador como moneda de cambio. Cabe mencionar que esta compensación solo puede ser pactada para deportistas que ejercen su actividad de una manera profesional, dado que así lo reconoce y regula el Real Decreto 1006/1985, por cuenta ajena y es de todo punto imprescindible que así esté contemplada en el Convenio Colectivo.

a. Fútbol profesional

El Convenio Colectivo del Fútbol Profesional, cuyo artículo 18.1 establece que la LNFP y la AFE, de acuerdo con el artículo 14.1 del Real Decreto 1006/1985, convienen establecer para el caso de que tras la extinción del contrato por expiración del tiempo convenido el Futbolista Profesional estipulase un nuevo contrato con otro Club/SAD, éste deberá abonar al Club/SAD de procedencia la compensación que libremente haya fijado en las listas de compensación, al final de la temporada. A tal efecto, el Club/SAD de procedencia deberá notificar al jugador, a la LNFP, y a la AFE, hasta el día 30 de junio o siguiente hábil de cada año, su inclusión en la lista de compensación y el importe fijado; sin que en ningún caso pueda incluirse en la lista de compensación a un jugador, cuya edad sea igual o superior a 24 años, al 30 de junio del año en que se incluya.

Puede observarse, del artículo reproducido, así como de lo establecido en el Real Decreto 1006/1985, que no se exige que la formación se haya producido de forma efectiva; así, y en muchas ocasiones, la propia relación contractual de un jugador con un determinado club ha dado lugar a más de una interrupción en el

desarrollo de su proyección profesional; siendo a nuestro juicio un severo castigo además de inmotivado, que se deje a criterio del club de origen la fijación del importe correspondiente por preparación o formación, sin que se establezca ningún parámetro para la obtención de dicho cálculo, lo cual genera distintas consecuencias antes los mismos hechos, y todo dependiendo de cuál sea el club de procedencia. Asimismo, no podemos abstraer de la crítica que el único tope establecido para determinar los derechos de formación sea una variable como la edad máxima, cuando lo aconsejable hubiera sido determinar una curva de edad con la evolución del deportista en los distintos niveles de formación.

b. Baloncesto profesional

El Convenio Colectivo para la actividad del Baloncesto Profesional ACB establece en su artículo 16, una compensación por renuncia a los derechos de prórroga y tanteo, estableciendo que los clubes o SAD que renuncien a ejercitar los derechos de prórroga y tanteo que les confiere el Convenio tendrán derecho a percibir una compensación del club o SAD que haya contratado al jugador y contemplando las reglas a seguir para la determinación de dicha compensación, teniendo en cuenta los distintos con escalonamientos en función de la edad, entre otros vectores de regulación de los derechos de formación.

El convenio no recoge a la figura de la compensación por formación deportiva, pero que sí contempla otra figura con efectos similares, pues trata del “derecho de tanteo” y el “derecho de prórroga”; así, y mediante estos conceptos se establece que el deportista en una relación con su club de origen tiene que ofrecer a este la posibilidad de prolongar su contrato si iguala las condiciones que el otro club pueda ofertarle, lo que imposibilita que el deportista se pueda marchar, sin más, del club de origen; asimismo se contempla la posibilidad de que el club de origen no quiera ejercer su derecho de tanteo y prórroga, supuesto para el cual el Convenio Colectivo ofrece como solución la posibilidad recibir una compensación que se calcula en porcentajes basados sobre la retribución pactada para las temporadas para las que el deportista firma un contrato con el club de destino y con el límite de los 25 años de edad para el jugador; sin embargo, este derecho no afecta a los deportistas que practican el baloncesto, que no percibirán ninguna compensación económica, tal y como reciben los jugadores de fútbol profesional, que perciben un 15% del total de la compensación.

E) Caracterización dogmática

De lo expuesto hasta aquí podemos extraer características comunes a las regulaciones que hacen referencia a los derechos de formación de los deportistas:

- Se trata de una cantidad económica que se abona como compensación por parte del club de destino al club de origen, antes de proceder a la contratación del deportista.
- Se produce una vinculación del deportista con su club de origen, durante el tiempo en que le es aplicable el derecho de formación, cuya exigencia nace en el momento en que el mismo opta por cambiar a otra entidad.
- Se establece una determinada edad como límite máximo a la aplicación de los derechos de formación.

- En tanto no se haya procedido al abono del pago estipulado por derechos de formación o por el club de origen se haya renunciado a dicho cobro, de forma expresa, al deportista le quedará vedado el cambio de club.
- Se establece el procedimiento que se ha de seguir en caso de incumplimiento del pago de la cantidad correspondiente como derechos de formación.

a. Consecuencias

Estas peculiaridades expresadas derivan en una serie de consecuencias, de naturaleza diversa, algunas de gran importancia, que detallamos:

- Las cantidades a abonar como derechos de formación suponen un límite a la libertad de acción y asociación ya que someten al deportista a una situación de absoluta vinculación con su entidad.
- El deportista que tenga firmado un contrato profesional por el que se encuentre sujeto a derechos de formación no podrá desvincularse de su club de origen, aunque dicho contrato haya finalizado, lo que da permite a la entidad constreñir al deportista a seguir prestando sus servicios, y todo hasta que las circunstancias que originaron los derechos de formación desaparezcan o hasta que otro club abone/compense su cuantía.
- Habitualmente el deportista profesional verá reducida la cantidad económica que percibe por parte del club de destino por el desembolso realizado en concepto de formación al club de origen.
- Puede ocurrir que las cantidades exigidas en concepto de derechos de formación no se correspondan o son desproporcionadas en relación al gasto efectivo realizado como formación y preparación competitiva del deportista.
- No existe ningún obstáculo para que los clubes puedan exigir por derechos de formación las cuantías que estimen convenientes, acordar otro tipo de compensaciones que no sean de carácter económico y renunciar tanto a unas como a otras dejando a las Federaciones al margen de estos acuerdos, lo que da lugar a que los deportistas se encuentren desprotegidos.
- Puede ocurrir que ante un cambio de entidad, y la de destino no abone las cantidades correspondientes por derechos de formación y que la Federación correspondiente deniegue la tramitación de la licencia del deportista, de forma que el deportista no pueda participar en competiciones deportivas oficiales.
- No existe un mecanismo que dote al deportista de medios de defensa para los supuestos en los que se produzca un abuso o una actuación que a la postre suponga un perjuicio por el uso indebido de esta figura.

b. Opciones para el deportista

Así las cosas, puede concluirse que los deportistas sujetos a derechos de formación en el momento en el que se extinga la relación que da origen a los mismos pueden manejar tres opciones:

- Lograr que el club de origen les conceda la “carta de libertad” de forma que puedan cambiar libremente, circunstancia que se les deniega

habitualmente, toda vez que el referido club de origen, no obtendría ningún beneficio.

- Prorrogar su estancia en el club de origen, que afectaría a su libertad para vincularse con otro club.
- Dejar de practicar el deporte profesionalmente al no poder prestar sus servicios en otro club sin que el mismo se vea obligado a pagar los derechos de formación, toda vez que esta negativa conllevaría la no tramitación de la correspondiente licencia federativa imprescindible para poder participar en competiciones oficiales.

c. Argumentos favorables

Pese a los puntos adversos del actual sistema regulador de los derechos de formación, tanto las Federaciones como las asociaciones y los clubes argumentan a favor de su mantenimiento, y lo basan en lo siguiente:

- La regulación de los derechos de formación resulta imprescindible para mantener un equilibrio financiero y deportivo de forma que en cierto modo garanticen la supervivencia de los clubes más modestos, que normalmente son aquellos en los que el deportista profesional ha iniciado su carrera, y por lo tanto serán los que reciban las cuantías correspondientes por derechos de formación una vez que los mismos empiecen a prestar sus servicios en clubes de mayor entidad, –aunque esto no siempre es necesariamente así (en ocasiones se producen cambios de un jugador desde un club considerado de los “grandes” a otro de la misma consideración, y/o dicho cambio no resulta ventajoso, por situaciones sobrevenidas, como pueda ser, la entrada del club en concurso de acreedores) –.
- La compensación económica por derechos de formación se considera una medida que favorece la búsqueda y el surgimiento de nuevos talentos y promueve la selección y la formación de nuevos deportistas.
- Los derechos de formación suponen una compensación económica importante para los presupuestos de aquellos clubes que dedican más medios a esta labor, suponiendo un estímulo que de no verse compensado podría abocar a desistir o deprimir la utilización de recursos, amén de la ilusión en la loable actividad de “escuela”, llegado a dejar en situación de peligro las “canteras”, que posteriormente nos darán deportistas de alto nivel, y que permiten la representación y el éxito en competiciones de alto nivel como los Juegos Olímpicos, Mundiales, Europeos...
- Se defiende la actual regulación porque la misma ha sido aprobada por la propia Administración de manera que no puede considerarse que sea un pacto entre las propias Federaciones y las asociaciones y clubes y además también ha sido aceptada de forma implícita por los propios deportistas.
- Finalmente aducen que la autonomía de la regulación deportiva podría verse amenazada en caso de establecer una regulación más estricta ya que este hecho suscitaría dudas acerca de la independencia del movimiento deportivo.

d. Alternativas

Ante estas dificultades que plantea el actual sistema, aunque el mismo sea defendido por sus principales artífices y beneficiarios, parece innegable la necesidad de proceder a una reforma, para lo cual podrían plantearse tres alternativas distintas:

- Eliminar el actual sistema sin sustituirlo por otro, esto es, suprimir cualquier compensación por formación de manera que el deportista profesional al finalizar su contrato con el club o entidad que le ha formado tenga absoluta libertad para desarrollar su actividad en aquel club que más le interese.
- Modificar el actual sistema estableciendo la compensación por formación como una necesidad imperativa pero sujeta a límites relacionados con la justificación del gasto efectuado en la misma y la acreditación de que esta ha sido llevada a cabo eliminando las cuantías libres, exigiendo a los clubes de origen certificados por la formación, reconociendo a los clubes y entidades capacidad formadora, obligando que la formación sea impartida por profesionales, eliminando cualquier posibilidad de que se exijan cantidades desproporcionadas como derechos de formación y finalmente fijando una fórmula para el cálculo del gasto efectivo dedicado a la misma.
- Y como última opción sustituir el actual sistema estableciendo compensaciones por subvenciones públicas proporcionales a la formación, otorgando gratuitamente licencias federativas para las categorías inferiores y dotando un fondo económico federativo para la formación.

F) Tipología judicial

Toda la problemática que genera la actual regulación de los derechos de formación hace que no resulte extraño, sobre todo en el mundo del fútbol y en la implicación de los equipos denominados importantes (sobre todo de 1ª División, en los denominados grandes), las diferencias lleguen a los tribunales. Por ello resulta interesante referir las resoluciones judiciales en lo que puede denominarse el inicio de una crónica judicial *ad hoc*. Los interrogantes que se plantea, entre otros, son los que siguen:

- ¿Pueden los padres comprometer el trabajo futuro (y personal) del hijo?
- ¿Es imprescindible, o conveniente la aquiescencia de éste?
- ¿Hay que descartar el (pre)contrato de trabajo antes de llegar a la edad mínima laboral?
- ¿Ya ejerce su libertad de elegir trabajo (empresa, sede, condiciones) el menor?
- ¿Pueden los padres de un recién nacido pactar con una Institución....?
- ¿Dónde está el límite? ¿Cuándo hay conflicto de derechos entre representantes y representado?
- ¿Qué jurisdicción (civil, laboral) conocerá los eventuales pleitos?
- ¿Qué validez posee la cláusula indemnizatoria (quizá elevada) que incorpora el precontrato para supuestos de incumplimiento?
- ¿Hay que descartar el carácter abusivo de la indemnización por el hecho de que sea similar a la de otros precontratos?

- ¿Qué sucede cuando el cambio de club no traspasa las fronteras del Estado?
- ¿Cómo se integra este enfoque con el de las cláusulas de rescisión millonarias, presentes incluso en contratos infantiles?
- ¿Cómo calcular el valor de la formación tanto individual cuanto colectiva?
- ¿Qué valor tendrían las cláusulas penales aceptadas al iniciar el período formativo?
- ¿Es atacable la decisión empresarial de prolongar o acortar el período formativo?
- ¿Con qué antelación ha de ofertarse la contratación laboral?
- ¿Qué sucede si todo ello ocurre con un *falso aficionado*?
- ¿Tenemos bien delimitadas las fronteras del deportista en formación, sea laboral o no su vínculo?

a. El caso de Raúl Baena

Iniciamos la referida crónica judicial con la sentencia dictada en el caso de José Raúl Baena Urdiales, conocido como Caso Baena, y pasando de seguido a analizar el supuesto de hecho: Los padres del jugador, cuando éste contaba con 13 años de edad, suscribieron un contrato de jugador no profesional con el Fútbol Club Barcelona por un período de ocho años, contemplando su prolongación hasta junio de 2010. También firmaron otro contrato, en virtud del cual, se contemplaba el futuro otorgamiento de un contrato de jugador profesional en función de la evolución deportiva cuando el joven llegase a la mayoría de edad¹¹⁷.

Cumplidos los 16 años, el Fútbol Club Barcelona requirió al jugador para que procediera a la firma del contrato laboral de deportista profesional, si bien, y ante la falta de acuerdo entre las partes, el futbolista decidió resolver voluntaria y anticipadamente el contrato de jugador no profesional que le unía a dicho Club, poniendo a disposición de éste la cantidad de 30.000 euros prevista como indemnización anticipada de dicho contrato.

Posteriormente el jugador firma un contrato como futbolista profesional con el Real Club Deportivo Español S.A.D., momento en el cual el Fútbol Club Barcelona demanda al jugador al entender que se habían vulnerado los acuerdos fijados en el precontrato en virtud del cual había quedado obligado a firmar un contrato como jugador profesional con esta entidad, demanda en la que solicita 3.489.000 euros.

La sentencia de instancia razona que en el contrato se distinguen dos figuras contractuales distintas: una la relacionada con la regulación del eventual establecimiento de una relación laboral entre las partes y la segunda, sobre las consecuencias previstas para el supuesto de que dicha relación no se llegara a establecer.

¹¹⁷ Conviene hacer referencia en este punto a la diferencia entre la figura del “precontrato” y los llamados “tratos previos”. Mientras que “tratos previos” usuales en el ámbito deportivo, solo pueden dar lugar a la exigencia de resarcimiento por culpa extracontractual, el “precontrato” puede dar lugar en caso de incumplimiento al resarcimiento por culpa contractual dado que el mismo refleja un auténtico acuerdo entre las partes que se comprometían a cumplir.

La primera de las cuestiones se resuelve considerando que se está ante un auténtico precontrato en el sentido aceptado por la jurisprudencia; respecto a la segunda, las consecuencias de no establecer la relación contractual aboca ante un verdadero contrato perfecto en el que se deja constancia de la existencia de un derecho de preferencia del Fútbol Club Barcelona a optar por la contratación como profesional del jugador, y donde se prevén las consecuencias económicas que conlleva la vulneración del derecho de preferencia. Estas consecuencias económicas, son cuestionadas por el demandado respecto a su validez, pues entiende que han de ser consideradas nulas y para ello esgrime la vulneración del artículo 166 del Código Civil¹¹⁸, norma que a su juicio impide renunciar a cualquier derecho de los de carácter personal, entre los que se encuentra, conforme al artículo 35.1 de la Constitución Española, el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración¹¹⁹.

Por el Juez de lo Social no se considera que la cláusula sea nula, ni que comporte una vulneración del derecho a la libre elección de profesión, puesto que únicamente se refiere al supuesto de que el jugador quiera dedicarse profesionalmente al fútbol, caso en el que se otorga al FC Barcelona una opción preferente de contratación; asimismo, se considera que no supone una vulneración del régimen legal de prohibiciones, establecido en los artículos 162 y siguientes del Código Civil¹²⁰, que regula los supuestos en los que las prohibiciones, excepciones o

¹¹⁸ Precepto que dispone que “los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

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

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

¹¹⁹ Por todas estas razones por el jugador demandado se solicita que el precontrato sea reputado como nulo, y sobre este tenor la sentencia de instancia establece “*que no puede prosperar dicha causa de nulidad. Así, una simple lectura del precontrato, concretamente de su estipulación quinta considerada en su integridad, pone de manifiesto que las partes, probablemente para evitar que pudiera comprometerse el futuro profesional del Sr. Baena hasta el punto de vulnerar su derecho constitucional de libre elección de profesión y oficio al que, obviamente, sus padres no podían renunciar en su nombre, recogieron una cláusula (la designada bajo el número 5.3) en la que se regulaba la posibilidad de que el demandado incumpliese el precontrato, es decir, no procediese a la suscripción del contrato laboral por su propia voluntad distinguiéndose, entonces, diversas situaciones de hecho a las que se anudaban distintas consecuencias jurídicas y económicas. Entre las previsiones a este respecto, el punto 5.3.1 del contrato contiene una regulación en los siguientes términos :”si incumple por abandonar su actividad deportiva (estudios, trabajo ajeno al fútbol, familia, etc.) no vinculándose con ningún otro Club de Fútbol, no se determina un derecho indemnizatorio a favor del F.C. Barcelona”.* La indemnización que ahora se reclama, solo está prevista, para el caso de que el jugador siga jugando al fútbol pero lo haga vinculado a un club distinto de la actora desoyendo la opción de contratación preferente que el precontrato concede al FC Barcelona”.

¹²⁰ Preceptos que regulan la representación legal de los hijos y los bienes de los mismos y su administración.

actos que precisan de autorización judicial, en el ejercicio de la patria potestad deben ser interpretados restrictivamente¹²¹.

Así, y atendiendo a la doctrina de la Sala, por el Juzgado no se considera que el caso objeto del proceso, pueda subsumirse en ninguno de los supuestos limitativos contemplados en el Código Civil en lo concerniente al actuar de los padres en la representación de sus hijos en el ejercicio de la patria potestad, razón por la cual no se declara la nulidad del precontrato.

Declarada la validez de este contrato se entra por la sentencia de instancia al análisis de la cláusula penal contractual contenida en el cuerpo del mismo, y se sirve para ello de la jurisprudencia que establece la posibilidad de anticipada fijación, en un negocio jurídico, del importe de los daños y perjuicios que pueden derivarse del incumplimiento del mismo; por cuanto, admitidas este tipo de cláusulas se entra a valorar el exceso del importe fijado en el contrato objeto de la litis ante la posibilidad de que su abono pudiera suponer un abuso de derecho¹²².

De igual manera considera que estas cláusulas cumplen la función de proteger el “trabajo de cantera” de forma que se reconoce la labor de aquellos clubes que desarrollan una función pedagógica, para lo que necesitan una amplia infraestructura, sobre aquellos otros que no desarrollan este tipo de funciones, y del mismo modo pretenden disuadir a los clubes competidores de contratar jugadores formados en dichas canteras. En atención a todo ello fija la indemnización por derechos de formación en la suma de 500.000 euros y no los 3.489.000 euros reclamados en la demanda.

¹²¹ Alude a esta cuestión la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1989 en la que se establece que “siendo constante la doctrina de esta sala, sancionadora de una interpretación restrictiva en cuanto a las normas prohibitivas; ni tampoco puede ser admisible la interpretación analógica, que así mismo se postula extrapolando normas de otras instituciones jurídicas al caso que nos ocupa. La representación legal de los hijos menores, ejercitada por los padres que ostenten la patria potestad, tiene su concreta regulación, y las limitaciones correspondientes, en los artículos 162 y siguientes del Código Civil¹²¹, habiendo hecho figurar el legislador en los mismos: los actos exceptuados de representación, el conflicto de interés, los bienes excluidos de la administración paterna, y los actos traslativos y de gravamen que les está prohibido efectuar a los padres sin cumplir ciertos requisitos; esta reglada actividad de representación y administración paterna, tiene su lógico colofón en el artículo 168 del mismo cuerpo legal”.

¹²² A este respecto establece la sentencia “para la fijación de una suma que se entienda acorde con los reales perjuicios sufridos por la actora se deben tener en cuenta, a criterio de esta Juzgadora, diversos factores. No cabe aceptar, como ha defendido la representación del demandado, que la indemnización debida haya de estar en consonancia con los emolumentos por el Sr. Baena en las cinco temporadas que permaneció vinculado al FC Barcelona. Ello por cuanto la verdadera inversión realizada por parte de la actora no proviene de los sueldos satisfechos al jugador, que, en realidad, tienen un carácter poco menos que simbólico, a modo de dinero de bolsillo; la verdadera inversión radica en la actividad formativa de toda índole proporcionada por el FC Barcelona al Sr. Baena, que supone un esfuerzo económico para la actora y de la que el demandado se ha visto beneficiado sin que, como consecuencia de la marcha del jugador a otro club, esa inversión formativa redunde en beneficio, cuando menos deportivo, para la actora; de admitirse que la actora pudiera realizar dicha inversión sin obtener otra contraprestación alguna se estaría amparando un enriquecimiento injusto del demandado”. Al amparo de esta reflexión la Juzgadora considera oportuno otorgar la correspondiente indemnización, por lo cual procede a valorar los conceptos que han de integrarse en la misma. Además de los puramente económicos tiene para ello en consideración el hecho de el jugador ha adquirido su formación en uno de los clubes de más reconocido prestigio a nivel internacional en el ámbito futbolístico, lo cual supone “un patrimonio inmaterial para el jugador que comporta un rédito económico para el mismo”.

Este caso presenta aspectos muy relevantes y distintas aristas dignas de estudio respecto a los derechos de formación, sobre todo cuando éstos afectan a jóvenes deportistas cuyos cómo sus padres han suscrito contratos o precontratos en virtud de los cuales los mismos ellos se ven obligados a vincularse y por tanto comprometidos con una entidad deportiva a la obtención de la mayoría de edad. En este sentido la sentencia de análisis pone de manifiesto que este actuar no puede considerarse una vulneración del artículo 166 del Código Civil¹²³ ni afecta al derecho reconocido en el artículo 35.1 de la Constitución Española.

A nuestro juicio cabe plantearse si los padres de un jugador no están hipotecando el futuro de sus hijos al firmar esta suerte de contratos y si realmente no se está vulnerando el derecho a la libre elección y a la promoción en el trabajo, que en el ámbito del fútbol, tiene lugar mediante el cambio de club, con mejoras económicas y profesionales. El precontrato firmado por los padres de un joven deportista, en virtud del cual éste se vincula a una determinada entidad, en el momento en que cumpla la mayoría de edad, habría de considerarse nulo teniendo en cuenta que mediante estos contratos lo que se hace realmente es comprometer la voluntad del menor en la futura celebración de un contrato cuando este alcance la edad mínima de admisión al trabajo, sin que su consentimiento haya quedado expresado de forma expresa. Adicionalmente hemos de tener en cuenta que el 162 del Código Civil contempla la celebración de contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales y exige el previo consentimiento de los mismos si tuvieran el juicio suficiente, circunstancia que resulta muy aventurado establecer en un menor de 16 años, sobre todo teniendo en cuenta la complejidad de forma y las consecuencias no suficientemente expuestas en los precontratos.

En el caso objeto de análisis, el jugador tiene sólo trece años de edad a la firma del precontrato y por lo tanto se presume un desconocimiento de las circunstancias del mercado laboral y por supuesto carece de madurez como para asumir y ratificar una decisión de este calado y con tanta repercusión en el tiempo, recordemos que distaba en cinco años para alcanzar la mayoría de edad. En este punto es de valorarse que estamos ante cláusulas que contemplan indemnizaciones millonarias, dato que a mi juicio resulta de suficiente relevancia para considerar que efectivamente se está atentando contra el derecho a la libre elección de profesión y de promoción en el trabajo constitucionalmente reconocido¹²⁴.

¹²³ A.J. MONROY ANTÓN en su artículo “Los derechos de formación, ¿un abuso en el fútbol español?”, donde se considera por este autor que “la suma solicitada atenta contra todos los principios generales del Derecho, es abusiva, cuando además, el citado precontrato fue firmado por los padres del jugador, lo que vulneraría la prohibición legal que el art. 166 Código Civil (CC) impone a los progenitores que ejercen la patria potestad en lo relativo a la renuncia de derechos que corresponden a sus hijos, en este caso, con relación al derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 de nuestra Constitución (CE). El Juzgado desestimó esta posibilidad con el pobre argumento de que la ratificación de un contrato a la que alude el art. 1259 CC puede producirse de modo tácito según ha reconocido reiterada jurisprudencia y que, además, el futbolista se habría aprovechado de la gestión del «representante» (*falsus procurator*). Es decir, que según esta versión del Juzgador, para que el contrato no tenga validez debe ser perjudicial para el «representado». Una línea jurisprudencial que en nada beneficia a la protección de los jóvenes deportistas en cuyo nombre se firman contratos constantemente”.

¹²⁴ A.J. MONROY ANTÓN en su artículo “Los derechos de formación, ¿un abuso en el fútbol español?” que en relación con la ruptura del precontrato firmado entre los padres del jugador y el club, que incorporaba una serie de cláusulas para el caso eventual de que el futbolista, al llegar a la mayoría de edad, quisiera continuar su carrera deportiva en el F. C. Barcelona, la sentencia ...

La STS 5 febrero 2013 Sentencia nº 26/2013 (Ponente Orduña Moreno) constituye el eslabón final de este importante caso, y aborda las cuestiones cruciales que confluyen en el tema. Sus argumentos cruciales son los que siguen.

- A) Nulidad del contrato litigioso, basada en argumentaciones que desarrollan las siguientes premisas:
- Este tipo de contrataciones de menores debe ser objeto de especial protección por el ordenamiento jurídico.
 - Principio constitucional y supranacional del *superior interés del menor*.
 - Principio viene íntimamente ligado al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución).
- B) Representación de los padres, admitida sobre un par de bases o fundamentos normativos
- El menor tiene derecho a decidir sobre su futuro profesional: el poder de representación legal de los padres ha de atender a este principio superior y no puede extenderse a ámbitos que el menor puede realizar por sí mismo.
 - La representación paterna no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo.
- C) Necesidad de que exista autorización judicial para este tipo de contratos, al implicar contenidos obligacionales económicos relevantes para el menor y su futuro.
- D) Orden público laboral: Se atentaría el principio de libertad de contratación del menor con cláusulas de vinculación y económicas que impedirían su posterior decisión. Se recuerda que el pacto de permanencia contempla una duración máxima de dos años y que a Raúl Baena se le impusieron diez.
- E) Derechos de imagen: existencia de una cesión de los derechos de imagen del menor, lo que implica la cesión de derechos fundamentales de especial protección por el ordenamiento jurídico.
- F) Daños y perjuicios: Pago de 30.000 por extinción anticipada del contrato de jugador no profesional.

b. El caso de Iván Zubiaurre

Otro supuesto objeto de análisis es el de la Real Sociedad e Iván Zubiaurre Urrutia. El jugador suscribió el día 2 de julio de 2004 dos contratos con el club, el

establece que mediante la cláusula penal que se le impone no se vulnera su derecho al trabajo reconocido en la CE, por cuanto que el deportista podía haber abandonado el fútbol para dedicarse a otra cosa y no habría tenido que pagar indemnización alguna. Sin embargo, de seguir practicando su profesión, la de futbolista, como profesional, estaba obligado a continuar en el F. C. Barcelona, club por el que ficharon sus padres —no él— a la edad de tan sólo 13 años. Es decir, no sólo se consiente sino que incluso se apoya la posibilidad de que se hipoteque el futuro profesional de un futbolista menor de edad sin su consentimiento, con el pobre argumento de que «se ha aprovechado de ello» (es imposible saber el dinero que el futbolista habría obtenido en otro club, por lo que esa teoría del beneficio decae sin necesidad de entrar en mayores profundidades), y se le da la «libertad» de trabajo consistente en abandonar la profesión que mejor sabe ejercer.

primero como jugador profesional con una duración de una temporada y un segundo contrato en el que se acordaba la prestación de sus servicios en el segundo equipo (denominado Sanse) o en el primer equipo, a criterio del club, previendo como fecha de finalización el 30 de junio de 2005; si bien, y de forma expresa se contemplaba que por el jugador se pudiera conceder en favor del club un derecho de opción de prórroga de una temporada más, debiendo ser comunicado el ejercicio de esta opción con antelación a la fecha prefijada de 30 de junio 2005.

Así, en la cláusula quinta del referido contrato se establecía que en caso de resolución unilateral del contrato por voluntad del jugador, y como consecuencia de todas las contraprestaciones económicas pactadas, por los derechos de formación, se establecía como indemnización, para el supuesto de resolución anticipada, la cantidad de 30.050.605,22 euros. El día 12 de mayo de 2005 el jugador recibe una carta del club, fechada el día 5 del mismo mes, en la que se le comunicaba que el club ejercía el derecho de prórroga para la temporada 2005/2006. El jugador en fecha de 21 de julio del año 2000 había suscrito un contrato con la Real Sociedad para prestar servicios como jugador tanto en el equipo juvenil, como en el primer equipo, otorgando al club un derecho de opción de prórroga de temporada a temporada hasta un máximo de dos. Este contrato, que ahora noticiamos, también recogía una cláusula en la que estipulaba que si el contrato se extinguía por voluntad unilateral del jugador, éste se abonaría al club la cantidad de 5.000.000 millones de pesetas; es de reseñar que el jugador estuvo vinculado a las categorías infantiles y juveniles de la Real Sociedad desde los once años.

Con fecha 1 de julio de 2005 el Presidente del Athletic Club de Bilbao manifiesta en rueda de prensa que se había alcanzado un acuerdo verbal con Zubiaurre para que el jugase en su club, el Athletic, hasta el año 2011, manifestando que no pretendía abonar cantidad alguna al entender que al día de la fecha el jugador ya estaba libre de la disciplina de la Real Sociedad. Este club, la Real Sociedad, que es el club de origen, sostiene que el jugador tenía contrato en vigor y que por éste se había extinguido unilateralmente, por cuanto procede a demandar al jugador solicitando condena con carácter subsidiario al Athletic Club de Bilbao, y todo para obtener el abono de la cláusula de 30.050.605,22 euros. La demanda se sustancia el orden jurisdiccional social, obteniéndose sentencia por el Juzgado de lo Social Nº1 de San Sebastián en la que se estima en parte la demanda con condena al jugador al pago de la cantidad de 5 millones de euros en concepto de indemnización por daños y perjuicios, y de forma subsidiaria al Athletic Club de Bilbao. Esta sentencia fue recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por la representación del jugador, recurso que fue desestimado confirmándose la sentencia de instancia.

La sentencia del TSJ declaró como hecho probado que el jugador pactó la cláusula cuando tenía 22 años y que esta era impuesta a todos los jugadores, por cuanto a su juicio se considera que dicho pacto se utilizó como instrumento de un poder de dominación del club. Repárese en que, con antelación al vencimiento del plazo, a pesar de la voluntad del trabajador de desistir del contrato, se establecía, en todo caso, como necesario el consentimiento empresarial, pues solo cabría traspaso ex artículo 13.1.a RD 1006/1985, no imponiéndose al deportista consecuencias indemnizatorias importantes, duras o simplemente excesivas por no cumplir el contrato que suscribe, sino estableciendo la imposibilidad real de poder desistir y por tanto, la práctica frustración de poder ejercer su derecho a elegir dónde preste su actividad profesional y a promocionarse en el trabajo.

Se interpone recurso para unificación de doctrina tanto por el jugador como por el club, si bien a juicio de la Sala, ni la sentencia invocada por el deportista, ni la invocada por la Real Sociedad, son susceptibles de ser traídas a contradicción por no ser supuestos idénticos, por cuanto no son susceptibles de unificación, por tanto por el Tribunal Supremo se desestiman sendos recursos, confirmando lo resuelto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

La sentencia del TSJ modula la cantidad reclamada como compensación por formación y no otorga automáticamente el importe contemplado en la cláusula contractual, de más de 30 millones de euros, al considerarla abusiva. De ello deriva la conclusión implícita de que para la operatividad de estas cláusulas se ha de establecer una regulación más precisa de los derechos de formación y de los parámetros necesarios para calcular su importe, lo que parece no interesar a los clubes pues manteniendo la actual situación pueden establecer cantidades sin límite y exigir su pago.

En el supuesto de análisis, surgido en torno a Iván Zubiaurre, las consecuencias y el perjuicio sobre el jugador supusieron que por éste no se pudiera competir durante una temporada, a la espera de la resolución judicial, que se interrumpiera su evolución deportiva y se frustrara en gran medida su progresión como jugador, amén del grave perjuicio que sufrió el club que le contrataba.

Existe otra cuestión que hasta ahora no ha sido referenciada, y que tampoco ha sido resuelta por los tribunales, la cuestión versa sobre si la actividad formativa desarrollada por el club articula los derechos de formación como una presunción que parece no admitir prueba en contrario; en este punto es forzoso traer a colación el artículo 14.1 del Real Decreto 1006/1985 que establece “*para el caso de que tras la extinción del contrato por expiración del tiempo convenido el deportista estipulase un nuevo contrato con otro club o entidad deportiva, mediante Convenio Colectivo se podrá pactar la existencia de una compensación por preparación o formación, correspondiendo al nuevo club su abono al de procedencia*”. Parece que el precepto establece que la compensación procede de manera objetiva y automática por el simple hecho de que el deportista cambie de club, sin hacer referencia en ningún momento a la necesidad de generar un crédito por quien reclame los derechos de formación, que es quien realmente ha realizado la actividad formativa, ni tampoco se establece la posibilidad de que aquel quien reclame el pago pueda objetar que no ha existido la actividad formativa; si a lo expuesto añadimos que tampoco se tiene en cuenta que el deportista, en su etapa formativa, puede haber permanecido en varios clubes o entidades deportivas, y que los derechos de formación se reconocen únicamente respecto a aquél en el que el jugador profesional ve extinguido su contrato por expiración del tiempo pactado, podemos concluir que es deseable una mejora sobre la insuficiente regulación legal que no agota todos los supuestos y situaciones en los que se pueda encontrar el jugador en formación.

G) Perspectiva internacional

Los apartados 2 y 3 del artículo 14 del Real Decreto 1006/1985 regulan los derechos de formación deportiva que corresponden al club formador en el caso de que se trate de contratos celebrados entre jugadores extranjeros y clubes españoles. Art. 14.2 establece que a la contratación por clubes españoles de deportistas extranjeros le serán de aplicación los criterios de reciprocidad en la contratación por clubes o entidades deportivas extranjeras de deportistas vinculados a clubes

españoles. Esta disposición pretende, por lo tanto, otorgar validez a las reglamentaciones de las Federaciones internacionales que regulaban los derechos de formación de manera homogénea para todas las federaciones nacionales y que estaban en vigor en el momento en que se promulgó el Real Decreto 1006/1985. Por su parte el art.14.3 del RD 1006/1985 establece que a los sucesivos contratos que puedan formalizarse con otros clubes españoles por los deportistas extranjeros contratados de acuerdo con el art.14.2, ya referido, les podrá seguir siendo de aplicación el régimen jurídico del primer contrato a estos efectos. Este párrafo establece las garantías para que un segundo equipo español no pueda ser ventajista sobre el desembolso inicial realizado por otro club, ya que al jugador extranjero se le sigue aplicando la regla del art. 14.2.

Se ha de profundizar en el análisis del elemento de extranjería en la relación laboral, pues han de tenerse en cuenta otras consideraciones respecto a los derechos de promoción y formación, consideraciones que han sido resueltas por los tribunales y en concreto por sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que son tan populares como conocidas cuales son la “sentencia Bosman” y la “sentencia Olivier Bernard”.

a. El caso Bosman

En la primera de ellas, sentencia Bosman, de 15 de diciembre de 1995, se establece que *“el hecho de que los clubes empleadores estén obligados a abonar compensaciones al contratar a un jugador procedente de otro club afecta a las posibilidades de los jugadores de encontrar un nuevo empleo, así como a las condiciones en que se ofrece dicho empleo”* por otra parte se establece que *“el artículo 48 del Tratado CEE se opone a la aplicación de normas adoptadas por asociaciones deportivas, con arreglo a las cuales un jugador profesional de fútbol nacional de un Estado miembro sólo puede, al término del contrato que le vincula a un club, ser empleado por un club de otro Estado miembro si este último ha abonado al club de origen una compensación por transferencia, formación o promoción”*.

La resolución judicial cuyo extracto, sobre los derechos de formación, hemos reproducido, motivó que por la FIFA se aprobara una Circular¹²⁵ con el objeto de informar a sus asociados de que el abono de la citada compensación por formación dejaba de ser obligatoria cuando concurren las siguientes circunstancias:

- Que el contrato haya finalizado.
- Que el futbolista sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.
- Que el traspaso se produzca entre clubes de Estados miembros del Espacio Económico Europeo.

Por lo tanto y tras la “sentencia Bosman” se prohíbe la compensación por preparación o formación en los traspasos entre clubes y jugadores europeos tras la extinción del contrato; pero esta resolución judicial lo que proscribe no es cualquier compensación por formación sino únicamente aquellas mediante las cuales no se *“persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado”*, salvo que se haga *“por razones imperiosas de interés general”* ya que se reconoce que *“ha de admitirse que la perspectiva de percibir compensaciones por transferencia, promoción o formación es efectivamente idónea para alentar a los clubes de fútbol a buscar*

¹²⁵ Circular FIFA 592/1996, de 12 de junio de 1996.

jugados con talento y llevar a cabo la formación de jóvenes jugadores”. Pero el problema lo plantea la propia sentencia cuando establece que “debido a la imposibilidad de prever con certeza el futuro deportivo de los jóvenes jugadores y el número limitado de dichos jugadores que se entregan a una actividad profesional, las referidas compensaciones se caracterizan por su naturaleza eventual y aleatoria y son, en todo caso, independientes de los gastos reales soportados por los clubes para formar tanto a los futuros jugadores profesionales como a los que jamás llegarán a serlo. Por consiguiente, la perspectiva de percibir tales compensaciones no puede constituir un elemento determinante para fomentar la selección y la formación de jóvenes jugadores si un medio adecuado para financiar estas actividades, en especial, en el caso de los clubes modestos”.

b. El reglamento FIFA de 2010

Con la finalidad de adaptar su regulación a los extremos contenidos en la tan mencionada resolución judicial, el Reglamento FIFA sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores 2010 regula las compensaciones por formación de futbolistas contemplando dos supuestos de hecho:

- Que un jugador firme su primer contrato como profesional.
- Que un jugador sea transferido durante o al término del contrato hasta el final de la temporada en que cumple 23 años.

En ambos casos y con la finalidad de compensar formación recibida entre los 12 y los 21 años, el nuevo club deberá abonar al club o clubes formadores una indemnización por formación de acuerdo con los procedimientos para calcular los costes de formación y educación recogidos en el Anexo IV del Reglamento. Contempla la norma una serie de salvedades a esta obligación:

- Que se trate de la rescisión del contrato sin causa por el club anterior.
- Que se trate de una transferencia a un club de cuarta categoría.
- Que se trate de la reasunción por el jugador de la condición de aficionado.

Como se puede observar en esta reglamentación, no se tiene únicamente en cuenta al club de origen, sino a todos aquellos clubes que han intervenido en la formación del jugador, de manera que si se trata de la primera inscripción profesional del mismo, tendrán derecho a percibir la correspondiente compensación por formación todos aquellos que hayan contribuido a la misma desde la temporada en que el deportista cumplió 12 años, prorrateándose el período de formación de cada uno de ellos; así, y si se trata de transferencias, el derecho sí corresponde únicamente al club de origen pero solo por el tiempo que el deportista profesional hubiera entrenado con el mismo.

Tal y como se ha expuesto, esta reglamentación contiene también el sistema, por cierto bastante complejo, para calcular los gastos de formación en base a la clasificación dada por las asociaciones nacionales de los clubes que a ellas pertenecen, y que establece cuatro categorías atendiendo a sus inversiones financieras en la formación de jugadores, fijando para cada una de estas categorías unos “costos de formación” de manera que la *“primera vez que un jugador se inscribe como profesional, la indemnización por formación (...) se calcula con los costos de formación de la categoría del nuevo club multiplicados por el número de años de formación; en principio, a partir de la temporada del 12º cumpleaños del jugador a la temporada de su 21º cumpleaños. En el caso de transferencias*

subsiguientes, la indemnización por formación se calcula con los costos de formación de la categoría del nuevo club multiplicados por el número de años del club anterior”.

c. El caso Olivier Bernard

Conviene referenciar la ya anunciada, y relevante, sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de marzo de 2010, dictada en el conocido como “caso Olivier Bernard” que retoma la actualidad de las compensaciones por formación. El supuesto de hecho es el de un joven futbolista que firmó un contrato como jugador “promesa” con un club francés, el Olympique Lyonnais, por tres temporadas, a contar desde el 1 de julio de 1997, y antes de la finalización de este contrato el club ofreció al jugador un contrato como profesional de un año de duración que el futbolista rechazó, firmando contrato como jugador profesional de fútbol con el Newcastle en agosto de 2000. Conforme al derecho francés el jugador venía obligado a firmar su primer contrato como profesional con el club formador, razón por la cual el referido club reclamó al futbolista y a su nuevo club, el pago de una indemnización por incumplimiento de los compromisos contractuales y que equivalía a la retribución que el futbolista habría percibido durante un año si hubiera aceptado la oferta del club francés. Este es el supuesto que llega al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que se resuelve por sentencia de 16 de marzo de 2010, dando la razón al jugador.

Desgranando la sentencia, la principal conclusión que se puede extraer de la misma es que *“el artículo 45 del TFUE no se opone a un sistema que, para realizar el objetivo consistente en fomentar la contratación y la formación de los jóvenes jugadores, garantice la indemnización del club formador en el caso de que un joven jugador firme al término de su período de formación un contrato como jugador profesional con un club de otro Estado miembro, siempre que ese sistema sea apto para garantizar la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para lograrlo”*. De esta forma cualquier régimen que obligue al deportista formado en un club a compensarlo por la preparación recibida, si celebra un nuevo contrato con un club distinto, tras la finalización por cumplimiento del contrato anterior, puede disuadir a dicho jugador de ejercer su derecho a la libre circulación, lo que constituye objetivamente una restricción a la libre circulación de los trabajadores, garantizada dentro de la Unión en virtud de lo establecido en el artículo 45 del TFUE. A pesar de ello no se impide el establecimiento de una compensación por la preparación que el deportista, que en el caso de la actividad del deporte profesional consiste en fomentar la contratación y la formación de nuevos jugadores. Así pues en cada caso concreto es necesario tener en cuenta la concurrencia de dos premisas:

1. Que el sistema que de forma objetiva restringe el derecho a la libre circulación de trabajadores garantice sin embargo la realización del objetivo de fomentar la contratación y formación de nuevos jugadores.
2. Que no vaya más allá de lo necesario para lograr este objetivo.

Para la resolución judicial la compensación por formación es el medio más idóneo para fomentar a los clubes la búsqueda de jugadores con talento y la de formar a jóvenes jugadores de manera que *“un sistema que prevé el pago de una compensación por formación en el caso de que un joven jugador celebre al término de su formación un contrato como jugador profesional con un club distinto del que le ha formado, puede, en principio, justificarse por el objetivo consistente en fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores”*, pero este sistema ha

de ser apto para lograr ese objetivo. En base a esta consideración, el Tribunal da la razón al jugador al considerar que la indemnización reclamada iba más allá de lo necesario para fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores y para financiar estas actividades, además se aporta el criterio para configurar la compensación por formación de jóvenes deportistas y establece los parámetros para la repercusión, amortización y resarcimiento de los gastos de formación soportados por lo clubes o entidades formadoras permitiendo cuantificar esta compensación por preparación o formación de forma no contraria a la libertad de contratación ni a la libre circulación de trabajadores.

H) Reflexiones conclusivas

Establece la Constitución Española en su artículo 43.3 que los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte y que facilitarán la adecuada utilización del ocio, por cuanto que a nuestro juicio resulta relevante atender a todas las cuestiones de derecho, obviamente, incluida la formación, puesto que como hemos puesto de manifiesto, el legislador español no ha adoptado las medidas necesarias para que este derecho formación en el ámbito deportivo, ni siquiera en los niveles profesionales del mismo, se articule de una forma adecuada que además resulte justa para todas las partes implicadas¹²⁶.

Por otra parte, los contratos de formación, en la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores, de incansable cambio tanto semántico como de regulación, no se adecua en modo alguno, a las necesidades, peculiaridades y circunstancias del deporte. Los derechos de formación no cuentan tampoco con una regulación que impida que el ejercicio de los mismos pueda resultar abusivo y en algunos otros supuestos, perjudiciales para los propios jugadores, que como hemos referido suficientemente, pueden, en ocasiones, impedir su adecuada evolución en la práctica del deporte profesional.

Entendemos que no se ha adecuado ni regulado los derechos de formación para quedar acordes con la regulación existente internacionalmente, donde tal y como se ha puesto de manifiesto, se incorporan criterios que permiten una determinación más justa.

Así, la regulación contenida en el Real Decreto 1006/1985 no tiene como finalidad compensar a aquellas entidades que han contribuido a la formación del deportista sino que, tal y como entiende Luján Alcaraz, parece preocuparse únicamente de establecer un mecanismo que sustituya al viejo derecho de retención. Además el texto legal remite a los Convenios Colectivos para la fijación de la forma

¹²⁶ J.LUJÁN ALCARAZ, en su artículo “*Los derechos de formación deportiva*”, presentado el día 14 de septiembre de 2010 en el Foro Aranzadi de Derecho del Deporte, que exige que el derecho regule la formación en la práctica deportiva, pues aquí se encuentra la compensación por la formación recibida por los deportistas profesionales; y siendo cierto que el art 14 del RD 1006/1985 prevé 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, a su juicio este precepto lo que hace es autorizar la existencia de la compensación por preparación y formación, pero la misma solo será exigible si lo prevén los respectivos convenios colectivos, siendo criticada la referencia del precepto legal al deportista profesional pues a su juicio presupone una calificación jurídica susceptible de confusión con los denominados amateurs compensados, quedando fuera las cláusulas indemnizatorias pactadas en precontratos celebrados por deportistas en edad no laboral, de todo punto de muy dudosa eficacia.

en que ha de articularse esta compensación, de manera que deja al arbitrio de cada sector su establecimiento, lo que abre la espita a la existencia de claras diferencias / discriminaciones entre según qué práctica deportiva se realice; y si bien es cierto que estas diferencias pueden encontrar su justificación en el hecho de que algunos tienen un mayor seguimiento, por lo que generan unos mayores ingresos, y en ello puede ampararse que los derechos de formación que se abonan en los mismos vengan constituidos por cantidades importantes, por no decir exorbitantes, se genera también una importante inseguridad jurídica, más aún si se tiene en cuenta que no todos los Convenios Colectivos han optado por regular esta materia. Este hecho plantea también la cuestión, no resuelta, de si en el resto de los deportes no pueden reclamarse las compensaciones por formación, habida cuenta que el Real Decreto 1006/1985 no contempla de forma expresa ninguna previsión, limitándose a mencionarlas con remisión a su regulación específica vía convenio colectivo, preguntándonos qué ocurre cuándo el convenio colectivo no las contemple, pudiendo entender que no se podrán reclamar.

Otra circunstancia criticable es que esta compensación por formación se reconozca únicamente al club de origen, teniendo dicha consideración el club en el que militaba el deportista profesional, donde el deportista se encontraba justo antes de fichar por una nueva entidad, sin tener en cuenta que en la formación pueden haber participado también otros clubes anteriores a este último. Merece asimismo censura que se permita a los clubes fijar libremente las cantidades que han de abonarse como compensación por formación, sin establecer ningún parámetro y sin exigir de ninguna forma que dicha formación haya sido efectivamente prestada. A mi juicio, es necesaria una reforma legislativa que recogiera la doctrina marcada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y asumida por la FIFA a fin de establecer las pautas para determinar las cantidades a abonar en concepto de derechos de formación, así como fijar los supuestos en los que estos derechos resultan procedentes, así como quiénes son sus beneficiarios.

Incidir asimismo que no se puede soslayar que el actual sistema de compensación por formación se refiere exclusivamente al deporte profesional, dejando fuera los derechos que puedan resultar procedentes respecto a deportistas que no se encuentran en edad laboral y privando de esta forma en muchos casos a clubes y entidades más modestos de percepciones económicas que resultarían del todo procedentes porque los mismos han intervenido también en la formación de deportistas que en muchas ocasiones llegan a ser grandes estrellas. En definitiva, se puede entender que el actual sistema carece de las bases necesarias para compensar realmente la inversión-gasto que ha sido destinada a la formación de los deportistas cuando los mismos inician la práctica del deporte como profesional.

Por último, a modo de ideas para el debate, pueden expresarse diversas valoraciones o recomendaciones:

- 1ª) Cambiar el modo de evaluar los costes de la formación y aplicar el "método Bernard".
- 2º) Implicar a quienes actúan representando al menor.
- 3º) Activar los mecanismos de autorización judicial cuando se suscriben los compromisos.
- 4º) Examinar las circunstancias del caso por si pudiera haber responsabilidad extracontractual del club de destino.

- 5º) Renovar periódicamente el consentimiento expreso del menor para proseguir su formación.
- 6º) Propiciar una regulación convencional entre clubes que clarifique el tema.
- 7º) Contemplar expresamente el tema en la Ley del Deporte.
- 8º) Dar protagonismo a la correspondiente Federación deportiva.
- 9º) Criticar la sentencia y promover un cambio de jurisprudencia.
- 10º) Dejar el tema en manos de los Tribunales, para que éstos determinen lo que procede en cada caso.

5. El contrato de trabajo a tiempo parcial

A) Planteamiento

Analizado el contrato para la formación, recogemos ahora la segunda modalidad contractual recogida en el 4.2 del Real Decreto 1006, el contrato a tiempo parcial que nos remite al artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores. Es decir, nuevamente la regulación de la relación laboral especial, en esta modalidad acude a la regulación común.

Un sector de la doctrina, encabezado por el Cardenal Carro, considera que el contrato a tiempo parcial se trata de una modalidad contractual no aplicable al deporte profesional puesto que entiende que esta prestación no puede ser realizada con carácter marginal; sin embargo, esta tesis no es la que ha sido recogida por la jurisprudencia que, como tendremos ocasión de referir, admite que la prestación de actividades deportivas se puedan realizar a tiempo parcial sin perder su carácter de profesionalidad.

Siendo esta una teoría desechada en la actualidad, no se ha de olvidar que la posición doctrinal, que defendió la imposibilidad de la práctica deportiva profesional a tiempo parcial, pudo ver recogidas su tesis en la normativa reguladora de esta relación laboral especial. Así, la proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en 1981 contemplaba que se considerase como profesional del deporte a “*quien hace de la práctica habitual de las actividades citadas su medio de vida, percibiendo por ello una retribución, cualquiera que sea su forma y cuantía*”. A la postre este extremo no fue incluido en el gestante Real Decreto 318/1981 y tanto la doctrina como la jurisprudencia evolucionaron admitiendo que la práctica deportiva se simultanease con otros trabajos retribuidos.

Sabedores de que la jornada de los deportistas profesionales presenta peculiaridades, esta circunstancia no impide el acogimiento a la modalidad de contratación a tiempo parcial, aun cuando aquella jornada ya pueda ser inferior *de facto* a la de los trabajadores que no se encuentran sometidos a ningún régimen especial, fijada actualmente en 40 horas semanales, en lo que denominamos trabajador a jornada completa.

La modalidad del contrato a tiempo parcial, surge en 1980 con la publicación del Estatuto de los Trabajadores y como resultado de una política que fomentaba el “reparto del empleo”. Con anterioridad hubo algunas normas que utilizaban la

jornada reducida como medida para fomentar el empleo, como por ejemplo el artículo 13.1 de la Ley de Relaciones Laborales¹²⁷ o el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 49/1978, de 26 de diciembre, sobre política de rentas y empleo por el que se facultaba al Gobierno a regular, con carácter experimental, contratos a tiempo parcial, que tendrían el carácter de contratos de duración determinada; es decir, en sus orígenes el contrato a tiempo parcial nació como medida para la lucha contra el desempleo y con el paso del tiempo, esta modalidad de contrato ha ido sufriendo variaciones en función de las necesidades que la sociedad iba demandando, prácticamente con carácter permanente que va desde la efectuada por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores¹²⁸, como la realizada por la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores¹²⁹; y el Real Decreto Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad¹³⁰.

¹²⁷ La Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, actualmente derogada, establecía en su artículo 13.1 que “el Ministerio de Trabajo, previo informe de la Organización Sindical, con objeto de facilitar la colocación y empleo efectivo de los trabajadores de más de 40 años, de los de capacidad laboral disminuida, de los que tengan a su cargo especiales responsabilidades familiares o de los jóvenes trabajadores que accedan a su primer empleo, dictará en cada caso normas sobre reservas de puestos de trabajo y regímenes de jornadas reducidas adoptando otras medidas similares en relación con las empresas de más de veinticinco trabajadores fijos, concediendo bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social y organizar fórmulas de empleo comunitario”.

¹²⁸ Su artículo 12, al regular el trabajo a tiempo parcial, establecía que “el trabajador se entenderá contratado a tiempo parcial cuando preste sus servicios durante un determinado días al año, al mes o a la semana o durante un determinado número de horas, respectivamente, inferior a los dos tercios de los considerados como habituales en la actividad que se trate en el mismo periodo de tiempo”. Su disposición transitoria tercera establecía a su vez que “a efectos de lo dispuesto en los artículos 12 y 36, cuatro, en tanto persistan las actuales circunstancias de empleo, solo pueden contratarse a tiempo parcial los trabajadores perceptores de prestación de desempleo; los que hubieran agotado la percepción de la misma, continuando en situación de desempleo; los trabajadores agrarios que hubiesen quedado en desempleo y los jóvenes menores de veinticinco años”.

¹²⁹ Esta norma deroga la disposición transitoria tercera de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, derogación que se dirige, según expone la propia Ley, “a homologar la situación española con la de otras economías occidentales, en las que el trabajo a tiempo parcial ha adquirido un grado de difusión desconocido en España y altamente satisfactorio, al cumplir tres objetivos deseables: satisfacer los deseos de una parte de la población dispuesta a trabajar en jornada incompleta, disminuir la unidad mínima de trabajo que las Empresas pueden contratar y, en general, obtener por esa vía un reparto del trabajo disponible de carácter estrictamente voluntario”.

¹³⁰ Esta norma establece una nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial fruto del proceso de reflexión y diálogo desarrollado entre el Gobierno y las Organizaciones Empresariales y Sindicales. Acomoda, además, esta regulación a los compromisos establecidos a nivel europeo en el Acuerdo Marco sobre el Trabajo a Tiempo Parcial concluido el 6 de junio de 1997 por la UNICE, el CEEP y la CES, compromiso incorporado para su aplicación a la Directiva 97/81/CE, del Consejo de 15 de diciembre. Se pretende la mejora de la calidad del trabajo a tiempo parcial, lo cual “requiere del establecimiento de una regulación que, permitiendo una adecuada flexibilidad en este tipo de trabajo, garantice la mismo tiempo determinados principios básicos: la igualdad de trato y no discriminación de los trabajadores a tiempo parcial en relación con los trabajadores a tiempo completo, sin perjuicio de la aplicación del principio de proporcionalidad cuando resulte adecuado; el principio de voluntariedad en el acceso al trabajo a tiempo parcial, que incorpora el derecho del trabajador a no ser despedido por negarse a ser transferido desde un empleo a tiempo completo a otro a tiempo parcial, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con la legislación y los Convenios Colectivos, puedan derivarse de las necesidades de funcionamiento del establecimiento considerado, y el

A partir de estas modificaciones, el contrato laboral a tiempo parcial permite la contratación en la que se pueda establecer una jornada laboral inferior a la concebida como normal.

B) Fijos discontinuos

Procede ahora reseñar las principales diferencias existentes entre el contrato a tiempo parcial del contrato fijo discontinuo, no contemplada esta modalidad en el ámbito de los deportistas profesionales; así, el García Murcia¹³¹ establece la inexistencia de grandes discrepancias entre el contrato a tiempo parcial de los años 80 y la del fijo discontinuo, siempre que la reducción del tiempo de trabajo calculado en términos anuales lo fuera de 1/3 de la jornada como mínimo; así la utilización de una modalidad u otra al efectuar la contratación quedaría a la elección de los sujetos. Las diferencias entre las dos modalidades contractuales cabe centrarlas más en aspectos cualitativos que cuantitativos, es decir prestando especial atención en parámetros como la fijeza, discontinuidad y periodicidad de los trabajos a desarrollar, valores a sopesar de forma conjunta., toda vez que de forma aislada no tendrían valor alguno; puesto que el contrato a tiempo parcial también puede ser indefinido, siendo la permanencia en un trabajo, no lo diferencia con el fijo discontinuo, sino la periodicidad siendo este el elemento diferenciador.

En la ejecución del trabajo, el tiempo de prestación, debe estar acotado y recogido expresamente en el contrato de trabajo a tiempo parcial, obligándose a consignar el contrato las horas a realizar en cómputo diario, semanal, mensual, anual, existiendo una novedosa obligación de realizar un listado de las horas que realiza el trabajador a tiempo parcial debiendo éstas recogerse en una hoja resumen mensual que conservará el empresario con el detalle de las horas realizadas a tiempo parcial. También la norma permite la realización de horas complementarias, tanto voluntarias como pactadas, ante la prohibición legal del art.12.1.c del ET de realizar horas extraordinarias, salvos la realizadas para prevenir o reparar siniestros o daños extraordinarios y urgentes, ex art.35.3 del ET.

C) Viabilidad del trabajo a tiempo parcial en el deporte profesional

Aun así, y con estas puntualizaciones, parece posible vincular el contrato a tiempo parcial a la jornada de trabajo diaria o semanal y el contrato fijo discontinuo a los contratos trabajos temporales o eventuales. Así, y en lo que respecta a los deportistas profesionales, nada impide que puedan celebrarse contratos a tiempo parcial, modalidad que aparece expresamente reconocida como aplicable dentro de este ámbito de actividad por el Real Decreto 1006/1985, y que ha sido expresamente admitida por la jurisprudencia, en contra de lo que sostenían algunas tesis doctrinales. En este sentido Rubio Sánchez¹³² considera que en el ámbito del deporte profesional resulta difícil imaginar la contratación a tiempo parcial puesto que

acceso efectivo a la protección social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, introduciendo para ello los elementos de corrección necesarios para adaptar el funcionamiento de las normas generales del sistema a las características específicas de este tipo de trabajo”.

¹³¹ J.GARCÍA MURCIA: “El trabajo a tiempo parcial y su régimen jurídico en el ordenamiento laboral español”, en AAVV, (Coordinador F. Durán López): *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, Córdoba 1983.

¹³² En su obra “El contrato de trabajo de los deportistas profesionales”. Editorial Dykinson.

aunque podría pensarse como una posibilidad en la prestación del servicio durante un número determinado de días al año, este supuesto ya aparece expresamente previsto en la normativa específica como contratación “*para la realización de un número de actuaciones deportivas que constituyan en conjunto una unidad*”, siendo esta fórmula a juicio de este autor más congruente que la del contrato a tiempo parcial, como también sostiene Cabrera Bazán¹³³.

Ello no elimina las dificultades conceptuales para acomodar el régimen de esta modalidad (listado de horas a firmar por el jugador, horas complementarias, ¿podríamos firmar un jugador para un partido de la final, y que tuviéramos que negociar si juega o no la prórroga?) al tipo de prestación laboral que este contrato especial comporta.

a. Criterio judicial inicial

La jurisprudencia, inicialmente sostuvo también la imposibilidad de que los deportistas profesionales pudiesen celebrar contratos a tiempo parcial, pues la celebración de este tipo de contratos determinaba que no eran auténticos profesionales del deporte, puesto que tampoco se dedicaban al mismo con carácter exclusivo, sosteniendo que la calificación de deportista profesional únicamente podía predicarse de aquellos que se dedicaran íntegra, absoluta y permanentemente a la práctica del deporte, lo cual impedía que llevasen a cabo cualquier otra actividad para “subvenir a sus necesidades” de manera que la “*dedicación absoluta, pleno ejercicio y entrega de sus facultades y por retribución constitutiva de su medio de vida*” resultarían los rasgos diferenciadores del deportista profesional frente al aficionado (vid Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1972). En la misma línea doctrinal se pronunció el extinto Tribunal Central de Trabajo en sentencia de 6 de noviembre de 1979, negando la existencia de contrato de trabajo por simultanear el jugador esta actividad con otra dedicación productiva.

b. Admisión de la hipótesis

Años más tarde, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en Sentencia de 23 de enero de 1998, expuso que la práctica del deporte dentro de un club deportivo no es bastante para calificar el vínculo como laboral especial, pues ha de tratarse de quien hace de tal práctica su profesión o dedicación principal y habitual, realizándola justamente por la remuneración que percibe a cambio, no por causa distinta, ya que la práctica deportiva no es medio habitual de vida –sólo lo es para algunos–, sino actividad integrada en la enseñanza así como ocasión de ocio para infinidad de personas, que la desarrollan por formación o afición, ya sea con vocación o deseo de tender a la profesionalización.

Las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en 13 de septiembre de 1993 y de 13 de diciembre de 1994, referenciando la sentencia del Tribunal Supremo citada de 3 de noviembre de 1972, e insistiendo en las notas tipificadoras del deportista profesional como aquél que desarrolla su labor con dedicación íntegra, absoluta y permanente e *impeditiva de cualquier otra actividad que le permita subvenir a sus necesidades, dedicación absoluta, pleno ejercicio y entrega de sus facultades y por retribución constitutiva de su medio de vida*.

¹³³ J.CABRERA BAZÁN: *El contrato de trabajo deportivo*, Madrid, 1961.

c. El criterio unificado del Tribunal Supremo

No obstante, y a pesar de la existencia de un sector doctrinal que sigue defendiendo esta posición¹³⁴, este posicionamiento ha sido superado en la actualidad, admitiéndose la posibilidad de simultanear con el ejercicio de la actividad deportiva profesional con otras remuneradas a través de la figura del contrato a tiempo parcial. En este sentido el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de abril de 2009, resolviendo recurso de casación para la unificación de doctrina, establece que *la laboralidad de una relación no requiere que la actividad prestada sea de absoluta dedicación y constituya el exclusivo o fundamental medio de vida, puesto que el deportista también puede desarrollar otros cometidos remunerados, sin ver por ello desvirtuada su profesionalidad* [la exigencia que rechazamos no se explicita en precepto alguno del RD]; sino para el TS, *lo que realmente determina la profesionalidad –aparte de las restantes notas, sobre las que ni tan siquiera media debate– es la existencia de una retribución a cambio de los servicios prestados, pues la ausencia de salario determina la cualidad de deportista aficionado; en el bien entendido de que la exigencia legal no va referida a la percepción mínima del salario interprofesional* [la norma se limita a exigir “una retribución”, sin precisar cuantía], *lo que no deja de ser la elemental consecuencia de que la profesionalidad tampoco comporta –como antes se ha indicado– la exclusividad de medio de vida; exactamente igual que si se tratase de una relación laboral común, donde es factible –y del todo frecuente– el trabajo a tiempo parcial.*

Por lo tanto la profesionalidad gira en torno a un concepto como el salario, pues es la retribución percibida lo que permite a los tribunales determinar si se está ante una actividad profesional, –cuya relación laboral se regula por lo establecido en el Real Decreto 1006/1985–, o si por el contrario se trata de una simple compensación de los gastos derivados de una práctica deportiva, en cuyo caso se encontrarían excluidos de su ámbito de aplicación, tal y como establece la propia norma en el párrafo segundo de su art. 1.2. Así las cosas, es la percepción salarial la que permite saber si se está ante un deportista profesional, con la posibilidad de establecer que la prestación de servicios se realice a tiempo parcial.

D) Referencia al régimen jurídico

Una vez sentada la operatividad del contrato a tiempo parcial en el ámbito del deporte profesional, ha de hacerse referencia a las reglas por las que el mismo se rige estipuladas en el punto 4 del ya citado artículo 12 del Estatuto de los trabajadores, que establece que este contrato, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8 de esta Ley, se deberá formalizar necesariamente por escrito, obligando a que figure en el mismo el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución, previendo, para el caso de que no se observasen estas exigencias, que el contrato se presumiría celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acreditara el carácter parcial de los servicios.

¹³⁴ R.ROQUETA BUJ: *Los deportistas profesionales. Régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, siguiendo a Cabrera Bazán, Sagardoy Bengoechea, y Guerrero Ostolaza entiende que resulta difícil imaginar la contratación a tiempo parcial de un deportista profesional aun para la prestación de servicios durante un determinado número de días a la semana, al mes o al año, dado que este supuesto ya está previsto en el artículo 6 del Real Decreto 1006/1985 *como contratación por tiempo cierto o para la realización de un número de actuaciones deportivas que constituyan en conjunto una unidad.*

Al igual que ocurre con otras materias en las que el Real Decreto 1006/1985 se remite a la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores, determinadas situaciones y soluciones contempladas en la norma específica, resultarían de difícil aplicación en el ámbito del deporte profesional, caracterizado por la singularidad del objeto de la prestación, circunstancia que hace especiales todas las demás materias de la relación laboral: jornada, descansos, vacaciones, etc. Por esta razón, tal y como se ha referido con anterioridad, parte de la doctrina ha negado la posibilidad de que en el ámbito del deporte profesional se pudieran suscribir contratos a tiempo parcial por no considerar que los mismos fuesen compatibles con el alto rendimiento exigido a los deportistas profesionales, que debería ir acompañado de una dedicación a tiempo completo. Sin embargo, esta tesis atiende sobre todo a los deportistas de élite o top, que militan en equipos de primera fila de los deportes mayoritarios, o de más alta retribución, implicados en importantes competiciones tanto a nivel nacional como internacional, percibiendo gran cantidad de dinero tanto por su actividad deportiva como por los derechos de imagen, ingresos derivados por el desarrollo de su actividad y que sí podrían tener cabida en los deportistas de dedicación exclusiva que excluiría la operatividad de los contratos a tiempo parcial; pero la realidad es que estos deportistas son minoría, y los más son los deportistas que militan en equipos y pertenecen a entidades menos importantes cuya exigencia en lo referente a la dedicación es menor y también lo son sus salarios, y los inexistentes derechos de imagen. Así, y en relación con estos deportistas, que también son profesionales del deporte, no parece existir ningún obstáculo que impida la posibilidad de celebración de contratos de trabajo a tiempo parcial, sin olvidar además que esta modalidad encuentra amparo en la normativa reseñada.

E) Tipología judicial

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 23 de febrero de 2005 que resuelve un recurso de suplicación interpuesto por el Club Atlético Arteixo contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña, que estimaba la demanda por despido improcedente interpuesta por un jugador que prestaba su servicios para dicho Club a tiempo parcial. El TSJ declara probado que el jugador había firmado un contrato para prestar sus servicios durante tres temporadas, percibiendo como compensación económica diez mensualidades de 175.000 pesetas cada una, mientras el Club militase en Tercera División, contemplando que si ascendiese a Segunda División B Nacional cobraría igualmente diez mensualidades de 325.000 pesetas; pues bien, en fecha 16 de julio de 2004 el Club comunica al jugador su decisión de no contar con sus servicios para la temporada 2004/2005, hecho que motiva la demanda por despido improcedente. En el contrato firmado con el Club se hacía constar que el jugador prestaría sus servicios como aficionado, y con esa condición se le tramitó la correspondiente licencia expedida por la RFEF, a este respecto el Tribunal, en coincidencia de criterios con el Juzgador de instancia, entiende que ha relación laboral¹³⁵.

¹³⁵ La situación jurídica del actor, en cuanto a su relación con el club demandado, es susceptible calificarse como de futbolista profesional, al concurrir las notas que caracterizan a la misma recogidas en el artículo 1.2 en relación con el artículo 8.2 ambos del Real Decreto 1006/1985 (RCL 1985\ 1533), sin que a tal consideración sea óbice el hecho de que en el contrato se hubiese hecho constar que el actor prestaría servicios como futbolista aficionado ni tampoco que la licencia expedida por la RFEF lo fuese en tal consideración de jugador aficionado, pues la calificación de profesional o aficionado efectuada por los Organismos federativos no vincula a ...

Posteriormente, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, en Sentencia de 26 de octubre de 2009, en sentencia dictada resolviendo el recurso de suplicación interpuesto contra otra del Juzgado Social número 3 de Albacete, relativa a la existencia de contrato de trabajo de un entrenador de fútbol reitera la posición actualmente sostenida por doctrina y jurisprudencia. En este caso el litigio se plantea entre el entrenador y el Albacete Balompié SAD. El primero había prestado sus servicios como entrenador del equipo femenino de fútbol desde la temporada 2003/2004 hasta el 30 de junio de 2008 percibiendo por la prestación de dichos servicios la cantidad de 450 euros mensuales. Los mismos eran prestados durante tres días a la semana –martes, jueves y viernes– de 20 a 22 horas los dos primeros y de 16 a 18 ó de 18:30 a 20 el tercero, completándose con la asistencia al partido semanal de la competición. Además de esta actividad, el entrenador prestaba servicios como periodista a tiempo completo en una empresa de comunicación. Al igual que en el supuesto anterior, el TSJ ha de dilucidar si la relación existente entre entrenador y club es de carácter profesional o no y para ello se centra el debate en la contraprestación económica que aquel percibe por sus servicios, y todo pese a que en el propio contrato dicha relación haya sido calificada por las partes como no profesional. En este sentido noticia la Sala, que conforme los hechos probados del Juzgado de lo Social, dicha relación ha de caracterizarse como de deportista profesional y todo pese a que por la empleadora se trate de combatir este extremo alegando que en el contrato expresamente se contempla como una relación de jugador amateur o aficionado; no teniendo tampoco éxito el hecho de que el entrenador viniera prestando sus servicios a tiempo completo en otra actividad laboral, ni que percibiera una escasa cuantía en la retribución que percibía por parte de dicho club; no sirviendo, en definitiva, para negar la relación laboral de los servicios prestados por el entrenador para el club.

F) Valoraciones prácticas

Partiendo de que resulta determinante la retribución percibida por el

los Órganos Jurisdiccionales, que, en atención a las circunstancias que concurran en cada caso, pueden calificar de forma diferente la relación del deportista con el club de que se trate, como ha establecido la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de 5.11.1996 (AS 1996\3864), recaída en un supuesto de análogas características al presente y, por otra parte, el desarrollo de otro trabajo tampoco desvirtúa la naturaleza profesional de la relación entre las partes, dadas las circunstancias concurrentes relativas a la categoría en que milita el club y el monto de las retribuciones que puede abonar en función de sus posibilidades económicas, lo que configura una situación asaz diferente a la de otros deportistas profesionales de “élite” que al militar en clubes que compiten en superiores categorías, contando con más recursos económicos y retribuyendo a sus juzgadores con muy importantes o, valga la expresión, astronómicas sumas de dinero, al menos en parangón con los emolumentos que percibe la inmensa mayoría de la población laboral activa, parece lógico que, en tales casos, dichas entidades deportivas exijan a sus “trabajadores” la exclusividad en la relación laboral, siendo de reseñar que la percepción de cantidades en cuantía fija y constante con periodicidad mensual, aun cuando no pueda ser tachada de especialmente significativa o elevada, es bastante para considerar, en atención a la categoría en la que milita el club demandado, que no constituye una “compensación económica” por los gastos que se irrogasen al actor derivados de la práctica deportiva de referencia sino que es el salario que retribuye los servicios prestados por el futbolista al club que lo contrató, esto es, el Atlético Arteixo, todo lo cual, unido al hecho de que el actor estaba bajo la disciplina de la entidad demandada y obligado a cumplir las normas de dicha entidad, pone de relieve la concurrencia de una relación laboral especial de deportista profesional regulada por el Real Decreto 1006/85”.

deportista, según la reciente doctrina del Supremo, no ya tanto por el importe sino por el pago de una cuantía fija, este importe habitual, periódico, fijo es el que permite decir si estamos en presencia de una relación laboral, o si estamos realizando pagos justificados que compensan realmente los gastos de la práctica deportiva. Conviene ser sumamente cautelosos, y documentar y justificar suficientemente la existencia y el devengo de dichos gastos para evitar que se aduzca que se está ante un salario encubierto. Así, en numerosas ocasiones clubes de categorías inferiores, defienden que sus jugadores son aficionados, y que no se encuentran vinculados a ellos por una relación laboral, por no existir una plena dedicación a la actividad deportiva.

Sentado cuanto antecede referimos que ni siquiera a los deportistas profesionales que militan en equipos o entidades de élite se les exige dedicación o exclusividad en sus contratos¹³⁶, pues, si bien no se impide que puedan suscribir con sus respectivos clubes o entidades los pactos de plena dedicación, dedicación exclusiva deportiva, previstos en el art. 21.3 ET, nada sobre este tenor se prevé de forma expresa en el RD 1006/1985; así, el hecho de que los jugadores profesionales puedan implicarse en actividades ajenas a la actividad deportiva es una presunción que se deduce del tenor del artículo 7.3 del citado Real Decreto que establece que *“en lo relativo a la participación en los beneficios que se deriven de la explotación comercial de la imagen de los deportistas se estará a lo que en su caso pudiera determinarse por Convenio Colectivo o pacto individual, salvo en el supuesto de contratación por empresas o firmas comerciales previsto en el número 3 del artículo 1 del presente Real Decreto”*. Es en este precepto donde queda al acuerdo de clubes y deportistas la explotación de los derechos de imagen de estos últimos y en el que se regulan las numerosas actividades que son realizadas como complementarias a la práctica deportiva: participación en promociones vinculadas a los patrocinadores, actos derivados de las campañas de marketing o publicidad, etc., reportando estas actividades al jugador en numerosas ocasiones ingresos más altos que los que percibe del propio club por su desarrollo de la actividad deportiva *strictu sensu*.

Si a los deportistas que militan en los equipos de más alto nivel se les permite llevar a cabo actividades al margen de la actividad deportiva que constituye la prestación fundamental de su relación laboral, no puede en ningún caso negarse la posibilidad de que aquellos que prestan sus servicios en clubes o entidades de menor importancia lo hagan a través de contratos a tiempo parcial y compaginen su actividad deportiva con la prestación de otro tipo de servicios, con lo cual la compatibilidad viene de suyo, si bien, la regulación general, contenida en el Estatuto de los Trabajadores, en relación con los contratos a tiempo parcial resulta a veces difícilmente aplicable a la actividad deportiva, sin olvidar que el artículo 21 del Real Decreto 1006/1985 establece que las normas de derecho supletorio, se aplicarán

¹³⁶ El Convenio Colectivo para la actividad de Baloncesto Profesional de la Liga Femenina establece en su artículo 15.2 que “a los efectos del presente Convenio, y con carácter general, las deportistas profesionales serán contratadas a tiempo completo. No obstante, podrán suscribirse contratos a tiempo parcial en uno cualquiera de los siguientes supuestos:

15.2.1 Jugadoras menores de 21 años, que compaginen la actividad profesional con su formación académica, salvo que estén en contrato de formación.

15.2.2 A petición de la jugadora, para favorecer la conciliación de la vida familiar y profesional.

15.2.3 Para cualquiera de las modalidades previstas en el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores.”

cuando no sean incompatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los deportistas profesionales”.

6. El contrato sujeto a prueba

A) Regulación heterónoma

Establece el art. 5 RD 1006/1985 que podrá concertarse por escrito un período de prueba cuya duración no podrá exceder de tres meses y que se regirá por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores”.

Esta norma, el ET, regula el período de prueba en su artículo 14, y dispone que podrá concertarse por escrito un período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los Convenios Colectivos. En defecto de pacto en Convenio, la duración del período de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados¹³⁷.

B) Regulación convencional

a. Tipología

El Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional en su artículo 13.1 limita el derecho de prueba estableciendo que únicamente podrá establecerse para aquellos contratos de trabajo celebrados una vez iniciada la competición oficial, para a continuación limitar el tiempo de duración del período de prueba a una duración superior a quince días, disponiendo su extinción automática, si durante el período el club/Sad, tramita la licencia federativa del futbolista. Es digno de observación que en la actividad de fútbol profesional, el período de prueba no se admite en todos los contratos sino únicamente en aquellos que se celebren una vez iniciada la competición oficial¹³⁸.

El Convenio Colectivo para la actividad del Baloncesto Profesional no dedica un precepto en concreto al período de prueba, se refiere al mismo en su art. 9.2 en el que se establece que el contrato tendrá siempre una duración determinada,

¹³⁷ La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 20 de julio de 2011 confirma la legalidad habilitada por la Ley 11/1994 que concede a los convenios colectivos de cualquier ámbito, la preferencia al fijar la duración máxima del período de prueba, estableciendo en relación de supletoriedad con el Estatuto de los Trabajadores, que si bien la negociación colectiva no podrá magnificarse hasta el extremo de admitir como válidas fórmulas convencionales que fijen una duración excesivamente dilatada de dicho período, que podría encubrir situaciones de fraude de ley al poder utilizarse para enmascarar unos fines no queridos por el precepto estatutario, siendo en tal caso dichas cláusulas nulas por contrarias a la ley y al orden público social.

¹³⁸ La regulación legal imposibilita establecer un período de prueba para aquellos futbolistas que se contraten antes del inicio de la competición y así evitar los efectos que contemplan los reglamentos federativos que impiden que un jugador pueda participar durante una misma temporada en dos equipos de igual o inferior categoría, tal y como entiende J.M.BORREGUERO GÓMEZ en su artículo “La negociación colectiva, esa vía de diálogo” en *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 1, enero-junio 1993.

pudiéndose acordar en el mismo la sujeción de las partes a un período de prueba, que en ningún caso superará los tres meses.

El Convenio Colectivo del Balonmano Profesional sí dispone de un artículo específico para el período de prueba, así en su art. 16 regula que solo podrá establecerse un período de prueba por escrito, que en ningún caso superará los 3 meses a computar desde la incorporación efectiva a los entrenamientos.

El Convenio Colectivo del Fútbol Sala sí parece imponer el período de prueba pues en su artículo 13 contempla la existencia de un período de prueba que se iniciará el día que el jugador se incorpore a la actividad del Club y que no podrá exceder de quince días, salvo en el supuesto de que el jugador participe por primera vez en la Liga Nacional de Fútbol Sala, en cuyo caso será de un mes; para a continuación añadir la obligación del Club de entregar a cada jugador la notificación del día en que debe incorporarse, y que en caso de no existir esta notificación, que ha de ser fehaciente, el período de prueba se iniciará el mismo día en que el contrato surta efectos.

El Convenio Colectivo para la actividad de Baloncesto Profesional de la Liga Femenina contempla que pueda concertarse por escrito un período de prueba, cuya duración no excederá de dos meses, art. 16, disponiendo que el Club de Baloncesto, o en su caso entidad deportiva contratante, y la jugadora profesional de baloncesto quedan obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba, para añadir la nulidad de cualquier pacto que establezca un período de prueba cuando la jugadora ya haya prestado servicios como jugadora con anterioridad en el club, bajo cualquier modalidad de contratación.

Se prevé, asimismo, que la jugadora tendrá todos derechos y obligaciones, durante el período de prueba, como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso, razón de ser del período de prueba.

Se contempla que transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad de la jugadora en el club o entidad deportiva contratante, y añade que las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, y adopción o acogimiento, que afecten a la jugadora durante el período de prueba, interrumpirán el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes, y nos preguntamos qué mecanismos de solución existen si no hay acuerdo, entendemos que será dirimirlos ante la jurisdicción social, cuando el legislador, ex art.14.3 ET, podría haber cerrado esta espita y evitar un posible, casi seguro, conflicto.

El Convenio Colectivo para la actividad el Ciclismo Profesional es el único que excluye la posibilidad de que se establezca un período de prueba de forma expresa, así su artículo 11, reza literalmente que “no podrá establecerse período de prueba alguno. A juicio de Iruzun Ugalde¹³⁹ en el ciclismo las aptitudes se manifiestan de un modo más individualizado que en deportes colectivos y que el seguimiento intenso de los corredores en el campo aficionado es bastante para verificar la suficiencia de las condiciones, haciendo superfluo el período de prueba.

¹³⁹ K. IRURZUN UGALDE Tesis doctoral “La negociación colectiva en el deporte profesional”.

b. Valoraciones

Constatada la reducción o eliminación del plazo máximo del período de prueba en los Convenios Colectivos, cabe referir que dicha limitación tiene su razón de ser en la corta duración de las relaciones laborales de los deportistas profesionales. Pero también puede explicarse esta limitación en la razón de ser del período de prueba: su finalidad¹⁴⁰ es que ambas partes puedan comprobar todas las circunstancias que rodean la relación laboral de manera que si a cualquiera de ellas por cualquier causa no le interesara la misma, puede resolver el contrato sin necesidad de alegar causa alguna, de preavisar y sin derecho a percibir indemnización¹⁴¹, pues parece lógico que ambas partes quieran reservarse ese derecho a interrumpir de manera inmediata y sin explicación una relación laboral si en un momento inicial se comprueba que alguno de los firmantes del contrato no está capacitado para cumplir sus compromisos o se prevea no cumpla las expectativas generadas en la otra parte.

Así las cosas, en el caso de los deportistas profesionales, normalmente el club o entidad que contrata así como el propio deportista, ya conocen las características de la prestación, de manera que el período de prueba sirve con carácter general para comprobar el estado físico y la aptitud médica del deportista para desempeñar la actividad deportiva y también para comprobar su adaptación al propio club o entidad; por tanto, la comprobación de estos extremos no requiere una dilatación en el tiempo del período de prueba, y por ello, tal y como se ha reseñado, por la vía de la negociación colectiva ha venido reduciéndose su duración respecto a su duración a otras relaciones laborales que no tienen las características especiales de la relación de los deportistas profesionales.

La regulación contenida en el RD 1006/1985 a nuestro juicio resulta escueta, así como la contenida en el Estatuto de los Trabajadores, de aplicación supletoria; debiendo ahondar la crítica por cuanto entendemos que la remisión efectuada por el

¹⁴⁰ La Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de julio de 2011 establece que de acuerdo con la doctrina científica, la finalidad del instituto del período de prueba es la experimentación "sobre el terreno" de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes, siendo sus funciones manifiestas la comprobación de la aptitud profesional y la adaptación al puesto de trabajo del trabajador contratado, teniendo mayor significación estas funciones en los trabajos cualificados y de dirección o supervisión, que en otros menos cualificados y tiene, consustancialmente, un carácter de temporalidad y provisionalidad, y de ahí, que sea razonable, que su duración sea por lo general, breve.

¹⁴¹ La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en sentencia de 2 de septiembre de 2003 entiende que la decisión unilateral de la empresa de dar de baja al trabajador en Seguridad Social, no puede calificarse como despido improcedente, como erróneamente sostiene la parte recurrente, al haberse producido dentro del período de prueba pactado en el contrato de trabajo suscrito entre las partes, durante cuyo período el contrato puede ser resuelto a instancia de cualquiera de las partes, sin que tal potestad resolutoria esté legalmente condicionada a la obligación de realizar las experiencias propias de la prueba. Este último inciso parece contradecir lo establecido en el párrafo segundo del artículo 14.1 del Estatuto de los Trabajadores ("el empresario y el trabajador están, respectivamente, obligado a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba"). Asimismo la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de septiembre de 2001, establece que de conformidad con el art. 14.2 del ET, durante el período de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.

Real Decreto, no parece adaptarse a la especialidad de la relación laboral, así algunos extremos de esta regulación son obviamente inaplicables como ponen de manifiesto algunos autores.

La justificación de su inclusión, al igual que ocurre con otras instituciones ya tratadas –como el contrato de formación– puede encontrarse en el afán laboralizador de la relación especial de los deportistas profesionales; pero la calificación como especial determina a la necesidad de una regulación igualmente especial y a la que resultan difícil de aplicar algunos de los extremos contenidos en la regulación general –del Estatuto de los Trabajadores– pensada y articulada para supuestos que carecen de características tan especiales como las de los deportistas profesionales en numerosos temas –duración del contrato, formación, jornada...– y que demanda una norma que regule de forma más exhaustiva y con especial atención a un específico mercado de trabajo que, si bien reducido, tiene en la actualidad una indudable relevancia no ya solo social, sino también económica. Entendemos que la norma del año 1985 y pensada sobre todo para un deporte –el fútbol– no responde a las necesidades actuales y tiene más sombras que luces, origina más dudas de las que soluciona y da lugar a problemas que una normativa más actual, podría resolver.

C) Limitaciones

Abstrayéndonos de las singularidades de la relación laboral de los deportistas profesionales, el período de prueba queda sujeto a las propias especialidades y contenido mínimo establecido en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, en virtud del cual, el período de prueba es facultativo para el club o entidad deportiva¹⁴², que pueden renunciar a su utilización, renuncia que también puede establecerse en pacto individual o colectivo. Veamos algunas concreciones de ese restrictivo régimen jurídico.

- Es nulo todo pacto que establezca un período de prueba si el deportista ya ha prestado servicios como profesional con anterioridad en el club o entidad bajo cualquier modalidad de contratación¹⁴³.
- El período de prueba habrá de pactarse necesariamente por escrito¹⁴⁴ teniendo esta forma naturaleza constitutiva o *ad solemnitatem* dado que la ausencia de la misma implica la inexistencia de período de prueba y determina que el contrato tenga carácter definitivo.
- Respecto a su duración, el Estatuto de los Trabajadores en su art. 14.1 la limita a seis meses para los técnicos titulados y dos para los demás trabajadores, así el RD 1006/1985 en su art. 5 reduce la duración a un máximo de tres meses. No obstante, y a través de los convenios colectivos, de los contratos individuales o por decisión del propio club o entidad deportiva podrá reducirse aún más dicha limitación. Sin embargo, estos mecanismos no podrán en ningún caso establecer un

¹⁴² El artículo 5 del Real Decreto 1006/1985 y el artículo 14.1 del Estatuto de los Trabajadores establecen que “podrá concertarse” un período de prueba de manera que el mismo no es obligatorio.

¹⁴³ Así recogido por el artículo 14.1.4 del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁴⁴ El artículo 5 del Real Decreto 1006/1985 y el 14.1 del Estatuto de los Trabajadores exigen la forma escrita al pactar el período de prueba.

período de prueba cuya duración sea superior a la prevista en el Real Decreto 1006/1985, que actúa como tope máximo.

- El cómputo del plazo se inicia con la prestación efectiva del servicio y si el plazo de duración del período de prueba se establece en días, estos se consideran laborales.
- Con carácter general las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y adopción o acogimiento que afecten al deportista durante el período de prueba interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes¹⁴⁵, el cual habrá de ser expreso aunque no necesariamente por escrito.
- Este régimen jurídico mínimo puede ser mejorado a través de los respectivos convenios colectivos¹⁴⁶.
- Durante el período de prueba el deportista profesional deberá ser dado de alta en la Seguridad Social y el club o entidad deportiva estará obligado a cotizar por el mismo.
- Durante el período de prueba el deportista profesional tendrá los derechos y obligaciones correspondientes a su categoría profesional¹⁴⁷.
- El club o entidad deportiva y el deportista están obligados durante el período de prueba a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba¹⁴⁸.
- Una de las consecuencias del período de prueba es que durante su transcurso el contrato puede ser resuelto por cualquiera de las partes sin necesidad de alegar ni probar causa alguna y sin que dicha decisión dé lugar a indemnización¹⁴⁹ salvo que la misma haya sido pactada en una norma sectorial o en un contrato individual de trabajo.
- Finalmente y muy ligado con el requisito anterior, el transcurso del período de prueba sin que se haya producido la resolución del contrato determina que el mismo produzca plenos efectos, computándose la duración del período de prueba a efectos de antigüedad¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Según establece el párrafo segundo del artículo 14.3 del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁴⁶ Únicamente el Convenio Colectivo para la actividad del Fútbol Profesional, contempla que el período de prueba quedará extinguido automáticamente si el Club/SAD tramita durante el mismo la licencia federativa del jugador, art. 13.2.

¹⁴⁷ A este respecto establece el art. 14.2 ET que “durante el período de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso”.

¹⁴⁸ El art. 14.1.3 ET establece que el empresario y el trabajador están respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba; no obstante en el caso de los deportistas profesionales, ha de matizarse que no es necesario que dichas experiencias tengan lugar en competiciones oficiales, pero sí al menos en entrenamientos.

¹⁴⁹ El artículo 14.2 ET, tras establecer que durante el período de prueba el trabajador tendrá los mismos derechos y obligaciones que si fuera de plantilla, excluye de estos derechos los derivados de la resolución de la relación laboral, a instancia de cualquiera de las partes durante el transcurso del período de prueba.

¹⁵⁰ Así lo establece expresamente el art. 14.3 ET.

D) Cuestionamiento doctrinal

A pesar de que el período de prueba aparece contemplado como una posibilidad en el Real Decreto 1006/1985¹⁵¹ y dada la falta de especificaciones a los requisitos mínimos derivados del art. 14 ET, no faltan autores que consideran que el establecimiento de un período de prueba, en la relación laboral especial de los deportistas profesionales carece de eficacia puesto que las habilidades de los mismos son fácilmente comprobables incluso por los propios espectadores de modo que la prueba de la capacidad del deportista para el desempeño de su actividad es algo que tiene lugar con carácter previo a la su contratación. Por esta razón autores como Rubio Sánchez¹⁵² abogan por la supresión del período de prueba dada su escasa operatividad en el mercado laboral del deporte, y teniendo en cuenta que puedan existir situaciones en las que los clubes o entidades deportivas recurran de manera fraudulenta a esta figura, especialmente en contrataciones cuya duración es inferior a la temporada o a un año.

Cardenal Carro¹⁵³ considera un error entender que la laboralización de la relación especial de los deportistas profesionales requiere que se trasladen a la misma el mayor número de instituciones –circunstancia que considera carente de sentido en el período de prueba– y efectúa una crítica desde dos perspectivas, la funcional y la técnica. A juicio de Cardenal Carro, no es adecuado el reconocer un período de prueba en los contratos de los deportistas profesionales, cuando el Real Decreto 1006/1985 contempla expresamente la posibilidad de extinguir el contrato por mutuo acuerdo¹⁵⁴. Desde la perspectiva técnica este autor tampoco considera admisible el período de prueba puesto que éste mismo determina de forma sustancial que el trabajador pueda dimitir ad nutum¹⁵⁵, lo cual no es admisible en un contrato como el de los deportistas profesionales, donde uno de cuyos fundamentos esenciales consiste precisamente en excluir tal posibilidad¹⁵⁶ y la existencia de un período de prueba implicaría que el contrato perdería su especialidad y, a sensu contrario, la propia especialidad del contrato determinaría la imposibilidad de incluir un período de prueba, que caso de incluirse debería tenerse por no puesto.

Desde la perspectiva funcional la crítica del autor es asumida por Rubio Sánchez, entendiendo que si los deportistas prestan sus servicios ante el público, siendo su rendimientos objeto de comentarios en medios de comunicación e incluso siendo retransmitidos por televisión, su calidad es ya conocida con antelación a la

¹⁵¹ El período de prueba se puede negociar, e incluso se puede prescindir de él. Lo único que no se puede hacer es establecer períodos de prueba que superen los máximo establecido en los respectivos convenios colectivo.

¹⁵² *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*. Editorial Dykinson.

¹⁵³ M.CARDENAL CARRO “Deporte y Derecho”, Ed. Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, 1996, pág. 268.

¹⁵⁴ La letra a) de su artículo 13 establece que la relación laboral se extinguirá “por mutuo acuerdo de las partes”.

¹⁵⁵ Es decir, “a voluntad”.

¹⁵⁶ Dado que el trabajador está obligado a indemnizar al empresario conforme a lo establecido en el artículo 16.1 del Real Decreto 1006/1985,” esta indemnización es consecuencia de la intervención del mercado de trabajo que determina la especialidad y que, de excluirse, restaría la propia especialidad.

celebración del contrato, y por ello no es posible llevar a cabo “*la experimentación, requisito sustancial del período de prueba*”. Así, y desde esta misma perspectiva, el hecho de que el período de prueba permita el libre desistimiento del contrato tiene efectos indeseados, dado que las normas de competición de algunos deportes –como el fútbol– prohíben que un deportista participe en la competición en una misma temporada con dos equipos distintos, teniendo en cuenta además que “la contratación realizada sobre la base de unas expectativas debe ser inamovible e independiente de que la calidad constatada posteriormente sea superior o inferior a aquella en la que las partes estuvieron de acuerdo”, valorando también que incluso habiendo averiguado las condiciones físicas de los deportistas, al margen de la calidad de las prestaciones que ofrezcan, tampoco se justifica la admisión del período de prueba, puesto que en este ámbito no tiene como finalidad la adaptación del trabajador a la prestación que se le encomienda ni se puede justificar en el ofrecimiento de la posibilidad de extinguir el contrato si el deportista no superase el reconocimiento médico que viene exigido en prácticamente todos los deportes¹⁵⁷.

Por su lado, Irurzun Ugalde¹⁵⁸ critica no ya la inclusión de la posibilidad de establecer un período de prueba en los contratos de los deportistas profesionales¹⁵⁹, sino el hecho de que el Real Decreto 1006/1985 no efectúe una regulación más exhaustiva de esta institución, dada la necesidad de que la misma se ajustase adecuadamente a este sector de actividad, pues a su juicio la remisión en bloque a la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores permitiría que a través de los convenios colectivos se estableciese una duración excesivamente larga del período de prueba, nada aconsejable en un mercado en el que la duración de los contratos no es, por lo general, muy amplia y que podría dar lugar a situaciones fraudulentas en las que se hiciese coincidir el tiempo de duración del contrato y el del período de prueba, lo cual supondría que el club o entidad deportiva podría aprovecharse de los beneficios derivados de la extinción del trabajo durante el período de prueba, sin la necesidad de indemnizar.

E) Jurisprudencia

Hay que mencionar la STS de 9/12/2010, en la que se resuelve el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia del TSJ de Madrid n. 874, de la sección 6ª de 21 de diciembre de 2009, que resuelve la demanda del Director General de un club, SAD, que recibe la carta de extinción de su contrato de trabajo en el período de prueba pactado de seis meses. El trabajador empezó a prestar servicios para la demandada el 4 de julio de 2007, produciéndose la extinción del contrato de trabajo el 30/11/2007, por período de prueba. El contrato, establecía un premio, por el cual, si el club permanecía en primera división, el empleado percibiría la cantidad de 24.000 euros brutos a percibir con la mensualidad de junio de 2008.

¹⁵⁷ El mismo resultado puede lograrse sometiendo el contrato a una condición resolutoria, es decir, considerarlo resuelto el mismo para el supuesto que el deportista no supere el reconocimiento médico.

¹⁵⁸ En su Tesis “La negociación colectiva en el deporte profesional”.

¹⁵⁹ El mercado laboral del deporte profesional se caracteriza por el número reducido de profesionales lo que determina que sus aptitudes sean conocidas tanto por los entrenadores y técnicos deportivos, como por los propios aficionados.

El Club se mantuvo en Primera División, y el Director General reclamó el importe de la totalidad de la prima, es importante resaltar que no existía más condición para el pago que la permanencia del club en la primera división, ninguna otra causa, condición o motivo que así se establecía en la cláusula; pues bien, la sentencia del Juzgado de lo Social sólo reconoce al trabajador el derecho a percibir 8.000 euros, pues entiende que se ha abonar la prima en atención al tiempo trabajado, y razona que no se está ante una retribución condicionada, por ser indiferente que el trabajador prestara servicios al club un día o toda la temporada, considerando que este importe se devengó, en la medida que el trabajador, tuvo la relación laboral vigente, pues fue, según su criterio, durante la vigencia de la relación laboral, cuando el referido Director General, pudo influir al cumplimiento del objetivo marcado, por cuanto, entiende que se debe percibir la compensación conforme a la duración que tuvo el contrato, y no como si hubiera prestado servicios hasta la finalización del mismo¹⁶⁰.

Por parte del trabajador se interpone recurso de casación, que es resuelto en sentencia de 9/12/2010, donde se trae a contraste una sentencia de la misma Sala de Madrid de 27 de mayo de 2003, que resuelve la demanda de un masajista de un club, con una prima pactada si el club jugaba el *play off* de ascenso, y estando el trabajador en baja, es despedido, siendo el despido declarado improcedente, y reclamado el premio por el trabajador, éste, se le otorgó en su totalidad. Para el TS, esta sentencia cumple las exigencias para sea traída de contraste, pues trata el pacto de una prima para el supuesto de conseguir determinados resultados deportivos, como en el caso que nos ocupa¹⁶¹, pero asume el criterio de la sentencia de instancia.

¹⁶⁰ El trabajador interpone recurso de suplicación ante la Sala del TSJ de Madrid, argumentando que no es correcto recibir el premio en función del tiempo que se ha prestado servicios al club, aduciendo, que se le debe hacer efectiva, la totalidad de la cantidad de la cláusula, en los términos pactados en el contrato, pues no existía más condición para su devengo, que la permanencia en el club, sin que se pactara, la proporcionalidad del premio al tiempo trabajado; de otra parte, considera, que no se está ante una cantidad variable, sino fija, determinada, y susceptible de percibirse en su totalidad. Entiende la Sala de Madrid que no se puede otorgar a la cláusula del premio de permanencia una proyección absoluta, abstrayéndose del factor cronológico, y razona, que la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba, puede operarse tanto a instancias del empresario como del trabajador, considerando, que resulta contrario a la lógica, que resuelto el contrato a instancia de una de las partes, el premio se devengue en su totalidad, pudiendo ocurrir que el contrato se extinguiera al día siguiente de la firma, o que el trabajador desistiera de la relación laboral, en un plazo tan breve, lo que no justificaría, que se reclamara la totalidad del premio. La Sala corrige numéricamente la cantidad devengada, en casi dos mil euros más, por entender que no se ha calculado de forma correcta la permanencia del trabajador en la empresa, revocando parcialmente la sentencia y fijando la cantidad de condena en 9863,01€.

¹⁶¹ En mi opinión, dicha substancialidad no existe, pues es evidente que si el despido se declara improcedente, es hasta esta fecha cuando la relación laboral está viva, y con el resultado que es de ver, en la sentencia de contraste, la sentencia del Juzgado de lo Social declara la improcedencia del despido el 22 de mayo de 2002, iniciándose los *play off* el 26 de mayo, es decir, el masajista, del caso traído a contraste, mantuvo su relación laboral durante toda la temporada, y no prestó servicios del 22 de mayo de 2002 hasta julio 2002 - no se especifica fecha exacta, aunque presumiblemente sería hasta el primer fin de semana del mes de julio-, lo que prácticamente hace que mantuviera viva la relación laboral toda la temporada a excepción de las seis semanas aproximadamente, del *play off* de ascenso. El caso, que resuelve casación, es a mi modo de ver distinto, pues, de una parte, la especificidad de la labor del director general no es equiparable a la del masajista, -cuestión en la que no entra la el TS-, pero es que además, la sentencia de casación, en el caso del Director General, lo que hace es resolver el recurso desde la interpretación del contrato, entendiéndolo esta facultad como privativa del juzgado de instancia.

Pero además, hay que subrayar un último motivo, para mí fundamental, que parece no esgrimido ni razonado, o al menos está ausente en ambas resoluciones, tanto en la sentencia del TSJ de Madrid del Director General, como en la del TS, y es que, el premio se supeditaba a la permanencia del club en la categoría, y es de todos sabido, que la labor más ingente para los clubes en materia de contratación y fichajes, se centra y prepara en dos fases, en verano; y en otoño, lo que comúnmente se denomina el mercado de invierno, y curiosamente el Director General es cesado en 30/11, cuando todo el trabajo de esta segunda fase de fichajes se encuentra ya realizado, y el club a nivel de organización puede "prescindir" de quien ha realizado el grueso de la labor encomendada. Es por cuanto expongo que no estoy de acuerdo con el criterio establecido por el TSJ de Madrid, que ahora confirma el Tribunal Supremo.

III. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

El RD 1006/1985, en su art. 7 regula los derechos y obligaciones de las partes del contrato, estableciendo en el punto quinto una remisión a los derechos y deberes básicos previstos en los arts. 4 y 5 ET. Asistimos a una remisión de los derechos y deberes de carácter general, que tal y como advierte el propio artículo 4.1 del Estatuto de los Trabajadores, se exigirán y cumplirán “*con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa*”; pues bien el derecho a la ocupación efectiva recogido en el apartado 1, letra b) del referido art. 4 del ET, aparece expresamente regulado en el art. 7 RD 1006/1985, que nos llevará más adelante a un análisis más concreto y específico.

Los derechos de los deportistas que resultan de aplicación por remisión al art. 4.2 ET “en la relación de trabajo”, no son más que una transposición de los reconocidos en la Constitución Española, bien con carácter general para todos los ciudadanos (prohibición de discriminación, integridad física, intimidad o dignidad) o en relación con los trabajadores de relación laboral común (ocupación efectiva, promoción y formación profesional, seguridad e higiene y percepción puntual de las retribuciones). Los derechos contemplados en el art. 4 ET, que recoge carácter básico los siguientes:

- El derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio.
- La libre sindicación.
- La negociación colectiva.
- La adopción de medidas de conflicto colectivo.
- La huelga.
- La reunión.
- La información, consulta y participación en la empresa.

Asimismo, en su inciso segundo, este mismo artículo recoge como derechos que ostentan los trabajadores en la relación de trabajo, entre los que se encuentran:

- El derecho a la ocupación efectiva.
- El derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad.
- El derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de la lengua, dentro del Estado español. Asimismo tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.
- El derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.
- El derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

- El derecho a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.
- El derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.
- Y cuantos otros derechos se deriven específicamente del contrato de trabajo.

1. Derechos básicos

El carácter conmutativo del contrato de trabajo hace que prácticamente todo su contenido pueda examinarse desde la óptica de los derechos del trabajador. La apertura de este apartado, por tanto, tiene otra finalidad: revisar el alcance del artículo 4 ET, justamente rubricado así y nucleado en dos apartados; en el primero de enumera los derechos que tienen los trabajadores con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa; en el segundo se listan los derechos que asisten al empleado “en la relación de trabajo”.

En el marco de las relaciones laborales los trabajadores deben conservar sus derechos fundamentales, tal y como los tribunales han dejado claro en distintas ocasiones, al señalar como “ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad”, ni los trabajadores deben ser privados de sus derechos fundamentales en el interior de la empresa¹⁶².

El trabajador, al margen de este precepto, ya es titular de todos los derechos de la persona y del ciudadano que la Constitución reconoce y que, por tanto, siempre se deben considerar y manifestar como “básicos”, con independencia de contar o no con su propia versión a través del reconocimiento legislativo del Estatuto de los Trabajadores, norma que, al realizar esta enumeración de derechos, remite al contenido y alcance que para cada uno de ellos haya dispuesto “su específica normativa”, dando a entender que no será el propio texto estatutario, sino otras normas legales las que desarrollen y regulen tales derechos, como ocurre en la práctica con buena parte de ellos. Buena parte de ellos posee una impronta o dimensión colectiva, que los aleja propiamente del examen del contrato de trabajo, aunque sea evidente que tienen el mismo como presupuesto, adentrándose en lo que suele considerarse Derecho Colectivo (o Sindical).

A) Trabajo y libre elección de profesión u oficio.

El derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio aparece en primer lugar, reflejando una transcripción literal de la primera parte del artículo 35.1 CE, que establece el derecho al trabajo de todos los españoles en términos genéricos, no con relación a concreta y determinada relación u ocupación laboral, y siendo así, el derecho al trabajo en concreto depende de la regulación que para cada caso establezca la normativa específica¹⁶³, aunque, en cualquier caso, este derecho estará siempre sujeto y limitado a las posibilidades y disponibilidad del mercado. En este derecho se concreta el derecho a la estabilidad en el empleo y todo su entramado normativo, pues el derecho al trabajo cuenta, a no ser despedido sin una justa causa (STC 22/1981 de 2 de julio (RTC 1981/22).

¹⁶² Por todas, SSTC 88/1985 de 19 de junio, 99/1995 de 6 de mayo y 204/1997 de 25 de noviembre.

¹⁶³ SSTC 7 mayo 1984 (RJ 1984/2972) y 23 noviembre 1989 [RJ 1989/8241].

El listado se abre, por tanto, y con toda lógica, con los que se configuran como principios básicos del sistema jurídico laboral con un amplio contenido legal en cuanto a normas, principios de interpretación, condicionantes diversos y distintas garantías¹⁶⁴.

Con carácter previo al análisis de la normativa específica de los derechos laborales de los trabajadores precisaremos la lectura del art. 35.1 de la Constitución Española que establece que *todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo*.

Así, por mandato del texto constitucional se recogen cuatro derechos distintos: el derecho al trabajo, la libertad de trabajar, la libre elección de profesión u oficio y el derecho a la promoción a través del trabajo, por cuanto habremos de realizar el análisis desde el derecho de trabajo que lo articula en dos vertientes, la vertiente individual y colectiva¹⁶⁵.

a. Derecho al trabajo

La primera de ellas se concreta en la igualdad del derecho de todas las personas a un determinado puesto de trabajo siempre que cumplan los requisitos de capacidad, así como en el derecho a la estabilidad en el empleo, que se traduce en el derecho a no ser despedido sin que concurra una causa justa¹⁶⁶.

Por su parte en su vertiente colectiva este derecho determina la existencia de un mandato a los poderes públicos para que desarrollen una política de pleno empleo¹⁶⁷ dado que en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una persona llevaría consigo la negación del mismo para otra.

Esta doble vertiente ha tenido su reflejo en la doctrina científica, así respecto a la vertiente individual, se ha sostenido que el derecho al trabajo se configura como un derecho a un determinado puesto de trabajo siempre que se cumplan los requisitos de capacidad para su desempeño, así como un derecho a la estabilidad o continuidad

¹⁶⁴ En tal sentido STSJ País Vasco 3 mayo 1991 (AS 1991/3267).

¹⁶⁵ El Tribunal Constitucional en su Sentencia de 2 de julio de 1981, Fundamento Jurídico 8º, establece que *“el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos sino existe una justa causa. En su dimensión colectiva el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes público para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma”*.

¹⁶⁶ Este derecho se concreta en los arts. 51, 52 y 54 ET que regulan el despido colectivo, la extinción del contrato por causas objetivas y el despido disciplinario respectivamente. También tiene su razón de ser en este derecho lo establecido en el artículo 56 del mismo texto legal, precepto que regula el despido improcedente, que no es otro que aquel que se produce por circunstancias ajenas a las contempladas en los 3 artículos a los que se ha hecho referencia anteriormente.

¹⁶⁷ Establece el art. 40.1 CE que *“los poderes públicos promoverán las condiciones para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”*.

en el empleo, de manera que se articula como un mandato dirigido al empresario prohibiéndole comportamientos discriminatorios en la contratación y el despido sin causa. Esta concepción hace que el derecho al trabajo se conforme no solo en relación con las relaciones laborales ya celebradas, sino también en el momento previo de forma que nos encontramos ante un derecho que aparentemente despliega su eficacia a lo largo de todo el transcurso de la relación laboral individual¹⁶⁸.

b. Derecho al pleno empleo

Por lo que respecta a su vertiente colectiva, las posiciones doctrinales van desde quienes consideran que el derecho al trabajo viene reconocido en una norma meramente orientativa de la política económica y social, hasta quienes lo consideran un auténtico derecho subjetivo. El sector dominante ha delimitado este derecho tanto como un derecho programático que no permite ejercitar una acción directa ante los Tribunales, como un mandato a los poderes públicos para favorecer el establecimiento de una situación de pleno empleo en cuyo defecto las garantías o beneficios sí podrían ser exigidos ante los Tribunales. Conviene en relación con este derecho hacer referencia a una circunstancia que no debemos omitir y que puede tener una relativa trascendencia en el ámbito del deporte profesional: este derecho, conforme a lo establecido en el art. 35.1 CE no se reconoce como otros a todas las personas sino a “todos los españoles”. En virtud de esta titularidad constitucionalmente reconocida, y salvo que exista un tratado internacional o una ley que contemplen la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo, no resulta constitucionalmente exigible la igualdad de trato entre españoles y extranjeros en materia de acceso al trabajo, esto no significa que los extranjeros no ostenten el derecho al trabajo sino que no se les reconoce en el mismo plano que a los nacionales, salvo que exista una ley o un tratado que así lo establezca, como ocurre en el caso de los nacionales de otros países miembro de la Unión Europea. Dicho cuanto antecede, esta igualdad de trato no existe con respecto a este derecho, pero sí se reconoce en la titularidad del ejercicio de los derechos laborales una vez que se ha producido la contratación.

Al igual que sucede con la mayoría de derechos también reconocidos constitucionalmente, el derecho al trabajo que no es un derecho es absoluto e ilimitado y que puede ser acotado a través de la ley siempre que existan razones que lo justifiquen y que la limitación respete el contenido esencial del mismo, y guarde una proporción entre el derecho que se limita y el bien que se pretende proteger¹⁶⁹.

¹⁶⁸ F.LLEDÓ YAGÜE: “El caso Téllez: La cláusula de rescisión de los futbolistas y su aplicación judicial”, *Aranzadi Social*, nº 15, 1998, “se supone una expresión del contenido esencial del derecho al trabajo [...] que comprende, *entre otras facultades, la de concurrir libremente en el mercado de empleo, celebrar conversaciones previas a la contratación, no ser injustamente despedido y apartarse en cualquier momento del contrato en vigor*”.

¹⁶⁹ El Tribunal Constitucional reconoce explícitamente la posibilidad de limitar este derecho en su Sentencia de 2 de julio de 1981, estableciendo que *la política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo. A través de ella se limita temporalmente al primero el ejercicio del derecho individual al trabajo mediante la fijación de un periodo máximo en que ese derecho puede ejercitarse con la finalidad de hacer posible al segundo el ejercicio de ese mismo derecho. La limitación del derecho que la política de empleo a través de la jubilación forzosa lleva implícita no tiene, por consiguiente, su origen y justificación en la realización de una política económica de pleno empleo; de aquí que no pueda afirmarse que con ella se limita un derecho reconocido en el* ...

c. Libertad de trabajar y elegir oficio

Otro de los derechos contemplados por el art. 35.1 CE es la libertad de trabajar. La interpretación de este derecho no ha sido unánime en la doctrina, que no reconoce su autonomía, así un sector doctrinal considera que este no es más que una

artículo 35 de la Constitución en aras de un principio orientador de política económica recogido en el artículo 40 de la misma. Por su parte, el Fundamento Jurídico 9º dispone que esta política de empleo supone la limitación de un derecho individual consagrado constitucionalmente en el art. 35; pero esa limitación resulta justificada, pues tiene como finalidad un límite reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 29.2 -el reconocimiento y respeto a los derechos de los demás se apoya en principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país (art. 9 de la Constitución).

Dicha limitación puede quedar también justificada por su contribución al bienestar general - otro de los límites reconocidos en la Declaración Universal de Derechos humanos y en el Pacto Internacional de Derechos económicos,-sociales y culturales-, si se tienen en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que pueden ir unidas al paro juvenil.

Como consecuencia de todo lo anterior, puede afirmarse que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo: es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo.

Ahora bien, tal limitación supone un sacrificio personal y económico que en la medida de lo posible debe ser objeto de compensación, pues para que el tratamiento desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito: es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado. Este es el sentido que ha de atribuirse a la compensación prevista en la disposición adicional quinta al asegurar que el límite máximo de edad sólo será efectivo si el trabajador ha completado los períodos de carencia para la jubilación. Desde el punto de vista de la jubilación forzosa es patente el especial relieve que a tal efecto cobra la mejora de los sistemas de seguridad social.

En el mismo sentido el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia de 24 de julio de 1984 establece que si bien el tenor literal del artículo 53.1 de la Constitución española, se refiere a todos los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I, impone la reserva de Ley y al Legislador la obligación de respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades, es evidente, de una parte, que no hay un “contenido esencial” constitucionalmente garantizado de cada profesión, oficio o actividad empresarial concreta, y de la otra, que las limitaciones que a la libertad de elección de profesión u oficio o a la libertad de empresa puedan existir no resultan de ningún precepto específico, sino de una frondosa normativa, integrada en la mayor parte de los casos por preceptos de rango infralegal, para cuya emanación no puede aducir la Administración otra habilitación que la que se encuentra en cláusulas generales, solo indirectamente atinentes a la materia regulada y, desde luego, no garantiza de contenido esencial alguno. La dificultad, como decimos, es sin embargo, solo aparente, pues el derecho constitucionalmente garantizado en el artículo 35.1 no es el derecho a desarrollar cualquier actividad sino el de elegir libremente profesión u oficio, ni en el artículo 38 se reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino solo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden. La regulación de las distintas profesiones, oficios o actividades empresariales en concreto, no es por tanto una regulación del ejercicio de los derechos constitucionalmente garantizados en los artículos 35.1 o 38. No significa ello, en modo alguno, que la regulaciones limitativas queden entregadas al arbitrio de los reglamentos, pues el principio general de libertad que la Constitución (artículo 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas y el principio de legalidad (artículos 9.3 y 103.1) impide que la Administración dicte normas sin la suficiente habilitación legal. En unos casos, bastarán para ello las cláusulas generales, en otros, en cambio, las normas reguladoras o limitativas deberán tener, en cuanto tales, rango legal, pero ello no por exigencia de los artículos 35.1 y 38 de la Constitución, sino en razón de otros artículos de la Constitución, que configuran reservas específicas de Ley”.

manifestación del derecho genérico a la libertad reconocido en el art. 10 CE; por algunos autores se considera que la libertad de trabajar es una manifestación de la libre elección de profesión u oficio¹⁷⁰, mientras que otro sector doctrinal, en sentido contrario entiende que es una manifestación del derecho al trabajo¹⁷¹.

Así las cosas, además del derecho al trabajo y a la libertad de trabajar, el derecho reconocido en el artículo 35.1 de la Constitución Española, es un derecho que está integrado por la libre elección de profesión u oficio, esto es, es un complemento necesario del derecho al trabajo que pretende evitar la falta de progresión profesional o el acotamiento a una determinada profesión.

Para entender el contenido de este derecho ha de tenerse en cuenta, como ha manifestado el Tribunal Constitucional, que no estamos ante el derecho a desarrollar cualquier actividad, sino al de elegir libremente profesión u oficio, lo que significa, como defiende mayoritariamente la doctrina, que existe la posibilidad de establecer en las distintas normas requisitos específicos habilitantes para el desempeño de una profesión u oficio, permitiendo la regulación o la limitación en su ejercicio con la finalidad de asegurar la prestación del servicio. En este sentido el propio texto constitucional contempla la posibilidad de que existan profesiones “colegiadas”¹⁷² respecto de las cuales el ordenamiento puede establecer determinados límites. El último de los derechos incluidos dentro del art. 35.1 CE es el derecho a la promoción a través del trabajo que se configura desde la perspectiva contractual como la posibilidad de promoción del trabajador en su carrera profesional dentro del ámbito de la empresa, acompañada por la correspondiente promoción retributiva en base a la antigüedad o la promoción a través de un régimen de ascensos. La doctrina ha interpretado este derecho a la promoción por medio del trabajo como aquel que ostentan todos los trabajadores a obtener una igual oportunidad de ser promovidos, dentro de su ámbito laboral, a una categoría superior¹⁷³.

d. Promoción profesional

Profundizando en este derecho, un sector de la doctrina, como Gálvez Montes, entiende que el derecho a la promoción a través del trabajo incluye una dimensión funcional, que comprende la orientación profesional como institución que pretende ayudar al trabajador en la elección de profesión u oficio, sirviendo para determinar sus cualidades y la forma en que estas serían utilizadas de una forma más eficiente, posibilitando el progreso económico y social del trabajador, y siendo un instrumento para el perfeccionamiento profesional, garantizando la oportunidad de que se pueda situar en un nivel superior.

Por otra parte, para Camps Ruiz el derecho a la promoción en el trabajo abarcaría tres aspectos, a saber¹⁷⁴:

¹⁷⁰ Entre otros M.R. ALARCÓN CARACUEL: “Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar”, *Revista de política social*, núm. 121, 1979 ó F.J. GÁLVEZ MONTES: “El artículo 35”, en *Comentarios a la Constitución Española*, Ed. Cívitas, Madrid, 2001.

¹⁷¹ M.SATRÚSTEGUI: “Derechos de ámbito laboral”, en *Derecho constitucional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

¹⁷² El art. 36 del texto constitucional establece que “*la Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos*”.

¹⁷³ F.FERNÁNDEZ SEGADO: *El sistema constitucional español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992; J.A.SAGARDOY BENGOCHEA: “Artículo 35, derechos laborales”, en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, Tomo III, Ed. EDERSA, Madrid, 1983.

¹⁷⁴ L.M.CAMPS RUIZ: “Promoción profesional en la empresa”, *Actualidad Laboral*, 1994.

- La promoción en el terreno de la formación profesional.
- La promoción en el terreno de la carrera profesional.
- La promoción en el terreno económico.

e. Especialidades deportivas

Finalmente, aunque el RD 1006/1985 no contenga una regulación específica, sí de forma tangencial y entendemos que ajena a cuanto ahora tratamos, establece en su art. 14 el derecho de los clubes a recibir una compensación por preparación o formación. Todos los derechos noticiados son reconocidos a los deportistas profesionales, pero la especialidad de esta relación hace que algunos de estos derechos, por sus peculiaridades puedan presentar no poca problemática, tanto en el terreno deportivo como en el económico, por las cláusulas de rescisión. Estas cláusulas hacen referencia, a los derechos reconocidos en el art. 35.1 CE, debiendo plantearse si las mismas entrar en colisión con el derecho a la libre elección de profesión u oficio como con la promoción a través del trabajo, derechos reconocidos constitucionalmente.

Respecto al derecho a la libre elección de profesión u oficio, un sector doctrinal defiende que este tipo de cláusulas atentan contra el contenido del art. 35.1 CE y considera que el contenido esencial del derecho al trabajo determina la posibilidad de demandar ocupación frente a cualquier oferente, excluyendo las restricciones que consistan en renunciar a esa posibilidad y hacer que este derecho dependa de la concreta celebración de un contrato con tercero¹⁷⁵.

Por su relevancia, el tema de las cláusulas de rescisión será objeto de tratamiento autónomo más adelante.

B) Libre sindicación

La libre sindicación es un derecho con un contenido especialmente complejo, con sus propias normas de desarrollo y una amplia jurisprudencia constitucional¹⁷⁶.

La titularidad del mismo, que fija la Constitución al reconocerlo y configurarlo como un derecho fundamental, en tanto establece que “todos tienen derecho a sindicarse libremente”, le otorga un alcance general que, sin embargo, ha sido objeto de especificación legislativa, que ha atribuido legalmente esta facultad, de un lado, a los trabajadores por cuenta ajena o asalariados, funcionarios públicos, trabajadores por cuenta propia o autónomos no empleadores y asociaciones sindicales, y ha excluido, de otro, a los miembros de las Fuerzas e Institutos armados y demás cuerpos sometidos a disciplina militar y a los funcionarios integrantes de la Carrera Judicial y del Ministerio Fiscal o ha establecido normas particulares para colectivos como los trabajadores extranjeros¹⁷⁷.

¹⁷⁵ F.LLEDÓ YAGÜE en “La cláusula de rescisión de los futbolistas y su aplicación judicial”, *Aranzadi Social* 1998, núm. 15, diciembre 1998.

¹⁷⁶ Por todas, SSTC 23/1983 de 25 de marzo (RTC 1983/23), 98/1985 de 29 de julio (RTC 1985/98), 9/1988 de 25 de enero (RTC 1988/9), 61/1989 de 3 de abril (RTC 1989/61), 173/1992 de 29 de octubre (RTC 1992/173), 164/1993 de 18 de mayo (RTC 1993/164), 134/1994 de 9 de mayo (RTC 1994/134)].

¹⁷⁷ SSTC 236/2007 de 7 de noviembre y 265/2007 de 20 de diciembre, entre otras.

C) Negociación colectiva

El derecho a la negociación colectiva aparece ampliamente regulado por el propio Estatuto de los Trabajadores en el Título III “De la negociación colectiva y de los convenios colectivos”.

D) Adopción de medidas de conflicto colectivo

El derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo traslada al texto del Estatuto el artículo 37.2 CE, pero referido únicamente al trabajador.

La noción de conflicto de trabajo se asienta sobre un doble elemento, siendo el primero la existencia de una pluralidad de sujetos y el segundo el interés colectivo esgrimido por los trabajadores, pudiendo definirse como una controversia o tensión manifiesta entre un grupo de trabajadores y uno o varios empresarios surgida en el ámbito de las relaciones de trabajo¹⁷⁸.

Los tipos de conflicto colectivo pueden ser variados, al igual que las medidas de conflicto que interesan a los trabajadores, pues son sus derechos los que se recogen en este precepto, quedando al margen las posibles a tomar por los empresario, y pueden señalarse como tales la huelga (que es el único supuesto que ha merecido de un reconocimiento constitucional separado y privilegiado), el ejercicio de determinados derechos constitucionales (como libertad de reunión, manifestación o expresión) el boicot o los piquetes informativos.

Su regulación se encuentra en el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, sin que se puedan olvidar las previsiones recogidas para su solución a través del proceso especial de conflictos colectivos de los artículos 153 a 162 LRJS, y la importancia que han llegado a alcanzar en este campo, y desde otra perspectiva, los Acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales, tanto el estatal como los respectivos de la distintas Comunidades Autónomas.

E) Huelga

Este apartado hace de nuevo referencia a un precepto constitucional, al reconocerse como derecho básico de los trabajadores el de huelga, que en la constitución aparece recogido entre los derechos fundamentales.

Como se ha destacado, su regulación básica continúa, a día de hoy, recogida en una norma preconstitucional, depurada por el Tribunal Constitucional (STC 11/1981 de 8 de abril), que la ha calificado como “una perturbación que se produce en el normal desenvolvimiento de la vida social y en particular en el proceso de producción de bienes y servicios que se lleva a cabo en forma pacífica y no violenta, mediante un concierto de los trabajadores y de los demás intervinientes en dicho proceso, [el cual] puede tener por objeto reivindicar mejoras en las condiciones económicas o en general en las condiciones de trabajo, y puede suponer también una protesta con repercusión en otras esferas o ámbitos”, caracterizándose en realidad por la “voluntad deliberada de los huelguistas de colocarse provisionalmente fuera del marco del contrato de trabajo”.

¹⁷⁸ SSTS 25 junio 1992 (RJ 1992/4672), 12 mayo 1998 (RJ 1998/4329), 17 noviembre 1999 (RJ 1999/9502), 28 marzo 2000 (RJ 2000/3516), 12 julio 2000 (RJ 2000/6629), 15 enero 2001 (RJ 2001/767), 6 junio 2001 (RJ 2001/5497).

A pesar de que el Tribunal Constitucional señaló como la Constitución había impuesto un mandato no cumplido por el legislador, pues los problemas y litigios que surgen en este ámbito vienen a mostrar repetidamente “las consecuencias que produce en nuestro ordenamiento la falta de desarrollo adecuado del mandato que al legislador impone el art. 28.2 CE, lo que origina una conflictividad innecesaria..., y una puesta en peligro... del ejercicio legítimo del derecho de huelga, lo que exige el establecimiento de procedimientos adecuados para asegurar la necesaria ponderación de los bienes constitucionales en juego” (STC 123/1990 de 2 de julio), y el debate tradicionalmente abierto a nivel no sólo jurídico, sino también social, la reacción no se ha producido y la legislación sobre huelga aún se mantiene, sin que parezca existir intención política ni sindical de alterar tal situación.

F) Reunión

En cuanto al derecho de reunión, resulta necesario distinguir entre el contemplado en el artículo 8.1.b) LOLS y el regulado en los artículos 77 a 80 ET:

- en el primer supuesto se canaliza la organización interna del sindicato y viabiliza el flujo de información sindical en la empresa o centros de trabajo, correspondiendo su titularidad individualmente a los trabajadores afiliados a un sindicato, aun cuando su ejercicio sea colectivo¹⁷⁹;
- en el segundo se está ante un derecho de reunión de todos los trabajadores independientemente de su afiliación¹⁸⁰, interesando aquí estos últimos.

G) Información, consulta y participación en la empresa

El derecho de información, consulta y participación en la empresa constituye, de nuevo, reflejo de una previsión contemplada en la constitución, pues traslada al Estatuto de los Trabajadores el apartado 2 de su artículo 129, de acuerdo con el cual “los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa”, de manera tal que dichas formas adquieren una dimensión de auténticos derechos subjetivos en la propia Carta Magna o en su desarrollo normativo a través de otros instrumentos legislativos (STC 119/1995 de 17 de julio), desarrollo que se ha visto plasmado en los artículos 61 a 76 del Estatuto de los Trabajadores.

2. Derechos en la relación de trabajo

Se sigue ahora el listado del art. 4.2, comprensivo de diversos derechos con amparo constitucional previo, disfrutando buena parte de ellos del correspondiente desarrollo. La enumeración se antoja escasa, si bien su último apartado construye una cláusula general con objeto de subsanar cualquier posible deficiencia.

A) Ocupación efectiva

El derecho a la ocupación efectiva emparenta directamente con el derecho al trabajo, al tiempo que constituye un elemento indispensable para la posible

¹⁷⁹ STC 85/1988 de 28 de abril.

¹⁸⁰ SSTC 168/1996 de 29 de octubre y 76/2001 de 26 de marzo.

realización de un amplio espectro de derechos del trabajador como la no discriminación, la dignidad personal y profesional o la promoción y formación profesional¹⁸¹.

a. Regulación general

En cualquier caso, la privación de su efectividad no constituye en sí mismo un incumplimiento constitucionalmente relevante que permita al trabajador afectado sostener una pretensión de tutela de derechos fundamentales. Únicamente en el supuesto de que el incumplimiento empresarial se convierta en el medio o instrumento utilizado para lesionar un derecho fundamental o una libertad pública del trabajador podrá determinarse la vulneración de un derecho fundamental¹⁸².

No asignar a un trabajador servicio o actividad alguna supone, salvo excepciones, un claro agravio y menosprecio a su dignidad¹⁸³, y su gravedad aumentará progresivamente en función del tiempo transcurrido en tal situación, en tanto que el trabajo constituye una obligación para el trabajador, pero es al mismo tiempo un derecho¹⁸⁴. En consecuencia, será judicialmente invocable y permitirá amparar pretensiones contra comportamientos que impliquen la inactividad profesional contraria a la voluntad de la persona, de forma tal que se configura como un deber básico de prestación¹⁸⁵.

Ahora bien, la expresión ocupación efectiva ha de interpretarse restrictivamente, pues la conducta sancionable debe entenderse como un acto que impide al trabajador su prestación y el desempeño de una ocupación, se corresponda o no con la que proceda del contenido de la relación laboral, pues lo que no sea así será un incumplimiento del contrato pero no vulneración contractual¹⁸⁶. La expresión trabajo efectivo se interpreta así como derecho del trabajador allí donde se niegue totalmente la realización del trabajo, situación ante la cual la normativa responde con medidas económicas, al obligar el artículo 30 ET al mantenimiento de los salarios en tales situaciones o con la posibilidad de invocar el artículo 50 ET o los contenidos de la LISOS y el CP.

El derecho a la ocupación efectiva tendrá, igualmente, sus límites, por lo que habrá que estar a cada caso concreto, habida cuenta de que puede haber factores que justifiquen la interrupción de la prestación, ya provenga ésta directamente del empleador o tenga su origen en causas externas¹⁸⁷.

b. Regulación específica

Establece el art. 7.4 RD 1006/1985 que los deportistas profesionales tienen derecho a la ocupación efectiva, no pudiendo, salvo en caso de sanción o lesión ser excluidos de los entrenamientos o demás actividades instrumentales o preparatorias

¹⁸¹ En este sentido, destaca la importancia de la ocupación efectiva, en tanto no cabe olvidar la función del trabajo no solo en cuanto a derechos profesionales, sino también como factor de integración y participación del individuo en la ciudadanía y en la sociedad [SSTS 24 septiembre 1985 (RJ 1985/4361), 12 diciembre 1989 (RJ 1989/8957); STSJ País Vasco 29 enero 1992 (AS 1992/182)].

¹⁸² ATC 246/2003 de 14 de julio.

¹⁸³ STSJ Andalucía/Granada 25 marzo 2003 (AS 2003/2146).

¹⁸⁴ STS de 24 septiembre 1985 (RJ 1985/4361).

¹⁸⁵ STS 7 marzo 1990 (RJ 1990/1776).

¹⁸⁶ STS-CONT 7 febrero 1990 (RJ 1990/745)

¹⁸⁷ STS 3 octubre 1990 (RJ 1990/7525); SSTSJ Madrid 24 enero 1994 (AS 1994/408), Cataluña 15 marzo 1997 (AS 1997/1942), Madrid 16 julio 2012 (JUR 2012/285832).

para el ejercicio de la actividad deportiva. Asimismo, el derecho a la ocupación efectiva queda derecho reconocido con carácter general a todos los trabajadores en el art. 4.2.a) ET por cuanto pudiera cuestionarse su reconocimiento explícito por el RD 1006/1985, en su art. 7.4 reproducido, cuando su inciso siguiente, realiza una remisión general a los derechos y deberes laborales básicos del Estatuto de los Trabajadores, entre los que se encuentra, el de la ocupación efectiva. Entendemos que la razón de este reconocimiento explícito es que este derecho presenta determinadas particularidades en el ámbito del deporte profesional.

Por otra parte el reconocimiento expreso de la ocupación efectiva en el RD 1006/1985 supone la adaptación del precepto estatutario a las circunstancias especiales de la prestación laboral de los deportistas, razón por la cual se incluye dentro del derecho a la ocupación efectiva el supuesto de exclusión de los entrenamientos y demás actividades instrumentales o preparatorias. Sin embargo, no se puede afirmar que el derecho a la ocupación efectiva implique el derecho del deportista a ser alineado, como titular o no, en partidos o competiciones oficiales, pues no se considerará vulnerado su derecho por su exclusión sistemática de las alineaciones, si esta decisión, obviamente, responde a razones puramente deportivas, y por tanto no contravenga este derecho.

Así, la doctrina científica, Roqueta Buj, entiende que en el ámbito del deporte profesional, este derecho tiene una caracterización más intensa toda vez que la inactividad de los deportistas, puede generarles perjuicios irreparables en su carrera deportiva dado que su promoción profesional tiene una relación directa con su efectivo empleo, circunstancia que presenta además una especial relevancia dada la brevedad de la carrera profesional de los deportistas. La especial trascendencia que este derecho tiene en el ámbito del deporte profesional puede observarse en el art. 11.2 RD 1006/1985, que dispone que el club o entidad deportiva deberá consentir la cesión temporal del deportista a otro club o entidad deportiva cuando a lo largo de toda una temporada no hayan sido utilizados sus servicios para participar en competición oficial ante el público. Asimismo, este derecho y su carácter reforzado han de servir para interpretar la existencia de incumplimiento contractual en base a lo establecido a los arts. 16 RD 1006/1985 y 50 ET, preceptos contemplan la extinción del contrato por voluntad del trabajador.

c. Las licencias y la ocupación efectiva

La doctrina judicial no es pacífica al respecto, sin perjuicio de que en los últimos años se esté observando un claro decantamiento en la dirección de considerar que sí constituye, como aquí se ha defendido, una agresión injustificable al derecho a la ocupación efectiva la actuación patronal de contratar más jugadores que la disponibilidad de fichas que ofrezcan los reglamentos federativos aplicables.

Así, la STSJ Andalucía 30 octubre 1998¹⁸⁸ sostuvo la improcedencia de estimar el derecho a la resolución causal de la relación laboral de los deportistas profesionales por no haber tramitado la entidad deportiva la preceptiva licencia, pues se consideró que tal hecho no acarrearba la imposibilidad absoluta de jugar en todo tipo de competiciones.

Esta doctrina no compartida, tampoco ha hecho fortuna entre las resoluciones posteriores de los Tribunales, que a partir de entonces han considerado que la

¹⁸⁸ AS 1998/7717.

ausencia de la licencia deportiva si habilita para instar con éxito la extinción causal del contrato por el deportista profesional. A tal efecto cabe citar, entre otras, las SSTSJ Cantabria 16 abril 2003¹⁸⁹, Valencia 9 junio 2005¹⁹⁰, Castilla-La Mancha 27 junio 2005¹⁹¹ o de Madrid 26 abril 2006¹⁹².

Prácticamente todas comparten línea argumental, sosteniendo que la competición oficial –para la que habilita la licencia deportiva– es la auténtica actividad empresarial que responde a la esencia de la vida de un club o entidad deportiva, constituyendo los encuentros amistosos o, incluso, la posible participación del deportista con la selección nacional, actividades marginales en el devenir diario de la actividad competitiva. Por ello, privar al jugador de la participación en los encuentros oficiales, por más que se le permita entrenar en su propio club y en idénticas condiciones que sus compañeros, supone concederle una actividad propedéutica y al tiempo, paradójicamente, vetarle el acceso a la que está ordenada aquella, de manera que se cercena incontestablemente su derecho de ocupación efectiva, proponiéndose una interpretación teleológica y sistemática que supere una lectura simplista del artículo 7.4 RD 1006/1985.

En este sentido, se sostiene abiertamente que “Mientras el contrato no se extinga, la obligación del empleador de dar ocupación efectiva al trabajador está vigente, y la misma no puede entenderse cumplida únicamente mediante la asignación de tareas absurdas o desconectadas de toda finalidad productiva, como pudiera ocurrir, en el caso que nos ocupa, con la participación en entrenamientos y actividades que, por no ir dirigidos a la intervención en competiciones oficiales, carecen de toda finalidad”¹⁹³.

En definitiva, hay que estar con las interpretaciones que sostienen que al deportista no sólo hay que garantizarle el entrenamiento, que sería el derecho formal reconocido en la norma, sino que esa preparación debe contar con sentido, abrir la posibilidad a participar en la competición, y sin ficha no es así.

d. Apartamiento de la preparación común

No debe confundirse el supuesto al que se ha hecho referencia con el caso de que el deportista profesional, por la razón que sea, es apartado de los entrenamientos con sus compañeros. Tal decisión puede obedecer a una presión para que acepte marcharse del equipo, o por el contrario renovar su contrato, suponer un castigo por sus actuaciones. En todo caso, es obvio que ahí el club, que puede llegar incluso a privarle de acceder a las instalaciones para desarrollar su trabajo, obligándole a entrenarse de forma solitaria, vulnera sin que sea precisa interpretación alguna la definición de la ocupación efectiva en la normativa especial de los deportistas profesionales.

No cabe esperar entonces que actitudes tan frecuentes como las aludidas y otras similares vayan a encontrar amparo ante los Tribunales, “pues si bien se puede excluir a un jugador cuando se trata de partidos ante el público no se puede negar la

¹⁸⁹ AS 2004/1263.

¹⁹⁰ JUR 2005/197794.

¹⁹¹ AS 2005/1694.

¹⁹² AS 2006/1800.

¹⁹³ STSJ Cantabria 16 abril 2003 (AS 2004/1263).

participación en entrenamientos y el ejercicio de la actividad deportiva precisamente para mantener la forma adecuada para cuando deba participar en el equipo”¹⁹⁴.

En definitiva, aunque la solución sea la misma a la expuesta en el epígrafe anterior, lo cierto es que obedece a argumentos diversos, y, frente a la disparidad de criterios interpretativos sin que exista doctrina unificada allí apreciada, aquí se trata de un particular que no ha suscitado diversidad de respuestas en los órganos judiciales, ni ello es esperable.

e. Daños y perjuicios por falta de licencia

Supuesto interesantísimo es el resuelto por la STSJ Cantabria 555/2003, de 16 abril (AS 2004, 1263): como consecuencia de la baja federativa el futbolista interpuso demanda solicitando la rescisión indemnizada de su contrato por incumplimiento empresarial, siendo tal demanda desestimada porque el contrato ya había finalizado por transcurso del plazo en el momento de dictarse sentencia por el Juzgado de lo Social, de forma que no podía extinguirse por sentencia lo que ya no tenía vigor. Tal solución se consideraba la procedente al no tratarse de un mero juicio declarativo indemnizatorio por los perjuicios que la conducta previa de la empresa le hubiere, en su caso, ocasionado al actor, sino que la indemnización era consecuencia y estaba indisolublemente unida a una extinción contractual, que se constituía en premisa para la indemnización, de forma que faltando la primera no procedía la segunda.

Sin embargo, en pleito posterior el TSJ estima la pretensión indemnizatoria del actor formulada autónomamente, en base al incumplimiento contractual y los daños causados por el mismo. Descartando la existencia de cosa juzgada, se acoge lo pedido con esta argumentación:

- La consecuencia de la baja federativa es la imposibilidad de alineamiento del jugador en competiciones oficiales, lo que en todo caso podría constituir un incumplimiento del deber de dar ocupación al trabajador, algo que analizaremos a continuación en el siguiente motivo de recurso. Por lo tanto en todo caso estaremos ante un incumplimiento del empleador de sus obligaciones, no ante una modificación del contenido del contrato impuesta unilateralmente. Es cierto que tanto las modificaciones unilaterales del contrato como los incumplimientos afectan a la obligación de cumplir los contratos que incumbe a las partes (artículos 1256 y 1258 CC) pero el régimen jurídico es distinto y en este caso la empleadora no ha buscado amparo para tramitar la baja federativa en el art. 41 ET.
- Aunque la baja en la ficha federativa no implica una exclusión absoluta, dado que permite la participación en encuentros de naturaleza amistosa, fuera de las competiciones oficiales, con ello no se cumple la obligación del club deportivo. Nada tiene que ver aquí la participación en encuentros de la selección nacional rusa, algo que es ajeno al club.
- Mientras el contrato no se extinga, la obligación del empleador de dar ocupación efectiva al trabajador está vigente, y la misma no puede entenderse cumplida únicamente mediante la asignación de tareas

¹⁹⁴ Por todas, SJS Oviedo 26 noviembre 1998 (AS 1998/4158). En similares términos STSJ Galicia 9 junio 1997 (AS 1997/1870), resolviendo cuestiones en las que los deportistas profesionales se veían obligados a entrenarse en solitario al negarles el club el acceso a las instalaciones.

absurdas o desconectadas de toda finalidad productiva, como pudiera ocurrir, en el caso que nos ocupa, con la participación en entrenamientos y actividades que, por no ir dirigidos a la intervención en competiciones oficiales, carecen de toda finalidad.

- En definitiva, la situación de un trabajador que percibe su salario sin que a cambio se le exija o ni siquiera se le permita la aportación de su trabajo para obtener el fin productivo de la empresa, es algo que atenta contra su dignidad como trabajador y en estos términos ha de interpretarse el derecho a la ocupación efectiva, que aquí se ha visto afectado por la actuación de la empresa demandada.

B) Promoción y formación

El derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad.

Este derecho posee carácter individual y no colectivo, siendo su contenido típico la facultad de acceder a un trabajo más cualificado, mejor remunerado o de mejores expectativas, partiendo de la experiencia y del mérito profesional. Aun cuando se trata de un derecho de configuración legal, el legislador ha remitido parte de su regulación a la autonomía colectiva, que puede detectar con mayor adecuación los aspectos particulares de organización del trabajo que presentan en esta materia los distintos sectores de actividad y las distintas empresas¹⁹⁵. En cualquier caso, el principal desarrollo normativo de este derecho aparece recogido en el artículo 23 ET, donde cabe derivar este comentario.

C) No discriminación

a. Regulación general

Derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español. Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

Con la aplicación del principio de no discriminación en las relaciones laborales se pretende que ante iguales supuestos las soluciones sean iguales y se respete la igualdad de los trabajadores, por lo que se erige como un aspecto reforzado del derecho de igualdad de trato¹⁹⁶. De tal manera, caben soluciones razonablemente desiguales siempre y cuando se presenten elementos diferenciados de relevancia jurídica¹⁹⁷, de forma que no toda diferencia de trato irrazonable o no justificada va a constituir una discriminación, pues ésta consistirá en utilizar un factor de diferenciación que merezca especial rechazo por el ordenamiento y provoque una reacción más amplia,

¹⁹⁵ STS 29 enero 1992 (RJ 1992/133).

¹⁹⁶ STS 17 mayo 2000 (RJ 2000/5513).

¹⁹⁷ STS 28 septiembre 1993 (RJ 1993/7085).

ya que para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que tradicionalmente han estado asociadas a formas de discriminación, opresión o segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista¹⁹⁸.

Uno de los derechos básicos que el Estatuto de los Trabajadores recoge es el derecho de no discriminación tiene su base en el principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE *que, tras consagrar la igualdad ante la Ley establece que no puede prevalecer “discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*¹⁹⁹. A su vez este derecho aparece desarrollado en el art. 17 ET, que bajo el título de “no discriminación en las relaciones laborales”.

En relación con la discriminación, sea cual sea fuere la causa, la dificultad radica en demostrar su existencia en algunos supuestos. Por esta razón, el Tribunal Constitucional ha establecido a este respecto determinadas precisiones, siendo la más relevante sobre este criterio el establecido en su Sentencia 38/1986 de 21 de marzo, en el que se otorga el amparo y se establece que el art. 14 de la Constitución, al prohibir toda discriminación por razón de sexo, obliga a que el Juzgador, ante una situación que pueda suponer razonablemente una discriminación no se limite a afirmar que no son suficientes las pruebas aportadas por el actor sino que ha de expresar los motivos por los cuales entiende que no existe la aparente discriminación.

Las especiales características de la relación laboral de los deportistas profesionales, y las discriminaciones que más relevancia han tenido han sido aquellas en razón de la nacionalidad del deportista, conforme a lo dispuesto en la normativa europea; no obstante, hemos de hacer la salvedad a la discriminación sufrida por otros motivos, como pudieran ser los religiosos dado que las prácticas de determinadas religiones pueden incitar a un trato discriminatorio en el ámbito deportivo. En este sentido la protección constitucional es amplia, el art. 14 CE prohíbe la discriminación por razón de religión, el artículo 16 garantiza la libertad religiosa y de culto; y el art. 17.1 ET declara nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos, así como los pactos individuales y las decisiones unilaterales

¹⁹⁸ STS 17 junio 2002 (RJ 2002/7909).

¹⁹⁹ A este respecto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 38/1996 de 21 de marzo, establece que “el principio de igualdad viene recogido en el artículo 14 de la Constitución, y es un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico en todas sus ramas y, en cuanto un reglamento como el citado consagre una desigualdad por un factor como el sexo, debe entenderse derogado de plano por la Constitución, si era anterior a ella”. En el mismo sentido, el Alto Tribunal establece en su Sentencia 241/1988, de 19 de diciembre, que “aun en tal supuesto, ha de examinarse el contenido de la condición a la que se somete el reingreso de la recurrente -que según el Tribunal Supremo ha de considerarse implícita en la concesión de la excedencia-, ya que, si dicha condición resultase discriminatoria, sería radicalmente nula por contradicción con el artículo 14 de la Constitución, como expresamente reconoce el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores para “las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones”. Es cierto que la aplicación de los derechos fundamentales, y especialmente del principio de igualdad, a las relaciones entre particulares ha de hacerse matizadamente (SSTC 34/1984, de 9 de marzo, y 177/1988, de 10 de octubre, entre otras), pero de ello no puede concluirse que una condición que, de venir establecida por norma reglamentaria sería discriminatoria, resulte válida por el solo hecho de haber sido establecida en términos de aparente libertad o voluntariedad”.

del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de la religión o las convicciones del trabajador.

b. Convicciones o prácticas religiosas

Lo hasta aquí expuesto no impide que asistamos en el mundo del deporte a determinadas conductas que atentan contra este derecho, y aunque pueden encontrarse numerosos casos de deportistas que practican competiciones de alto nivel, y que se encuentran plenamente integrados en sus respectivos clubes, sin que determinadas exigencias derivadas de la práctica de su religión incidan negativamente en su práctica deportiva; encontramos casos en los que no se da esta circunstancia.

A modo de ejemplo, de conciliación de religión deporte puede citarse el caso de deportistas musulmanes, que continúan participando en competiciones deportivas durante el Ramadán, que les impone el ayuno desde la salida hasta la puesta de sol, y ellos no renuncian a competir; siguiendo en algunas ocasiones planes dietéticos específicos diseñados por médicos y nutricionistas que les permiten prescindir de la comida y la bebida durante el día sin que ello afecte a su rendimiento; otros, sin embargo, optan por ayunar el máximo número de días posibles y recuperan el resto una vez finalizado el periodo de ayuno.

c. Género

En todo caso, las principales discriminaciones que se sufren a nivel deportivo tienen como principal protagonista el sexo. El deporte femenino es en la mayor parte de los casos discriminado respecto al masculino y no solo desde el punto de vista salarial –las mujeres deportistas profesionales tienen salarios ostensiblemente inferiores a los hombres– sino respecto a otros factores como podría ser la propia vestimenta; así, podemos citar que la Federación Internacional de Baloncesto ha impuesto reducir las tallas de las equipaciones de las deportistas de la Euroliga, obligando a que los shorts y las camisetas sean más estrechos, siguiendo las curvas/contorno del cuerpo, que la camiseta no tape los hombros, que la anchura del pantalón deje un máximo de 2 centímetros de espacio entre la tela y la piel, y que el pantalón esté siempre como mínimo 10 centímetros por encima de la rodilla.

Considerando excesiva de la imposición, la jugadora Diana Taurasi, jugadora de baloncesto estadounidense, se ha opuesto a llevar dicha vestimenta, y ha sido sancionada. Ese ejemplo nos ilustra sobre la posible discriminación que sufren las deportistas profesionales.

También puede traerse a colación el caso de la Seleccionadora de Tenis del equipo absoluto masculino, alrededor de cuyo nombramiento ha surgido una polémica (El caso Gala León) que está evolucionando en diversos frentes.

La relación de la mujer con el deporte profesional ha sido desde siempre un tema muy polémico ya que nunca han sido consideradas como válidas para desempeñar este tipo de actividades dado que siempre se ha creído que los deportes profesionales eran un ámbito reservado al mundo masculino.

Si bien es cierto que el deporte es en nuestros días una de las actividades sociales que más movilización social acarrea, como bien asegura la Ley del

Deporte²⁰⁰, es por lo tanto de vital importancia que se desarrolle en él la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Según el Consejo Superior de Deportes, *“el deporte y la actividad física, por su potencialidad educativa y mediática, constituyen un motor de cambio social y contribuyen desde hace tiempo a promover la igualdad entre mujeres y hombres”*²⁰¹ pero podemos afirmar que hoy en día aún hay notables diferencias en lo que se refiere a la participación y representación de las mujeres en los diferentes ámbitos del deporte. Todavía en nuestros días existen mujeres deportistas condenadas a muerte por el gobierno de Estados donde impera el integrista o el fundamentalismo por tan solo haber infringido la norma de no vestir velos o sayas en las competiciones de unos Juegos Olímpicos. En lo que se refiere a España, aún podemos encontrar tendencias que afirman que si la mujer se dedica al deporte de una forma profesional masculiniza su cuerpo lo que justifica que las féminas no se dediquen a la práctica de deportes de alto nivel.

Por suerte poco a poco se van integrando cambios que permiten que la mentalidad evolucione y que la mujer practique el deporte profesional como podría hacerlo un hombre, aunque aún hay mucho camino por andar hasta que los deportes profesionales sean practicados en igualdad por mujeres y hombres. Lo más difícil no tiene que ver con la resistencia física o las habilidades para desempeñar uno u otro deporte sino con la intolerancia o las creencias establecidas en la sociedad durante tantos años, así la igualdad de ambos sexos en una misma categoría en los medios de comunicación al comentar los deportes sería una hazaña, lo cual hace necesaria una reforma del deporte profesional femenino debido, sobre todo, a los cada vez más continuos y numerosos logros de las deportistas profesionales femeninas, aunque sigan sin tener eco suficiente en los medios de comunicación, lo que precisa el necesario reconocimiento social del deporte profesional femenino.

Si nos centramos en el RD 1006/1985, en su definición del concepto de deportista profesional se ignora el deporte profesional femenino y que este Real Decreto se orienta principalmente a un sector acotado en su forma más amplia al género masculino, así, ahora más que nunca se hace necesaria por una reforma que recoja todos los derechos y deberes de la mujer deportista profesional para poder zanjarse los estereotipos acumulados y agrandados durante tantos años en nuestra sociedad y en alguna vecina, y así alcanzar la equiparación entre mujeres y hombres porque cada vez es más notable la relevancia real y simbólica que tienen las deportistas femeninas en muchas de las disciplinas en las que participan.

El deporte que es una actividad de disfrute para todos y que conlleva grandes beneficios tanto para mujeres como para hombres, así según la “Declaración de Brighton sobre la mujer y el deporte”²⁰² es necesario que en mayor grado se

²⁰⁰ La Ley 1/1990, de 15 de Octubre del Deporte establece en el párrafo primero de su Preámbulo que el deporte, en sus múltiples y muy variadas manifestaciones, se ha convertido en nuestro tiempo en una de las actividades sociales con mayor arraigo y capacidad de movilización y convocatoria.

²⁰¹ “Manifiesto por la Igualdad y la Participación de la Mujer en el Deporte” del Consejo Superior de Deportes.

²⁰² En Brighton, Reino Unido, tuvo lugar del 5 al 8 de mayo de 1994 la primera conferencia internacional sobre la mujer y el deporte que reunió a los responsables de las políticas y decisiones del mundo deportivo tanto a nivel nacional como internacional y que fue organizada por el British Sports Council (Consejo Británico del Deporte) con el apoyo del Comité Olímpico Internacional. Dicha conferencia examinó específicamente la cuestión de cómo acelerar el proceso de cambio para rectificar los desequilibrios que enfrentan a las mujeres al desarrollar la

produzca la participación de la mujer en los distintos aspectos de la actividad física y el deporte, en labores tales como la dirección, la gestión, el entrenamiento, el arbitraje, la práctica deportiva... para poder alcanzar plenamente la equiparación entre mujeres y hombres en dado que el deporte es una actividad que tal y como establece la citada declaración “*practicada justa y equitativamente, enriquece la sociedad y la amistad entre las naciones*”.

Es objeto de esta declaración la promoción por la equidad e igualdad en la sociedad y en el deporte, de manera que insta a que los gobiernos implementen la igualdad de oportunidades en la participación de las mujeres en el deporte, ya sea como actividad de ocio, para promover la salud o como actuación de alto nivel; siendo en cualquier caso un derecho de la mujer que puede ser ejercido por la misma al margen de su raza, color, lengua, religión, creencia, orientación sexual, edad, estado matrimonial, invalidez, opinión o afiliación política y origen nacional o social. En este sentido la Declaración de Brighton insta a lo siguiente:

- Promover la igualdad en la sociedad y en el deporte.
- Construir o reformar las instalaciones deportivas de forma que satisfagan las necesidades de las mujeres.
- Promover el incremento del número de mujeres en puestos de entrenadoras, directivas y gestoras en el deporte.
- Promover programas de educación, entrenamiento y desarrollo dirigidos a la igualdad.
- Fomentar la información e investigación sobre las mujeres y el deporte.
- Asignar recursos a las deportistas y a los programas femeninos.
- Incorporar la promoción de la igualdad de géneros y el ejercicio compartido de buenas prácticas a las políticas y los programas gubernamentales y no gubernamentales sobre la mujer y el deporte.

En el ámbito europeo también han tenido lugar actuaciones para promover la igualdad de mujeres y hombres. A modo de cita la “Carta Europea para la Igualdad de Mujeres y Hombres en la Vida Local” elaborada y promovida por el Consejo de Municipios y Regiones de Europa y sus asociados, invita a las Entidades Locales a ejercer sus competencias en favor de una mayor igualdad entre todas las personas. Esta Carta dedica su artículo 20 a la cultura, el deporte y el tiempo libre estableciendo que:

“(1) El/la signatario/a reconoce el derecho de todos/as a tomar parte en la vida cultural y a disfrutar de la vida artística.

(2) El/la signatario/a reconoce además el papel que desempeña el deporte en el enriquecimiento de la vida de la comunidad y la garantía del derecho a la salud, tal como se ha definido en el artículo 14. Reconoce que las mujeres y los hombres tienen derecho a un acceso igual a las actividades y a las instalaciones culturales, deportivas y de tiempo libre.

práctica deportiva. La Declaración fue aprobada por los 280 delegados de 82 países y representantes de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, comités olímpicos nacionales, federaciones deportivas nacionales e internacionales e institutos de educación e investigación y en la misma se proporcionan los principios que han de regir las acciones a adoptar con la finalidad de incrementar la participación femenina en el deporte a todos los niveles y en todas las funciones y papeles.

(3) Reconoce que las mujeres y los hombres tienen prácticas e intereses diferentes en materia de cultura, de deporte y de tiempo libre y que éstos pueden resultar de actitudes estereotipadas y de acciones con sesgo de género. Se compromete en consecuencia a promover, cuando sea conveniente, medidas que permitan:

- asegurar, tanto a mujeres y a hombres, muchachos y muchachas, el beneficio de un igual acceso a las instalaciones y a actividades deportivas, culturales y de tiempo libre;
- animar a mujeres y a hombres, muchachos y muchachas, a participar en igualdad en deportes y en actividades culturales, incluidas aquéllas que tradicionalmente fueron consideradas principalmente como “femeninas” o “masculinas”;
- animar a asociaciones artísticas, culturales y deportivas a promover sus actividades desde una visión sin estereotipos de género.
- animar a las bibliotecas públicas a erradicar los estereotipos de género a través de su catálogo de libros y otros documentos, así como en las demás actividades de promoción y divulgación.”

En España, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece en el punto primero de su artículo 1 que *las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes*, disponiendo en su artículo 3 que el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil; para en su artículo 8 preceptuar que constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad.

Puede observarse el esfuerzo del legislador por una igualdad efectiva entre mujeres y hombres; así, y en aras de cultivar y fomentar esta igualdad, el Consejo Superior de Deportes, elaboró un “Plan Integral para la Actividad Física y el Deporte”²⁰³ que supone una verdadera hoja de ruta a fin de facilitar la participación de la mujer en el ámbito deportivo, que ésta vaya en aumento procurando la eliminación de posibles desigualdades por razón de género tanto en lo que respecta a la práctica deportiva como a otras formas de participación.

La igualdad, es una gran asignatura pendiente, significar que en la dirección de las federaciones deportivas, según los estudios de la Comisión “Mujer y Deporte” del Comité Olímpico Español de 2006, las mujeres tan solo ocupan el 10% de cargos de responsabilidad en las federaciones deportivas españolas lo cual nos sitúa a la cola de los países europeos junto con Grecia y Portugal) o del personal técnico (en el que también existe una clara situación de desigualdad toda vez que las mujeres representan tan solo un 12% del total en las federaciones deportivas). Para promover

²⁰³ “El Plan Integral para la actividad física y el deporte” (Plan A+D) pretende impulsar el acceso universal a una práctica deportiva de calidad para el conjunto de la población. Con esta finalidad el Consejo Superior de Deportes, en colaboración con las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, las Universidades y otros organismos ministeriales y con la participación del sector privado, pretende poner en marcha una serie de líneas de actuación a lo largo del periodo 2010 a 2020. Uno de los principios fundamentales que se tienen en cuenta al articular el Plan es precisamente la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

la igualdad de género en el ámbito deportivo este Plan Integral del Consejo Superior de Deportes contempla las siguientes medidas:

- El impulso de programas específicos de detección, apoyo y seguimiento de mujeres deportistas en el seno de las federaciones deportivas españolas.
- La inclusión en la convocatoria de subvenciones a federaciones deportivas españolas de un nuevo parámetro de valoración que hace referencia al nivel de participación de la mujer en las actividades federativas (desde el año 2006).
- La inclusión en la convocatoria de subvenciones a federaciones deportivas españolas de una partida específica para proyectos federativos sobre deporte y mujer.
- El impulso de modificaciones en el reglamento de federaciones deportivas para conseguir una mayor representación femenina en sus órganos directivos.

El Comité Olímpico Internacional ha ejecutado actuaciones tendentes a la implantación del principio de igualdad. Así, en 1994 el COI solicitó que se enmendara la Carta Olímpica de forma que la misma incluyese explícitamente una referencia a la necesidad de actuar en materia de mujer y deporte. Así, la actual Carta dispone que una de las funciones del Comité es “*estimular y apoyar la promoción de las mujeres en el deporte, a todos los niveles y en todas las estructuras, con el objeto de llevar a la práctica el principio de igualdad entre el hombre y la mujer*”; por su parte el Instituto de la Mujer también ha promovido la igualdad de oportunidades a través del “Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2008-2011”²⁰⁴ a fin de potenciar la integración de género en las actividades deportivas incorporando así, las siguientes medidas:

- Incluir la perspectiva de género en la actividad deportiva que se imparte en los centros escolares, promoviendo una relación sana y equilibrada respecto a la propia imagen y la percepción corporal.
- Promover la investigación sobre la situación de las mujeres en el ejercicio físico y en el deporte.
- Realizar campañas para el fomento del ejercicio físico y la práctica deportiva en las mujeres y niñas promoviendo la formación de las mujeres como gestoras, entrenadoras, árbitras, investigadoras y periodistas deportivas.

Para el correcto amparo y protección de este derecho sería necesario tener en cuenta las diferencias biológicas existentes entre ambos sexos habida cuenta de las dificultades de obtener una igualdad real, diferencias que sistemáticamente se han soslayado al no establecerse una regulación más específica en algunas materias como la que en este punto nos ocupa.

²⁰⁴ El Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2008-2011 fue aprobado por el Consejo de Ministros el 14 de diciembre de 2007 y es consecuencia directa de la aplicación del artículo 17 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Hombres y Mujeres, precepto que establece que “el Gobierno, en las materias que sean de la competencia del Estado, aprobará periódicamente un Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, que incluirá medidas para alcanzar el objetivo de igualdad entre mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de sexo”.

D) Integridad física

El derecho “a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene” encuentra su desarrollo en el artículo 19 ET y, especialmente, en la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y su extensa normativa de desarrollo. Hay que consultar el específico desarrollo que se hace tanto al examinar los deberes del trabajador cuanto el contenido del contrato de trabajo.

Con frecuencia se trata de forma conjunta este derecho y el de intimidad, dos derechos aparentemente aislados, y en cambio afectados en el ámbito deportivo en medidas como lo es la lucha contra el dopaje, control que trata de proteger el derecho a la salud de los deportistas y que incide en el ámbito de su intimidad dado habitualmente se sustenta en controles realizados fuera de competición, en el ámbito de la esfera privada del deportista, y que implica, en la mayoría de las veces, la necesidad de que los deportistas deban estar de forma permanente localizables, lo que ha de ser valorado para determinar la legitimidad de las medidas antidopaje, y la intromisión a la esfera privada.

E) Intimidad

a. Protección general de la dignidad e intimidad

El derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad abarca diferentes cuestiones como la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, y aparece recogido directa o indirectamente en numerosos preceptos del propio Estatuto de los Trabajadores y de otras normas laborales, al igual que las medidas de tutela y protección frente a tales situaciones.

La dignidad equivale al respeto que es debido a quien presta su actividad laboral para otro, que tiene derecho a mantenerse en su puesto con la honorabilidad que es debida a toda persona y especialmente a quien trabaja, debiendo medirse la expresión con un criterio social objetivo²⁰⁵] especialmente al estar ante una relación con una clara posición de subordinación y desigualdad jurídica²⁰⁶.

El menoscabo de la dignidad exige la existencia de una actitud empresarial que sea claramente vejatoria²⁰⁷ o, al menos, atente abiertamente sobre el derecho de todo trabajador al debido respeto de su dignidad personal²⁰⁸, disfrutando, en consecuencia, el empleado afectado de legitimación para solicitar la extinción del contrato de trabajo cuando es el empresario quien falta gravemente al respeto y consideración debida que merece el trabajador, en cuanto tal y como persona²⁰⁹.

²⁰⁵ SSTS 3 junio 1983 (RJ 1983/2962), 29 julio 2010 (RJ 2010/2245), 16 diciembre 2011 (JUR 2011/36532); STSJ Cataluña 22 mayo 2012 (AS 2012/2270).

²⁰⁶ STC 120/1990 de 27 de junio.

²⁰⁷ STC 224/1999 de 13 de diciembre.

²⁰⁸ STSJ Cantabria de 12 febrero 2002 (AS 2002/3553).

²⁰⁹ STSJ Comunidad Valenciana 28 octubre 2004 (AS 2004/3824).

Al examinar el alcance del poder de dirección, los límites del deber de obediencia o la extinción causal del contrato, entre otros temas, aparecen manifestaciones reflejas de este auténtico principio general²¹⁰.

b. Los controles en materia de dopaje

Referimos de seguido el sometimiento en distintas disciplinas deportivas a los reconocimientos médicos que con carácter previo a su fichaje, y con el objetivo de obtener información acerca de su salud, de testear su respuesta a la práctica deportiva, y evaluar los factores de riesgo pudieran afectar a su estado físico o incidir en un óptimo rendimiento deportivo²¹¹.

En el ámbito del fútbol, existe un “Protocolo AEMEF”²¹² para el reconocimiento médico en los fichajes de futbolistas profesionales, establece que reconocimiento como “*un acto médico que conlleva una gran responsabilidad médico-deportiva y tiene gran trascendencia económico-social*” y que “*debe regirse por un protocolo de estudio amplio a la vez que muy eficaz para determinar si las condiciones de salud y posibilidades de rendimiento físico son óptimas para poder seguir practicando el fútbol profesional a un alto nivel*”. Con este objetivo, determina en los deportistas profesionales los siguientes objetivos:

“a) Identificar cualquier enfermedad, lesión previa o patología médica que pueden constituir un riesgo vital para el deportista, o bien pueden limitar su adaptación a altas cargas de trabajo físico así como una alta exigencia físico-psíquica durante la competición.

b) Evaluar riesgos que pueden deducirse de su historia y exploración clínica que puedan tener trascendencia en la práctica deportiva.

c) Establecer las estrategias y programar los controles necesarios para minimizar al máximo los riesgos de sufrir problemas médicos o patología lesional.

d) Indicar las primeras directrices para optimizar su rendimiento físico durante el resto de la temporada.

²¹⁰ No pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal cuando se impongan limitaciones a los mismos como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula [SSTC 73/1982 de 2 de diciembre (RTC 1982/73), 170/1987 de 30 de octubre (RTC 1987/170)], en tanto en cuanto el respeto de ese valor básico no ha de anular el derecho de vigilancia que incumbe al empresario, integrando así la facultad directiva y controladora que se revela imprescindible para la buena marcha de la actividad empresarial [STC 98/2000 de 10 de abril (RTC 2000/98); STS 19 julio 1989 (RJ 1989/5878)], aun cuando no será suficiente con la simple afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento [SSTC 99/1994 de 11 de abril (RTC 1994/99), 25 de noviembre 1997 (RTC 1997/204)], debiendo venir aquellos requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de los derechos fundamentales especialmente cualificados por razones de necesidad, habiendo de acreditarse que no resulta posible alcanzar el objetivo perseguido de otra forma.

²¹¹ No obstante, únicamente el Convenio *colectivo para la actividad del ciclismo profesional* regula esta materia en su Capítulo VII, integrado por los arts. 30 y 31, bajo el título “Salud de los ciclistas profesionales”, que dispone que los equipos afectados por el Convenio cumplirán las disposiciones contenidas en la vigente Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y su normativa de desarrollo.

²¹² AEMEF son las siglas de la Asociación Española de Médicos de Equipos de Fútbol.

e) Determinar la aptitud deportiva para la práctica de su deporte profesional.

f) Satisfacer requerimientos legales.”

Para lograr estos objetivos se propone un extenso protocolo en el que se incluyen valoraciones indispensables a fin de determinar la aptitud del deportista para la práctica deportiva a un alto nivel así como otras muy recomendables cuya finalidad es lograr una valoración completa: historia clínica, exploración física (que incluye una valoración del aparato locomotor, del sistema respiratorio, del sistema cardiovascular, del sistema nervioso, una valoración visual así como un estudio odontológico y abdominal), pruebas complementarias (entre las que se citan el electrocardiograma basal, el ecocardiograma, la espirometría basal forzada, una prueba de esfuerzo máxima con calorimetría indirecta y EGG, una analítica, un estudio podológico estático y dinámico, una antropometría, pruebas radiológicas estándar, una ecografía de partes blandas, una resonancia magnética, una evaluación de las manifestaciones de la fuerza y una valoración de campo), un análisis nutricional y una valoración psicológica. Puede observarse como en el ámbito deportivo, con las particularidades propias, se contemplan las previsiones necesarias y se adoptan las medidas oportunas para garantizar la seguridad y la salud de los deportistas profesionales; a este respecto hemos de referirnos a una cuestión, no exenta de polémica y de gran relevancia, que es el dopaje, con una recién estrenada regulación legal que ya referíamos, Ley 3/2013, y que crea la Agencia Española de Protección en el Deporte, y que se configura como el organismo público a través del cual se realizan las políticas estatales de protección de la salud en el deporte y de modo especial, de lucha contra el dopaje y de investigación en ciencias del deporte.

c. Intimidación, localización y controles

El derecho a la intimidad constituye un valor fundamental de la dignidad humana que delimita un reducto individual que ha de quedar preservado de cualquier tipo de intromisión extraña, cualquiera que pueda ser la legitimidad en que se base esta. Tal y como entiende, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 110/1984, el objeto de este derecho es la protección de la “esfera espiritual, afectiva o íntima de la persona”, siendo aplicable en cualquier ámbito, incluido el de las relaciones laborales. En el ámbito deportivo, por lo que a este derecho respecta, ha de tenerse en cuenta lo establecido por el art. 15 de la Ley Orgánica 3/2013 que establece que la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte velará para que las condiciones de realización de los controles de dopaje se realicen ajustándose al principio de mínima intervención y velando por la proporcionalidad respecto del descanso nocturno del deportista y la afcción de los derechos y la intimidad de los deportistas; ¿significa que tienen los deportistas que facilitar a terceras personas datos por los que se permita conocer su paradero en cualquier momento del día hagan o no práctica deportiva?

Para Herrero-Tejedor²¹³, el derecho a la intimidad garantiza “un ámbito reservado, personal a un reducto del que el titular puede pretender el señorío absoluto, excluyendo injerencias de terceros”, de manera que el contenido esencial del derecho a la intimidad ha de garantizar la existencia de un ámbito reservado a la persona para garantizar una mínima calidad de vida humana, por cuanto a su juicio. Que los deportistas tengan que facilitar los datos necesarios que permitan su

²¹³ F.HERRERO TEJEDOR: *La intimidad como derecho fundamental*, Colex, Madrid, 1998.

localización permanente hacen prácticamente desaparecer su vida privada de forma que la referida obligación atenta contra el contenido esencial del derecho a su intimidad.

Para Molina Navarrete²¹⁴, la obligación de localización impuesta por las organizaciones antidopaje, control de disponibilidad y localización todo el año, supone más una violación al derecho al descanso nocturno mínimo que por atender al derecho a la autodeterminación de la vida privada.

La Asociación de Deportistas ha elaborado un “Decálogo sobre el Dopaje”, cuyo punto segundo entiende que *“los deportistas tenemos derecho a disponer, al menos, 20 días de vacaciones al año con total intimidad. Nos manifestamos a favor de los derechos del deportista a su intimidad y a su descanso, por lo que reivindicamos el respeto a los periodos nocturno y vacacional, en los cuales no tendrá que pasar controles ni facilitar su localización, máxime teniendo en cuenta la eficacia limitada de estos controles. Es razonable que el deportista acepte una serie de condiciones para garantizar el juego limpio y el derecho de todos los participantes a una competición en igualdad de condiciones, pero también lo es que haya un equilibrio entre este principio y el derecho de los deportistas a disfrutar de periodos de descanso. En una actividad tan estresante desde el punto de vista anímico y mental, y tan exigente desde el punto de vista físico, los periodos de reposo, cualquiera que sea el espacio temporal en que se midan (anual, mensual, semanal o diario) son absolutamente necesarios para el desempeño de su actividad y para la salud del deportista a todos los niveles”*. Este mismo Decálogo establece en su tercero que *“los deportistas estamos en contra de permitir controles nocturnos entre las 23:00 y las 06:00 horas”*.

d. El caso de los ciclistas

Una especial incidencia a reseñar es la lucha contra el dopaje en el Ciclismo, uno de los deportes más golpeados por esta lacra. En este sentido, Roqueta Buj pone de manifiesto cómo el “Código de Conducta” de 14 de diciembre de 2004 y alguno de los medios de control contemplados en el mismo para perseguir el dopaje pueden vulnerar el derecho a la intimidad de los deportistas.

En este sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional en 4 de octubre de 2007, llega a esta conclusión al considerar que dicho “Código” determina en su artículo V que los equipos adquieren el compromiso de “solicitar que todos los ciclistas entreguen por escrito a su empleador los datos de su(s) entrenador(es) personal(es), médico(s) y de cualquier otra persona que no pertenezca al equipo y esté implicada en su preparación física, médica o psicológico” y su artículo VII también vulnera el derecho a la intimidad cuando dispone que los equipos se comprometen asimismo a “recordar a los ciclistas que deben proporcionar información precisa sobre el lugar en el que se encuentren a cualquier organismo registrado en el Código Mundial Antidopaje que lo solicite, para que se puedan llevar a cabo controles antidopaje aleatorios en cualquier momento”.

Estas disposiciones no pueden más que hacernos concluir, continúa la Sala, que el referido “Código” permite o incluso exige no solo una vigilancia laboral, sino

²¹⁴ C.MOLINA NAVARRETE: “Nadal contra los <Vampiros> de la AMA: la lucha por el derecho a la intimidad en la relación deportiva profesional”, Monografía nº 5, *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, Navarra, 2010.

también “extralaboral”, puesto que hace referencia a momentos de la vida de los deportistas que nada tienen que ver con su profesión, lo cual provoca una vulneración de su derecho a la intimidad, que además de ser un derecho de los trabajadores, reconocido por el ET, es un derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución precepto constitucional que veda cualquier injerencia del denominado test o juicio de proporcionalidad al que, se refiere el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 10 de abril [núm. 98] y de 10 de julio de 2000 [núm. 186], según las cuales, mediante un control basado en sistemas audiovisuales de grabación es factible “invadir” la intimidad de una persona, si bien por el TC se exige ponderar si el uso reporta más beneficios para el interés general que perjuicios sobre los bienes y derechos del afectado por ellas.

Así, y ejerciendo los equipos sobre los deportistas una vigilancia absoluta, total, casi obsesiva sobre la práctica totalidad de las vertientes de la vida de los ciclistas que para prestar sus servicios, ocurre que su compromiso de control se extiende tanto en su aspecto espacial [dónde están], como temporal [cuándo están], como en el de actividad [qué hacen y con quién lo hacen], hasta el punto, incluso, hace dudar que se esté preservando la exigencia de reserva de los datos personales.

e. Consideraciones valorativas

A nuestro juicio es de todo punto necesario, realizar una imprescindible ponderación entre el derecho a la protección de la salud mediante los controles antidopaje y el derecho a la intimidad de los deportistas profesionales, de manera que los métodos utilizados en el referido control no menoscaben este segundo derecho hasta el punto de atentar contra su contenido esencial.

Deben arbitrarse sistemas que no invadan el ámbito de la intimidad personal y familiar de los deportistas en aras a la prevención del dopaje. Tal y como entiende Solozábal Echevarría²¹⁵, existen efectivamente límites a los derechos fundamentales que derivan del carácter universal o general de los mismos, en la medida en que tales derechos reconocidos a todos deben poder ser ejercidos simultáneamente también por todos, por cuanto, una persona podrá ejercitar su derecho siempre y cuando esto no suponga la imposibilidad de que otro individuo también lo haga.

F) Cobro puntual

Derecho sumamente relevante es el de la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida. Se configura como “el correlato básico del plasmado en la Constitución, según el cual todos los españoles tienen derecho a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”²¹⁶.

Hay que examinar los apartados sobre remuneración del trabajador y extinción causal del contrato de trabajo para aquilatar su alcance.

²¹⁵ J.J.SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA: “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991.

²¹⁶ STS 10 marzo 1989, RJ 1989/5595).

G) Tutela judicial

El derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo refleja, una vez más, un derecho de titularidad general de cualquier ciudadano, pues traslada a las relaciones de trabajo el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el orden laboral, este derecho se concreta no solo a través de la actuación ante jueces y tribunales, sino también en la garantía de indemnidad, reconocida implícitamente en el artículo 4.2.g) ET²¹⁷. Se trata de “la imposibilidad del adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercido un acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, y que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo”²¹⁸.

Este derecho reconocido a los trabajadores, y a los deportistas profesionales en virtud de la remisión efectuada por el Real Decreto 1006/1985, no es más que la concreción en el ámbito laboral del derecho constitucional establecido en el artículo 24 del texto constitucional, cuyo punto primero establece que “*todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

Nos encontramos ante el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva constitucionalmente reconocido a todas las personas y que consiste en el derecho de estas a acceder libremente a los tribunales con el objeto de solicitar de los mismos la tutela de un derecho subjetivo o de un interés legítimo y obtener una resolución de fondo basada en derecho.

Este derecho comprende el acceso al proceso o a la jurisdicción, el derecho a la defensa contradictoria y el derecho a la efectividad de la sentencia²¹⁹. Además este principio implica que cualquier persona puede y debe ser amparada en el ejercicio pacífico de sus pretensiones ante la justicia.

En definitiva, el reconocimiento de este derecho a los deportistas profesionales no debiera ser necesario, como tampoco para el resto de los trabajadores, puesto que la propia Constitución Española lo reconoce a todas las personas; el hecho de que exista este reconocimiento específico denota la necesidad de plasmar este principio constitucional en el ámbito laboral reconociéndoselo a la parte que se supone más débil y que puede verse sometida a presiones con el objeto de impedirle el acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses. En lo atinente a los deportistas profesionales, tal y como ya se ha reseñado anteriormente, es necesario efectuar una reflexión adicional dado que existe la tendencia a la resolución de los conflictos dentro del propio ámbito deportivo; sin

²¹⁷ SSTSJ Navarra 14 marzo 2003 (AS 2003/1619), Galicia 23 julio 2003 (JUR 2004/178718).

²¹⁸ Por todas, STC 16/2006 de 16 de enero.

²¹⁹ C.SÁEZ LARA y M.RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER: *La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Madrid. 2004.

que sin embargo, pueda privarse a los referidos deportistas de ejercitar las acciones que en derecho les corresponda a fin de satisfacer las pretensiones derivadas de su relación laboral, por mucho que su carácter sea especial.

H) Otros

Finalmente, el trabajador tiene “cuantos otros (derechos) se deriven específicamente del contrato de trabajo”.

Esta cláusula de cierre permite, por ejemplo, enlazar con las invenciones laborales contempladas» la Ley 11/1986, de 20 marzo, de Patentes²²⁰ o con las previsiones de la Ley de Propiedad Intelectual.

3. El peculiar derecho de libertad de expresión

A) Regulación

El punto 2 del art. 7 RD 1006/1985 establece que “los deportistas profesionales tendrán derecho a manifestar libremente sus opiniones sobre los temas relacionados con su profesión, con respeto de la Ley y de las exigencias de su situación contractual, y sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecerse en convenio colectivo, siempre que estén debidamente justificadas por razones deportivas”.

Este derecho no es más que la concreción en la relación laboral especial de los deportistas profesionales del derecho a la libertad de expresión recogido en el art. 20.1.a) CE²²¹; y esta concreción viene aconsejada por la realidad de la vida deportiva, de manera que no deja de ser un recordatorio de dicho derecho constitucional teniendo en cuenta que en el ámbito deportivo no son extrañas las prohibiciones impuestas por los clubes a sus deportistas en relación con la posibilidad de hacer declaraciones a los medios de comunicación. El carácter constitucional no implica que no existan limitaciones al mismo, sino que estas existen en virtud de lo establecido en el propio texto constitucional, a las que hay que añadir aquellas a las que expresamente hace referencia el propio art. 7.2 RD 1006/1985.

B) Limitaciones específicas

En primer lugar, este derecho se encuentra limitado por lo establecido en el art. 20.4 CE, precepto que, en relación con todos los derechos y libertades reconocidos y protegidos establece que “tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan, y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”. Dentro del ámbito deportivo, reseñar que

²²⁰ La regla general es que las invenciones que sean fruto de una actividad constitutiva del objeto del contrato de trabajo “pertenecen al empresario”, sin derecho a remuneración “suplementaria”; pero a partir de ahí surgen diversas excepciones y reglas particulares.

²²¹ Precepto constitucional reconoce y protege, entre otros, el derecho “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”.

además dicha limitación implica la necesidad de respetar no sólo el honor de las personas sino el del propio club o entidad deportiva.

En segundo lugar, este derecho puede verse restringido por limitaciones establecidas por una Ley. Así conviene particularmente citar las limitaciones derivadas de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el deporte, cuyo artículo 34.1 califica como infracción muy grave de las reglas del juego o competición o de las normas deportivas generales “los comportamientos y gestos agresivos y manifiestamente antideportivos de los deportistas, cuando se dirijan al árbitro, a otros deportistas o al público, así como las declaraciones públicas de directivos, administradores de hecho o de derecho de clubes deportivos y sociedades anónimas deportivas, técnicos, árbitros y deportistas que inciten a sus equipos o a los espectadores a la violencia de conformidad con lo dispuesto en los apartados primero y segundo del artículo 2 de esta Ley”²²².

²²² Este precepto recoge las definiciones de esta Ley, estableciendo como actos o conductas violentas o que incitan a la violencia en el deporte:

- “a. La participación activa en altercados, riñas, peleas o desórdenes públicos en los recintos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte organizados para acudir a los mismos, cuando tales conductas estén relacionadas con un acontecimiento deportivo que vaya a celebrarse, se esté celebrando o se haya celebrado.*
- b. La exhibición en los recintos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte organizados para acudir a los mismos de pancartas, símbolos, emblemas o leyendas que, por su contenido o por las circunstancias en las que se exhiban o utilicen de alguna forma inciten, fomenten o ayuden a la realización de comportamientos violentos o terroristas, o constituyan un acto de manifiesto desprecio a las personas participantes en el espectáculo deportivo.*
- c. La entonación de cánticos que inciten a la violencia, al terrorismo o a la agresión en los recintos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte organizados para acudir a los mismos. Igualmente, aquéllos que constituyan un acto de manifiesto desprecio a las personas participantes en el espectáculo deportivo.*
- d. La irrupción no autorizada en los terrenos de juego.*
- e. La emisión de declaraciones o la transmisión de informaciones, con ocasión de la próxima celebración de una competición o espectáculo deportivo, ya sea en los recintos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte públicos en los que se pueda desplazar a los recintos deportivos, en cuya virtud se amenace o incite a la violencia o a la agresión a los participantes o asistentes a dichos encuentros, así como la contribución significativa mediante tales declaraciones a la creación de un clima hostil, antideportivo o que promueva el enfrentamiento físico entre los participantes en encuentros o competiciones deportivas o entre asistentes a los mismos.*
- f. La facilitación de medios técnicos, económicos, materiales, informáticos o tecnológicos que den soporte a la actuación de las personas o grupos que promuevan la violencia, o que inciten, fomenten o ayuden a los comportamientos violentos o terroristas, o la creación y difusión o utilización de soportes digitales utilizados para la realización de estas actividades”.*

Por su parte, el apartado segundo contempla los actos racistas, xenófobos o intolerantes en el deporte:

- “a. La realización de actos en que, públicamente o con intención de amplia difusión, y con ocasión del desarrollo de una prueba, competición o espectáculo deportivo, o próxima su celebración, una persona física o jurídica emita declaraciones o transmita informaciones en cuya virtud una persona o grupo de ellas sea amenazada, insultada o*

En tercer lugar, este derecho también se ve limitado por las propias “exigencias de su situación contractual”, como establece el art. 7.2 RD 1006/1985. A este respecto reseñamos que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/1983 de 15 de diciembre establece que la libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues se encuentra sometido a los límites que el artículo 20.4 de la propia Constitución establece, y en concreto, a la necesidad de respetar el honor de las personas, que también como derecho fundamental consagra el artículo 18.1; además el art. 7 del Código Civil, establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”.

Y finalmente, en cuarto lugar, nos encontramos con otra limitación establecida por el propio art. 7.2 RD 1006/1985, al establecer respetarse “las limitaciones que puedan establecerse en convenio colectivo, siempre que estén debidamente justificadas por razones deportivas”. Esta limitación ha sido criticada por la doctrina puesto que la misma es discutible desde un punto de vista constitucional de manera que únicamente podrían justificarse limitaciones establecidas en convenio si las mismas concretan los límites constitucionales y

vejada por razón del origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

- b. Las actuaciones que, con ocasión del desarrollo de una prueba, competición o espectáculo deportivo o próxima su celebración, o en los recintos deportivos, en sus alrededores, o en los medios de transporte públicos en los que se pueda desplazar a los recintos deportivos, supongan acoso, entendiéndose por tal toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, geográfico o social, así como la religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.*
- c. Las declaraciones, gestos o insultos proferidos en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los mismos, que supongan un trato manifiestamente vejatorio para cualquier persona por razón de su origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, edad, sexo u orientación sexual así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución.*
- d. La entonación, en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los mismos, de cánticos, sonidos o consignas así como la exhibición de pancartas, banderas, símbolos u otras señales, que contengan mensajes vejatorios o intimidatorios, para cualquier persona por razón del origen racial, étnico, geográfico o social, por la religión, las convicciones, su discapacidad, edad, sexo u orientación sexual, así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución.*
- e. La facilitación de medios técnicos, económicos, materiales, informáticos o tecnológicos que den soporte, inciten o ayuden a personas o grupos de personas a realizar en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los mismos, los actos enunciados en los apartados anteriores.*
- f. La facilitación de medios técnicos, económicos, materiales, informáticos o tecnológicos a las personas y grupos que promuevan los comportamientos racistas, xenófobos e intolerantes en el deporte, así como la creación y utilización de soportes digitales con la misma finalidad”.*

legales del derecho a la libertad de expresión, de manera que han de ser consideradas nulas todas las disposiciones dictadas unilateralmente por clubes o entidades deportivas que contemplen alguna limitación de este derecho más allá de las previstas en la propia Constitución y en las Leyes de desarrollo²²³.

C) El caso de la STC 6/1995

Los límites referidos se ponen de manifiesto en la Sentencia del TC n. 6/1995, de 10 de enero, al resolver el recurso de amparo contra el Club Deportivo Tenerife SAD, interpuesto por un jugador que fue sancionado por el Club en virtud de sus normas internas²²⁴; que a juicio del Tribunal si bien éstas no son pactadas, se han de entender como una manifestación del poder de dirección empresarial con carácter obligatorio para los trabajadores, siempre salvaguardando que sean conformes a la buena fe y no contravengan norma alguna, teniendo una eficacia supletoria respecto al Convenio Colectivo. En consecuencia, las normas internas del C.D. Tenerife recogían las sanciones que eran susceptibles de imponer al jugador, y a ellas debieron acudir los órganos judiciales para la valoración y graduación en la resolución del procedimiento de impugnación por la que se dilucidara la procedencia o no de dicha sanción, y previa tramitación del oportuno expediente disciplinario²²⁵;

²²³ Respecto a la libertad de expresión, el art. 36 del Convenio Colectivo del Balonmano Profesional establece que los balonmanistas Profesionales tendrán derecho a manifestar libremente su pensamiento sobre cualquier materia y, en especial, sobre los temas relacionados con su profesión, sin más limitaciones que las derivadas de la Ley y el respeto a los demás”. Por su parte, el Convenio Colectivo para la actividad del Ciclismo Profesional en su artículo 33 dispone que los ciclistas profesionales tendrán derecho a manifestar libremente su pensamiento sobre cualquier materia y, en especial, sobre los temas relacionados con su profesión, sin más limitaciones que las derivadas de la Ley y el respeto al buen nombre e imagen de compañeros de profesión, técnicos, directivos, equipos, patrocinadores y marcas relacionadas con los equipos, medios de comunicación y personal oficial de las competiciones. El Convenio Colectivo para la actividad de Baloncesto Profesional preceptúa en su art. 36 que las jugadoras profesionales tendrán derecho a manifestar libremente su pensamiento sobre cualquier materia y, en especial, sobre los temas relacionados con su profesión, sin más limitaciones que las derivadas de la Ley y el respeto a los demás”. En el mismo sentido, el art. 39 del Convenio Colectivo para la actividad del Fútbol Profesional preceptúa que “los Futbolistas Profesionales tendrán derecho a manifestar libremente su pensamiento sobre cualquier materia y, en especial, sobre los temas relacionados con su profesión, sin más limitaciones que las que se deriven de la Ley y el respeto a los demás”. De igual manera se recoge este derecho en el Convenio Colectivo del Fútbol Sala, concretamente en su art. 27. Por su parte, el Convenio Colectivo de Trabajo ACB-ABP para la actividad del Baloncesto Profesional, aprobado por Resolución de 6 de Octubre de 2014, BOE de 17/10/2014, no recoge expresamente este derecho aunque en su Anexo 3, contempla el Reglamento General de Régimen Disciplinario califica como falta grave “la realización de declaraciones injustificadas y gravemente falsas, injuriosas o maliciosas contra la ACB y el Club o SAD, así como contra sus patrocinadores, directivos, técnicos o jugadores, dejando en todo caso a salvo el derecho a la libertad de expresión consagrado en la Constitución Española”.

²²⁴ La sanción se realizó al amparo de las normas de régimen interno del club, ante ausencia de tipificación sobre los hechos en el convenio colectivo. El art. 7 de las normas de régimen interno del Club establecía que en las relaciones con los medios de comunicación se adoptaría siempre una actitud correcta y comprensiva, eludiendo realizar declaraciones o manifestaciones que impliquen menoscabo, animadversión, insulto o desprecio a Federativos, Directivos, Árbitros, Entrenadores, Empleados y Jugadores, tanto de este Club como de cualquier otro, disponiendo que en todo momento se evitaría realizar comentarios sobre la relación contractual con el Club, de las decisiones en materia disciplinaria.

²²⁵ El art. 17 RD 1006/1985, establece que los incumplimientos contractuales del deportista podrán ser sancionados por el club o entidad deportiva según su gravedad y que todas las sanciones ...

en este punto recordar que la sanción tiene su origen en unas declaraciones efectuadas a medios de prensa que contenían expresiones que a juicio del Club, expresaban menosprecio y animadversión a los directivos del Club²²⁶. A juicio del TC para evaluar la ponderación entre los derechos del jugador y los del Club para el que, es preciso recordar que, el criterio ya manifestado por el que se establece que el derecho a la libertad de expresión no es ilimitado, debiendo coordinarse con otros valores, entre ellos, los enunciados en el párrafo cuarto del art. 20 CE. Esta regla general, habrá de enmarcarse en las connotaciones del contrato de trabajo, cuando una de las partes realiza las manifestaciones respecto de la otra, pues la existencia de una relación contractual entre trabajador y empresario genera un complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona, junto con otros, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de modo que manifestaciones que en otro contexto pudieran ser legítimas, no tienen por qué serlo necesariamente en el ámbito de dicha relación (STC 120/1983, fundamento jurídico 2º). La buena fe intercurrente entre ambas partes de la relación se erige, así, en un límite adicional al ejercicio del derecho, inherente al contrato (STC 6/1988, fundamento jurídico 4º), fuera del cual aquél puede devenir ilegítimo. Establece la resolución que “no debe, , olvidarse la trascendencia del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales de la persona que, en cuanto titular de éstos, la acompañan en todas las facetas de la vida, también en el seno de la relación laboral (STC 88/1985) y de las organizaciones productivas. Así, por la STC 99/1994, se proclama que la relación laboral tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la vida humana a los poderes empresariales y a los requerimientos de la organización productiva, no bastando con la sola afirmación del interés empresarial (para comprimir los derechos fundamentales del trabajador) dada la posición prevalente que éstos alcanzan en nuestro ordenamiento jurídico.

Concretando esta doctrina y aplicándola al caso, la sentencia reseña que no pueden dejar de acogerse los argumentos del Ministerio Fiscal, pues las declaraciones del actor –con independencia de algún término malsonante que, sin embargo, no añadía lesividad adicional a aquéllas– tenían un tono claramente neutro, que en modo alguno podía considerarse ofensivo para el Club, dado que sólo ponían de manifiesto el descontento del actor con el desenvolvimiento de su relación contractual. Con este alcance, no era posible apreciar que se comprometiese ningún interés del empresario, legítimo y acreditadamente imprescindible para el normal desenvolvimiento de la actividad productiva, y, por ende, que hubieran causado el daño específico que se requiere en nuestra jurisprudencia para entender excedidos los

impuestas serán recurribles ante la Jurisdicción Laboral; preservando a los convenios colectivos para la graduación de faltas y sanciones, que podrán comprender sanciones pecuniarias como consecuencia de los incumplimientos; haciendo saber que en ningún caso podrán imponerse sanciones por actuaciones o conductas extradeportivas, salvo que estas repercutan grave y negativamente en el rendimiento profesional del deportista o menoscaben de forma notoria la imagen del club. Asimismo impide la imposición de sanción que consista en reducción del tiempo de descanso o de las vacaciones.

²²⁶ 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, establece en su artículo 7.7 que se considerarán intromisiones ilegítimas la manifestación de juicios de valor a través de expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, y ello, siempre y cuando, se entendiera que aquellas manifestaciones realizadas a los diarios resultaron lesivas para los miembros de la junta directiva del club, lo cual es discutible.

límites del razonable ejercicio de la libertad de expresión en el desenvolvimiento de la relación laboral (SSTC 120/1983, fundamento jurídico 3º, 88/1985, fundamentos jurídicos 2º y 3º). Como expresa con acierto el Ministerio Fiscal, el sensacionalismo de los titulares de prensa; la personalización de las declaraciones, no alcanza a eliminar esta elemental realidad del contenido y del tono, no ofensivo en que se realizaron. Adicionalmente, concurría un factor adicional de legitimación de la conducta del actor, que era la peculiar naturaleza de su trabajo, la repercusión pública que alcanzan las figuras de los deportistas profesionales, que hacía que cualquier circunstancia o vicisitud de la contratación del actor fuese, de por sí, una materia noticiosa, de interés para los aficionados al deporte (SSTC 105/1983; 6/1988), que otorgaban a sus declaraciones una trascendencia por la que los derechos y obligaciones de la relación laboral quedaban relegadas a un segundo plano informativo. Así, y por lo expuesto el TC entiende que se ha producido una vulneración del derecho a la libertad de expresión por la sanción que en su momento se le impuso y por las resoluciones judiciales que la confirmaron, estimándose, el amparo.

Cabe concluir en atención al análisis de los argumentos del TC, que los derechos fundamentales de los trabajadores priman sobre el interés del empresario existiendo una ausencia de daño específico al Club o a sus representantes por el ejercicio de este derecho; debiendo reseñar de particularmente cómo queda en superior de preeminencia la trascendencia pública de los hechos sobre las obligaciones laborales. Sólo cabe añadir que en ausencia de convenio colectivo, las normas de régimen interno o las órdenes específicas sobre esta materia, como sobre otras de esta índole, pueden ser consensuadas con carácter previo, a la firma del contrato, donde no habrá tensiones ni divergencias, y donde, a buen seguro, se acordarán con la lógica consecuencia de cumplimiento y sin necesidad de sometimiento a control judicial.

4. El derecho de imagen y su remuneración

La Ley Orgánica 1/1982 (art. 2 en conexión con el art. 7, apartados 5 y 6, y art. 8.2) estructura los límites del derecho a la propia imagen en torno a dos ejes: la primera, salvaguardar la esfera reservada que la propia persona haga para sí y su familia conforme a los usos sociales; y, de otra parte, la relevancia o el interés público de la persona cuya imagen se reproduce o de los hechos en que participa, como protagonista o como elemento accesorio, siendo ésta una excepción a la regla general citada, pues recorre en paralelo el derecho a la propia imagen con la esfera privada guardada para sí por su titular.

No puede deducirse del art. 18 CE, que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas a permanecer en el anonimato. Pero tampoco el anonimato, como expresión de un ámbito de reserva especialmente amplio, es un valor absolutamente irrelevante, quedando desprotegido el interés de una persona a salvaguardarlo impidiendo que su imagen se capte y se difunda. Deben apreciarse, en este caso, como en todos los de colisión de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, los intereses en presencia, mediante una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes. Es en esta perspectiva donde ha de situarse la valoración del alcance del derecho a la propia imagen como factor legitimador de la negativa del trabajador a obedecer la orden empresarial.

A) Dimensión patrimonial de la imagen

Según establece el art. 7.3 RD 1006/1985, en la participación en los beneficios que se deriven de la explotación comercial de la imagen del deportista se estará a lo que disponga el convenio colectivo, o al pacto individual de las partes, realizando la salvedad de la contratación que pudiera producirse con empresas o firmas comerciales. A lo largo de la exposición hemos referido los derechos de imagen de los deportistas profesionales en el conjunto de las retribuciones salariales que perciben pues estas cantidades percibidas por estos derechos han sido considerados de forma contundente como salario. Haremos ahora un análisis de estos derechos desde la perspectiva de su contenido patrimonial.

Teniendo en la mercantilización que ha transformado a los deportistas profesionales en *personas anuncio* que se encuentran obligados a vestir una determinada indumentaria de una determinada marca, o portar una serie de vehículos o complementos personales que son los que patrocinan al equipo; o a posar con el soporte publicitario que por el club se indique; o a realizar las comparencias públicas, ruedas de prensa, o entrevistas bajo el marco de una concreta publicidad, o la obligatoriedad de portar publicidad específica en sus entrenamientos o partidos, o a participar en determinados actos públicos organizados por la entidad deportiva con la publicidad que se le ordene, obliga a preguntarnos hasta qué punto puede ser explotada por el club o entidad deportiva la imagen de aquellos deportistas a sus órdenes en virtud de la relación contractual o por el contrario, cuándo puede considerarse que la explotación de estos derechos de imagen no pueden ser considerados incursos en el contrato, toda vez que la relación laboral entre el club o entidad deportiva y el deportista no incluye la libre disponibilidad o explotación por parte del primero de la imagen del segundo, al menos no ha sido recogido así expresamente hasta un tiempo muy reciente.

B) Imagen y derecho a la intimidad

Otra cuestión ínsita con este derecho lo supone el derecho de imagen como derecho de la intimidad personal, familiar y de la propia imagen, así el Tribunal Supremo, Sala 1ª, en su Sentencia de 9 de mayo de 1988, establece el llamado derecho a la imagen, como el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin su consentimiento, proclamando que la violación del mismo comporta un atentado contra los derechos fundamentales de la persona que puede desencadenar el mecanismo reparador de los daños morales que tal violación lleva consigo. Así la Sala recoge que nuestro ordenamiento jurídico ha reconocido expresamente este derecho, con el rango de fundamental, al proclamar el *art. 18.1 de la Constitución* la garantía del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

De igual forma, el TS en sentencia de idéntico sentido la doctrina de esta Sala 1ª, en sentencia de 11 de abril de 1987 establece que prevalece el derecho a la intimidad e imagen frente a la libertad de información, debiendo ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso, reconociendo la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, la facultad de evitar su reproducción, en tanto que se trata de un derecho de la personalidad, proclamando que la reproducción indiscriminada y sin autorización de la persona a la que pertenezca la imagen reproducida originará un derecho al resarcimiento, pretensión que ha encontrado su normativa de aplicación, la *Ley Orgánica de 5 de mayo de*

1982, que tutela el Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; así, así dicha norma establece en su art. 8.2 que el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

Por otra parte, se puede entender que es posible que por el carácter público de la persona su imagen se reproduzca sin su consentimiento, únicamente legítima su captación, reproducción o publicación a fines de mera información, pero nunca podrá explotar para fines publicitarios o comerciales, y todo porque por cuanto resulta lógico concluir que un derecho fundamental como es el derecho a la protección de la propia imagen, como parece también desprenderse del tenor literal del *n.º 1.º del mismo art. 8 de la repetida Ley de 1982*, cuando establece que no reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante, precepto que ha sido interpretado por la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencia de 26 de noviembre de 1984 en el sentido de que la ley sólo puede autorizar las intromisiones “por imperativo de interés público”, y que viene, por tanto, a exigir, con carácter general, para que el derecho fundamental a la imagen ceda ante otro derecho que legitime la intromisión producida, la existencia de un interés público, que se halla muy distante de subyacer en el mero interés crematístico de quien, con el propósito de obtener un beneficio económico, acomete la explotación publicitaria o comercial de la reproducción o difusión de la imagen de un tercero, procediendo, además, sin consentimiento del mismo.

C) La doctrina constitucional genérica

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 11 de abril de 1994, sobre la posible vulneración del derecho reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución en el ámbito de una relación laboral, establece que el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, quien no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada (STC 88/1985); siendo necesaria la adaptabilidad de los derechos del trabajador a los requerimientos de la organización productiva en que se integra, y en la apreciada razonabilidad de éstos, cuando las manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas, no lo son, cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral (SSTC 73/1982; 120/1983; 19/1985; 170/1987; 6/1988; 129/1989 ó 126/1990, entre otras). Así, cabe valorar el alcance del derecho a la propia imagen, invocado por el trabajador como justificación de su negativa a la orden del empresario.

El derecho a la propia imagen, consagrado en el art. 18.1 CE junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor, contribuye a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros. Sólo adquiere así su pleno sentido cuando se le enmarca en la salvaguardia de “un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STC 231/1988, Fundamento Jurídico 3º). Una valoración teleológica que, por lo demás,

también ha prevalecido cuando se ha analizado la proyección del derecho en cuestión sobre la relación individual de trabajo (STC 170/1987, Fundamento Jurídico 4º). Calificado así, es evidente que el primer elemento a salvaguardar sería el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo. En este contexto, la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia –y previa– conducta de aquél o las circunstancias en que se encuentra inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél.

Esta estricta vinculación con la salvaguardia de la intimidad, y la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, hace que la dimensión constitucional quede restringida a este concreto ámbito de natural reserva de la propia esfera íntima. Sus numerosas vertientes colaterales quedan, pues, remitidas a lo que al respecto establezca la legalidad ordinaria: los efectos indemnizatorios de los daños eventualmente causados; de los estrictamente sancionadores; o, de los derechos patrimoniales que puedan corresponder a la persona cuya imagen se reproduce en los supuestos en que ésta sea explotada comercialmente.

D) Casuismo: usos y convenciones

La cuestión, respondida implícitamente en sentido negativo por los Tribunales de instancia, es si en el seno de la relación de trabajo, resultaba exigible al trabajador someterse a una restricción, incluso no expresamente mencionada en la Ley como ilegítima, de su derecho a la propia imagen. Planteado así el tema, su tratamiento se traslada desde el art. 8 hasta el 2 de la Ley Orgánica 1/1982, en cuanto regulador del ámbito general del derecho fundamental en cuestión. Dicho precepto establece, como ya se ha anticipado, que la tutela del derecho a la propia imagen, entre otros, quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. Esto circunscribe la tutela del derecho (y, por exclusión, el propio ámbito de éste) a la posición que el sujeto se ha fijado en el marco social y a la reserva que, en este mismo marco, le es razonable exigir en atención a los criterios sociales dominantes. Así, al venir propiciada la intromisión desde el seno de la relación de trabajo, procede matizar el juego de la regla general.

La relación laboral, en cuanto tiene como efecto típico la sumisión de ciertos aspectos de la actividad humana a los poderes empresariales, es un marco que ha de tomarse en forzosa consideración al valorar hasta qué punto ha de producirse la coordinación entre el interés del trabajador y el de la empresa que pueda colisionar con él. Un marco que también ha contribuido a crear la voluntad del propio trabajador, en cuanto que encuentra su origen en un contrato, por especial que éste pueda ser.

Así las cosas, resulta de interés esencial la toma en consideración del propio objeto del contrato, y la medida en que éste exigía, o podía entenderse que exigía, conforme a las exigencias de la buena fe, la limitación del derecho fundamental para el cumplimiento y la satisfacción del interés que llevó a las partes a contratar. Todo ello porque es claro que existen actividades que traen consigo, con una relación de conexión necesaria, una restricción en el derecho a la imagen de quien deba

realizarlas, por la propia naturaleza de éstas, como lo son todas las actividades en contacto con el público, o accesibles a él. Cuando ello suceda, quien aceptó prestar tareas de esta índole, no puede luego invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización, si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) o de intimidad de ésta. La cuestión, ahora, es si, por la naturaleza del trabajo contratado, podemos considerar que las tareas encomendadas al trabajador implicaban la necesaria restricción de su derecho de tal suerte que pudiera entenderse que era la propia voluntad del trabajador –expresada al celebrar el contrato– la que legitimaba las que pudieran exigírsele en el futuro.

E) Imagen en el ámbito deportivo o fuera del mismo

Al amparo de estos posicionamientos jurisprudenciales, tal y como entiende Roqueta Buj, debemos distinguir entre la imagen del deportista profesional dentro del ámbito de las actuaciones deportivas y la imagen del deportista profesional fuera del ámbito deportivo. Esta distinción resulta sobre todo trascendental al considerar las percepciones económicas obtenidas como salariales o no, tal y como ya se puso de manifiesto al referirnos a los conceptos salariales, de manera que ha de concluirse que en cualquier caso, el deportista profesional tiene derecho a obtener una participación en los beneficios que se deriven de la explotación comercial de su imagen ya sea como salario o como percepciones extrasalariales en función de si se ha cedido o no, en este último caso, la explotación de los derechos de imagen fuera del ámbito deportivo al club o entidad deportiva²²⁷.

²²⁷ El Convenio Colectivo de Balonmano Profesional establece que *los conceptos salariales que constituyen la retribución de un jugador profesional de balonmano son: sueldo mensual, Gratificaciones extraordinarias, primas de fichaje, Primas Especiales, Primas de partido y, en su caso, Derechos de explotación de Imagen*. Por su parte, el Convenio colectivo para la actividad del ciclismo profesional prescinde de la expresión “en su caso” al establecer en su art. 17 que los conceptos salariales que constituyen la retribución de un ciclista profesional lo constituyen su sueldo mensual, los derechos de imagen, las pagas extraordinarias y la ficha o prima de contratación. Sin embargo, sí incluye dicha expresión el art. 20 del Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional, que establece que los conceptos salariales que constituyen la retribución de un Futbolista Profesional son: Prima de Contratación o Fichaje, Prima de Partido, Sueldo Mensual, Pagas Extraordinarias, Plus de Antigüedad y Derechos de Explotación de Imagen en su caso”. Mención especial merecen tanto el Convenio Colectivo del Fútbol Sala como el Convenio colectivo para la actividad de baloncesto profesional de la Liga Femenina, puesto que el primero de ellos contempla la diferencia entre derechos de imagen individuales y derecho de imagen colectivos y el segundo únicamente hace referencia a los segundos. El Convenio Colectivo del Fútbol Sala art. 18.3 regula que los derechos de imagen individuales son aquellos que se refieren directamente a la imagen del jugador como persona (su intimidad) o a su imagen como deportista en general (es decir, vistiendo deportivamente y apareciendo ante el público fuera del horario laboral, siempre y cuando no lleve los distintivos e indumentaria del club o entidad con el que tiene suscrito contrato, ni cualquier otra que pueda provocar confusión con aquéllos), mientras que los derechos de imagen colectivos, art. 18.4, son aquellos en los que la imagen del jugador aparece relacionada con el equipo al que pertenece en competición oficial, vistiendo la indumentaria del mismo, o cuando participe en actos públicos organizados por el club o entidad o por la LNFS. El Convenio colectivo para la actividad de baloncesto profesional de la Liga Femenina en su art. 24.7 califica los derechos de imagen colectivos como la cantidad estipulada entre las partes como retribución por la cesión de los derechos de imagen colectivos, contemplando que salvo disposición legal en contrario dicha cuantía no tendrá naturaleza salarial. El tratamiento de los derechos de imagen en el Convenio Colectivo de baloncesto profesional ACB, lo trata de forma especial.

Dentro de la esfera deportiva, se puede entender que con el contrato de trabajo se produce una cesión de la imagen y que el deportista profesional asume que su imagen. El derecho de imagen, como derecho fundamental reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución, abarca múltiples facetas, como pueden ser la asistencia del deportista a reuniones, manifestaciones, actos públicos, convenciones, uso de la imagen, la voz y el nombre del deportista con fines publicitarios, comerciales y de promoción, etc; esta vertiente de la imagen del deportista no podemos entenderla cedida, de forma implícita al club o entidad deportiva, en virtud del contrato de trabajo, pues la misma, a nuestro juicio, excede el ámbito deportivo, y por tanto su explotación corresponde al propio deportista, salvo que expresamente la haya cedido al club o entidad deportiva que contrata sus servicios.

F) Regulación mediante convenio colectivo

El Convenio Colectivo de Trabajo para la Actividad del Baloncesto Profesional ACB, en su Anexo 2, denominado *Documento de oferta*, contempla de forma más pormenorizada que el resto de los Convenios colectivos, el régimen de explotación de los derechos de imagen, estableciendo bajo un contrato tipo las retribuciones derivadas de la explotación de derechos de imagen con el distingo de si la retribución se realiza al jugador o a una sociedad y estableciendo de forma expresa que los importes de la oferta se consignarán en bruto.

G) Carácter salarial

Respecto a los derechos de imagen la doctrina se ha establecido por la Sala de lo Social del TS que ha centrado la casuística de los emolumentos con soporte en la calificación jurídica y las connotaciones fiscales, realizando un llamamiento a la autonomía propia del Derecho Tributario y del Derecho del Trabajo, estableciendo, sin embargo, que no pueden desconocerse los eventuales puntos de conexión que permiten mantener la unidad del Ordenamiento jurídico, y a su juicio, aun cuando el legislador lleve a cabo de forma autónoma la definición de los conceptos sobre los que se asienten las normas de cada una de tales ramas del Derecho, habrá que preservar unos mínimos de congruencia y coherencia interna de todo el Ordenamiento. A su juicio, y respecto a la consideración del salario y la calificación del mismo como rendimientos del trabajo, por la referida Sala de lo Social, se acude en su resolución realizada por la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, sentada tanto en relación con la obligación de los Clubes de fútbol de efectuar retenciones a cuenta del IRPF por dichas cantidades, como con la imposibilidad de descontarse el IVA por los pagos efectuados a sociedades terceras, y de la que se pueden extraer los criterios siguientes:

1. - Los pagos por derechos de imagen de los jugadores efectuados a una entidad o sociedad tercera se presumen remuneración del futbolista (con la calificación fiscal de rendimientos del trabajo) –STS/3ª 18 noviembre 2009 (RJ 2010, 261) (rec. 6446/2003, Real Madrid), 19 julio de 2010 (RJ 2010, 3769) y 4 noviembre 2010 (RJ 2010, 5588) (rec. 4396/2007 y 2080/2007, Valencia CF) y 28 enero 2011 (RJ 2011, 1133) (rec. 4201/2007, Real Madrid)–.

2. - Constando la cesión de la explotación de los derechos de imagen en el propio contrato de trabajo a favor del club, no cabe dudar de su naturaleza salarial –STS/3ª 1 julio 2008 (rec. 5296/2001, FC Barcelona) y 2 febrero 2011 (RJ 2011,513) (rec. 1225/2006, Real Zaragoza) –.

3. - Tales cantidades son rentas del trabajo aun cuando fueran satisfechas a una sociedad –STS/3ª 26 noviembre 2009 (rec. 1278/2004, RDC (RCL 2008, 502) Español) y 28 enero 2011 (RJ 2011, 919) (rec. 3213/2007, Real Madrid)–.

Se concluye que la cantidad reclamada por derechos de imagen, ha de considerarse retribución de carácter salarial, pese a la designación de un tercero para el percibo de la misma; por cuanto habrá que estar a los derechos de imagen cedidos al club directamente por el propio jugador, debiendo negar que la utilización a posteriori por parte del club de una sociedad instrumental –cuya titularidad se desconoce– altere los términos de la relación laboral y de las verdaderas obligaciones que de ella nacían.

A su juicio se refuerza el argumento a favor de la calificación salarial de las cantidades reclamadas, dado que el art. 2.3.10 de la Ley 13/1996 (rcl 1996, 3182), estableció un sistema de imputación de rentas por la cesión de derechos de imagen, en vigor desde 1 de julio de 1997, según el cual, se exige la tributación por todo lo percibido en concepto de derecho de imagen como renta del trabajo, cuando por aquel concepto se ingrese más del 15% de los ingresos del futbolista, integrándose dicha disposición en el art. 76 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (RCL 1998, 2866), del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, suponiendo una acomodación de la legislación tributaria a la laboral, tal y como la cuestión se regula en el RD 1006/1985 (RCL 1985, 1533).

Establece el TS la competencia de la jurisdicción del orden social para la reclamación de los derechos de imagen, declarando la nulidad de la sentencia del TSJ de Galicia, previo pronunciamiento de la atribución *ex lege* de los rendimientos al futbolista que no hace más que confirmar y abundar en la doctrina que expresamente cita, de la STS/3ª de 16 abril 2012 (RJ 2012, 4466) -rec. 2659/2008, “asunto Suker”.

5. Ordenación del tiempo de trabajo

La ordenación del tiempo de trabajo es materia muy relevante pues buena parte de los deberes del trabajador como contribuir a la defensa de la productividad [art. 5.e ET] o cumplir con diligencia sus obligaciones [art. 5.a ET], así como sus derechos al descanso o a la integridad [art. 4.2.d ET] se conectan estrechamente con esta materia.

Seguidamente se expone el régimen común, trazando a partir de él un contraste para mejor comprender el alcance de las especialidades.

A) Jornada

Medida capital del trabajo prestado es la jornada, entendida como tiempo trabajado a lo largo de una unidad cronológica convencional (día, semana, mes, año). Se trata de materia en la que art. 40.2 CE pide a los poderes públicos que lleven a cabo una “limitación”, aunque la forma de progresar en tal sentido no es unívoca.

a. Jornada máxima

En principio, la duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo (art. 34.1 ET), pero su duración máxima *será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual*, lo que equivale a 1826 horas anuales (si todas las semanas se trabajaran las 40

horas, distribuidas de modo homogéneo en cinco días y medio, descontando vacaciones, festivos y días de descanso semanal no incluidos en éstas).

Mientras eso sucede, nada impide que un mismo trabajador esté contratado a tiempo completo en una empresa y mantenga otra relación laboral diversa (incluso también a tiempo completo)²²⁸. Tampoco hay en el Estatuto una conexión clara entre los conceptos de jornada (actividad a lo largo de una unidad cronológica) y de horario (tiempo exacto durante el que cada día ha de trabajarse); suele pensarse que la jornada es la que condiciona al horario²²⁹ (y no al revés), de manera que eventuales disparidades se resuelvan haciendo prevalecer la jornada establecida, aunque para ello tengan que sufrir alguna modificación los horarios anteriormente marcados²³⁰.

La referencia al trabajo “*efectivo*” muestra la voluntad de que no se computen como integradas en la jornada de trabajo aquellas fases o etapas durante las cuales no se presta materialmente actividad (descansos, suspensiones, pausas, etc.) aunque sí ha de computarse (a efectos del tope máximo de trabajo semanal promediado) todo el tiempo de presencia en el centro de trabajo y a disposición del empleador²³¹. Como dispone el art. 34.5 ET, “el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo”. El precepto quiere impedir que se tenga como tiempo de trabajo todo aquel conducente a tomarlo o dejarlo materialmente: desplazamientos, actos preparatorios, cambio de indumentaria, actos de control mediante firma o “fichaje”, traslado dentro de la empresa desde el garaje donde están los vehículos a la sede de la unidad y regreso²³², descansos, interrupciones no imputables al empresario, ausencias o impuntualidades, etc.

b. Jornada irregular

Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores se podrá establecer la duración irregular de la jornada a lo largo del año²³³.

²²⁸ El juego de las sucesiones empresariales puede explicar que acaezcan situaciones tan peculiares como la de la empresa que ha de asumir a un trabajador de quien ya era empleador a tiempo completo, viniendo a existir en tal caso dos contrataciones paralelas que superan el tope de jornada legal y convencional; aunque parece muy anómalo el resultado, la jurisprudencia entiende que procede la subrogación de la nueva adjudicataria de la contrata, con plenitud de efectos, aunque el trabajador viniera ocupando dos puestos diferentes, al amparo de dos contratos distintos (uno de ellos con la nueva contratista), y la suma de ambos contratos, antes con distintas empresas, supere el máximo de la jornada laboral establecida legal y convencionalmente: STS de 1 junio 2012 (RJ 2012, 8324; tiene Voto Particular).

²²⁹ Suele pensarse que la jornada posee mayor relevancia porque determina nítidamente el número de horas que se han de trabajar; de ahí que las eventuales colisiones deban resolverse respetando la jornada establecida, aunque para ello tengan que sufrir alguna modificación o padecimiento los horarios anteriormente marcados; sólo podría, en tales casos, mantenerse el predominio o preferencia del horario sobre la jornada, si así se dispusiese en norma legal o convenida, o así se hubiese estipulado en el correspondiente pacto (SSTS 22 julio 1995 [RJ 1995\6325] y 26 junio 1998 [RJ 1998, 5789]).

²³⁰ En tal sentido, SSTS 22 julio 1995 (RJ 1995, 6325) y 26 junio 1998 (RJ 1998, 5789).

²³¹ STS 12 noviembre 2002 [RJ 2003, 2325].

²³² STS 12 diciembre 1994 (RJ 1994, 10089).

²³³ No se pierda de vista que: a) el ET permite que el empleador imponga unilateralmente cierta flexibilidad; b) los cambios que afecten a las previsiones de un convenio estatutario han de seguir el régimen de la inaplicación contemplado en el art. 82.3 ET, y no el de la modificación

La Reforma de 2012 (retocada por el RDL 16/2013) estableció que en defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo, si bien dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla. A su vez, la compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan²³⁴.

c. Limitaciones diarias

* DESCANSO ENTRE JORNADAS.- Garantía importante es la que dispone que entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente medien, como mínimo, doce horas; ello, sin perjuicio de que existan reglas especiales para determinados sectores de actividad²³⁵.

* TRABAJO ORDINARIO.- Adicionalmente, el número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas. Las nueve horas diarias son (desde la reforma de 1994) superables para la autonomía colectiva; en los demás casos ello significa que la décima hora trabajada (para la misma empresa, pese al silencio estatutario) será siempre extraordinaria (cfr. comentario al art. 35.1)²³⁶.

* PAUSA POR BOCADILLO.- Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un período de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos²³⁷. Aunque en el precepto nada se dice de la pausa para tomar “el bocadillo” éste es nombre utilizado en múltiples convenios²³⁸. El descanso debe disfrutarse necesariamente en algún momento intermedio de la jornada, como corresponde a su naturaleza de interrupción de la

sustancial; c) hay convenios que legitiman la alteración del horario previsto en ellos con arreglo a unas reglas propias.

²³⁴ Hasta la aprobación del RDL 16/2013 la distribución irregular de la jornada tenía como marco el año, lo que impedía trasvases de horas y descansos compensatorios de un año para otro.

²³⁵ El art. 2º del RD 1561/1995 advierte que las reducciones del descanso entre jornadas, admitidas a propósito de los supuestos de ampliaciones allí especificados, han de compensarse “en la forma que se determine mediante acuerdo o pacto”, sin perjuicio de que los convenios colectivos autoricen su disfrute acumulado al de las vacaciones. De entre los diversos supuestos excepcionados de la regla general destaca el de quienes trabajan intermitentemente, en el sector servicios, a lo largo del día: en tal caso el descanso garantizado se reduce a nueve horas (art. 22 del RD 1561/1995).

²³⁶ Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos.

²³⁷ En el caso de los trabajadores menores de dieciocho años, el período de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media.

²³⁸ Las sentencias aluden al mismo con naturalidad; por ejemplo, STS de 3 junio 1999 (RJ 1999, 5064).

actividad con la finalidad de recuperarse de la fatiga y reanudarla en mejores condiciones físicas, pero no al principio ni al final de aquélla, porque en tal caso no se trataría ya de un descanso, sino de una simple reducción de jornada²³⁹. La remuneración devengada es la misma que durante los períodos de descanso computables como de trabajo a que se refiere el art. 26 ET y no incluye otro tipo de remuneraciones esencialmente vinculadas a la efectividad productiva o de estricta actividad laboral²⁴⁰. Las facultades de dirección y organización del empresario son incompatibles con el derecho a no trabajar, por lo que el impedir al trabajador salir del lugar de trabajo para disfrutar del derecho al descanso, desnaturaliza el mismo²⁴¹.

d. Calendario

Conforme al artículo 34.6 RT “*anualmente se elaborará por la empresa el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo*”. Pese al silencio normativo sobre el tema podría pensarse que el horario debe reflejarse en el calendario laboral elaborado por la empresa²⁴²; sin embargo, el Estatuto de los Trabajadores “no obliga a la publicación de los horarios”, la cual sólo era exigible en función del derogado artículo 4 del RD 2001/1983²⁴³.

La facultad para elaborar el calendario corresponde al empresario, como una manifestación más de su poder de dirección²⁴⁴ y constituye, además, una obligación para el mismo²⁴⁵. Cuando el convenio impone que el horario de trabajo ha de pactarse, es nulo el calendario aprobado por la empresa sin acuerdo y albergando aquella distribución del tiempo de trabajo²⁴⁶. Cuando la empresa ha elaborado, ella misma, el calendario por haber fracasado la negociación, lo que habrá de hacer el órgano judicial es determinar “si fue razonable y legalmente imprescindible o arbitrario y sin contenido y motivación protegible”²⁴⁷.

A fin de controlar el modo en que se ejerce tal competencia patronal el ordenamiento pide que los representantes de los trabajadores sean consultados y que emitan informe “con carácter previo a la elaboración del calendario laboral”²⁴⁸. Contra lo creído en muchos casos, el calendario no tiene que ser visado por la Autoridad Laboral (la creencia errónea arranca de la primigenia versión del art. 34 y del tenor del art. 4.3 del también derogado RD 2001/1983).

e. Derechos de conciliación

De modo genérico, el artículo 34.8 ET dispone que el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer

²³⁹ STS 6 marzo 2000 [RJ 2000, 2598].

²⁴⁰ Así lo advierten SSTS 14 febrero y 23 marzo 1992 (RJ 1992, 990 y 1865); 10 junio 1993 (RJ 1993, 5663). En consecuencia, no procede abonar el complemento de nocturnidad (STSJ Madrid 21 febrero 2000 [AS 2000, 685]).

²⁴¹ Cosa distinta es que los trabajadores cometan abusos o excesos en el disfrute del derecho, en cuyo caso aquél podrá adoptar las medidas de control y vigilancia oportunas (STSJ País Vasco 7 octubre 1997 [AS 1997, 3162]).

²⁴² En tal sentido, por ejemplo, STSJ La Rioja 30 mayo 2000 (AS 2000, 2209).

²⁴³ En este sentido, SSTS 18 septiembre 2000 (RJ 2000, 8297) y 24 enero 2003 (RJ 2003, 3202).

²⁴⁴ STS 24 enero 2003 [RJ 2003, 3202].

²⁴⁵ STS 8 junio 1994 [RJ 1994, 5412].

²⁴⁶ De manera razonada, STS 17 mayo 2011 (RJ 2011, 4979).

²⁴⁷ STSJ Navarra 21 julio 2005 [AS 2005, 2604].

²⁴⁸ Así lo prescribe la Disposición Adicional tercera del RD 1561/1995, apartado a).

efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla²⁴⁹.

f. Especialidades y remisiones

La jornada se regula en el art. 9 RD 1006/1985, que establece que la jornada del deportista profesional comprenderá la prestación efectiva de sus servicios ante el público y el tiempo que esté bajo las órdenes directas del club o entidad deportiva a efectos de entrenamiento o preparación física o técnica. Respecto a la duración de la jornada laboral prevé la norma que será la fijada en convenio colectivo o contrato individual, con respeto en todo caso de los límites vigentes, que podrán aplicarse en cómputo anual²⁵⁰, estableciendo que no se computarán a efectos de duración máxima de la jornada los tiempos de concentración previos a la celebración de competiciones o actuaciones deportivas, ni los empleados en los desplazamientos hasta el lugar de la celebración de las mismas, sin perjuicio de que a través de la negociación colectiva se regule el tratamiento y duración máxima de tales tiempos²⁵¹.

Supone una novedad con respecto a la regulación anterior, la exclusión del cómputo de la duración máxima de la jornada de los tiempos dedicados a concentraciones y a los desplazamientos, lo que no deja de ser beneficioso para los clubes o entidades deportivas, que pueden articular una jornada flexible y exigir a los deportistas el cumplimiento de la jornada efectiva; pero sobre todo, porque no quedan obligados a abonar estos tiempos añadidos o adicionales como horas extraordinarias, circunstancia que, dados los largos desplazamientos que se realizan en algunos deportes, sobre todo, en competiciones internacionales, sería inevitable²⁵².

Respecto a la jornada de trabajo y el RD 1006/1985 insistir nuevamente que la norma no contempla nada respecto al tiempo que los deportistas profesionales se dedican a cumplir compromisos de las respectivas Federaciones Nacionales, compromisos de selección, pues no se determina si este tiempo computa a efectos de jornada laboral, parece que no, debiendo estarse a lo dispuesto en los convenios colectivos, en los contratos individuales o, a falta de disposición expresa a lo establecido en el art. 34.1 ET, el regulador de la jornada.

²⁴⁹ La norma añade que a tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.

²⁵⁰ No se establece duración máxima del tiempo de prestación de servicios y se remite al convenio colectivo con los límites legales establecidos en la normativa laboral común, el Estatuto de los Trabajadores, lo que no hacía el art. 5 RD 318/1981, y que sembraba dudas de constitucionalidad puesto que podría contravenir el art. 40.2 de la Constitución Española, por el que “los poderes públicos garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral”.

²⁵¹ Así, la jornada ordinaria de los deportistas profesionales no podría superar las 9 horas diarias ni las 40 horas semanales, aunque por la gran flexibilidad podría variar su distribución tanto en convenio colectivo como en el contrato individual, siempre no superara la jornada máxima anual -fijada en 1826 horas y 27 minutos de trabajo efectivo- y se respetaran los períodos de descanso diarios, entre jornadas, semanal y anual.

²⁵² Esta opción legal es criticada por Cabrera Bazán en su obra *La relación especial de los deportistas profesionales* que considera los tiempos empleados en concentraciones y desplazamientos como “tiempos muertos” es un recurso fácil del legislador, que debería haber, fijado una valoración mínima de los mismos, de índole económica o de compensación con descansos, y todo por la sobrecarga psicológica a la que está sometida el deportista.

Sentado lo anterior, queda poner una vez más de manifiesto que la especialidad de la prestación del servicio por parte de los deportistas profesionales presenta, peculiaridades, que tienen que ver con los partidos, los descansos, las concentraciones, que ya referimos, y que dificulta la aplicación de la normativa general contenida en el Estatuto de los Trabajadores, y que hará que únicamente pueda recurrirse parcialmente a la norma general en aquello que no sea incompatible con la naturaleza especial y también el carácter supletorio sobre lo no regulado expresamente en el Real Decreto 1006/1985²⁵³. Pero la referida peculiaridad, así como la propia remisión contenida en el precepto referido ha derivado que haya sido mediante la negociación colectiva donde se haya regulado, con mayor o menor fortuna, la jornada laboral de los distintos profesionales del deporte²⁵⁴.

g. Tipología convencional

* El Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional se refiere a la jornada y el horario en sus artículos 7 y 8, regulando que la jornada comprenderá la prestación de sus servicios ante el público y el tiempo en que esté bajo las órdenes directas del Club/SAD a efectos de entrenamiento o preparación física y técnica para la misma, sin que en ningún caso se supere las siete horas del día. Respecto al horario, y hace referencia al tiempo que el futbolista se encuentra bajo las órdenes del Club/SAD o sus representantes, que comprenderá:

a) Entrenamientos.- Serán decididos por el Club/SAD o Entrenador y comunicados a los Futbolistas con la necesaria antelación. Los entrenamientos se realizarán en forma colectiva, salvo los casos de recuperación por enfermedad, lesión u otra causa justificada que deberá ser notificada por escrito al Futbolista.

b) Concentraciones y Desplazamientos.- El Futbolista queda obligado a realizar las concentraciones que establezca el Club/SAD, siempre que no excedan de las 36 horas inmediatamente anteriores a la de comienzo del partido, cuando se juegue en campo propio. Si se jugase en campo ajeno, la concentración no excederá de 72 horas (incluido el tiempo de desplazamiento), tomándose igualmente de referencia la de comienzo del partido.

c) Otros Menesteres.- Comprenden la celebración de reuniones de tipo técnico, informativo, sauna y masaje, que deberán ser comunicadas al Futbolista con la debida antelación”.

*El Convenio Colectivo para la actividad de Baloncesto Profesional de la Liga Femenina regula la jornada en su artículo 10 establece que la jornada comprenderá la prestación efectiva de servicios ante el público y el tiempo en que esté bajo las órdenes directas del club al que pertenezca a efectos de entrenamiento o

²⁵³ El art. 21 RD 1006/1985, establece como derecho supletorio el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales de general aplicación en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los deportistas profesionales.

²⁵⁴ El Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional y el Convenio Colectivo de Trabajo ACB-ABP para la actividad del Baloncesto Profesional contiene referencias respecto a la elaboración de los calendarios de las competiciones. El Convenio del Fútbol, en su artículo 44 establece que durante su vigencia ambas partes se comprometen a elaborar de mutuo acuerdo el calendario de competición oficial a presentar a la RFEF para su aprobación. El convenio del Baloncesto, en su artículo 29.2 dispone que salvo acuerdo expreso en contrario alcanzado con sus jugadores, los clubes o SAD no podrán disputar más de setenta y cinco partidos por temporada, excluyéndose de dicho cómputo los referidos a competiciones internacionales de clubes.

preparación física o técnica para la misma, y dispone que la jornada laboral no superará, en promedio, las siete horas al día ni las cuarenta a la semana, con respeto en todo caso, de los límites de trabajo efectivo legalmente establecidos sin que sean computados a efectos de duración máxima de la jornada los tiempos de concentración previos a la celebración de competiciones o actuaciones deportivas, ni los empleados en los desplazamientos hasta el lugar de la celebración de las mismas. El horario de prestación de los servicios se recoge en el artículo 11 del Convenio, y comprenderá:

- Los Entrenamientos que serán programados por cada club o entrenador y deberán comunicarse a las jugadoras que deban participar en los mismos con antelación suficiente y, al menos, veinticuatro horas antes de cada entrenamiento. En términos generales, serán realizados conjuntamente por todas las jugadoras de la plantilla, salvo en casos de lesión, enfermedad o cualquier otra causa justificada.
- Las Concentraciones y desplazamientos: La jugadora queda obligada a realizar las concentraciones que establezca el club o sociedad anónima deportiva, siempre que no excedan de las 36 horas inmediatamente anteriores a la de comienzo del partido, cuando se juegue en campo propio. Si se jugase en campo ajeno, la concentración no excederá de 72 horas (incluido el tiempo de desplazamiento), tomándose igualmente de referencia la de comienzo del partido. Podrán excederse los límites máximos, respectivamente de 36 o 72 horas cuando concurren circunstancias especiales, informando previamente a las jugadoras con antelación suficiente. La organización, los medios de transporte, manutención y alojamiento necesarios serán organizados y facilitados por el club, entidad o sociedad anónima deportiva.
- Otras actividades, que comprenderán la celebración de reuniones técnicas, informativas o de gimnasio, sauna o masaje, así como actividades de promoción que deberán comunicarse a las jugadoras con antelación suficiente y, al menos, veinticuatro horas antes de su celebración.

*El Convenio Colectivo del Fútbol Sala establece que la jornada de los deportistas que practican esta disciplina comprenderá la prestación de sus servicios ante el público y el tiempo en que esté bajo las órdenes directas del club o entidad deportiva a efectos de entrenamiento o preparación física y/o técnica para la misma, no pudiendo superar las siete horas al día ni las cuarenta horas a la semana con respeto de los límites de trabajo efectivo legalmente establecidos y no computándose a efectos de duración máxima de la jornada los tiempos de concentración previos a la celebración de competiciones o actuaciones deportivas, ni los empleados en los desplazamientos hasta el lugar de celebración de las mismas. El horario de estos profesionales comprenderá:

a) Entrenamientos: Serán programados por cada club o entrenador y deberán comunicarse a los jugadores que deban participar en los mismos al menos 12 horas antes del entrenamiento. Serán realizados conjuntamente por todos los jugadores de la plantilla, salvo en caso de lesión, enfermedad o cualquier otra causa justificada, que deberá ser notificada al jugador.

b) Concentraciones y desplazamientos: El jugador queda obligado a realizar las concentraciones que establezca el club, siempre que no excedan de las 12 horas

inmediatamente anteriores a la de comienzo del partido, cuando se juegue en campo propio. Si se jugase en campo ajeno, la concentración no excederá de 72 horas incluido el tiempo de desplazamiento, tomando igualmente de referencia la de comienzo del partido. Quedan excluidos de los límites temporales anteriores aquellos periodos de concentración originados por causas excepcionales derivadas de competiciones específicas, como pretemporada, Supercopa, Copa de la Liga, Copa del Rey, competiciones internacionales, o cualquier otra competición por sistema de concentración.

c) Otras actividades: Comprenderán la celebración de reuniones técnicas, promocionales del club, informativas o de gimnasio, sauna o masaje, que deberán comunicarse a los jugadores, al menos, con 12 horas de antelación.

En lo no previsto se remite a la duración máxima de la jornada diaria y a la fijación de jornadas inferiores en la forma que prevé el RD 1006/1985.

*El convenio colectivo de balonmano, establece que la jornada comprenderá la prestación de los servicios ante el público y el tiempo que el jugador esté bajo las órdenes directas del club o entidad deportiva a efectos de entrenamiento o preparación física y/o técnica para la misma, sin que en ningún caso pueda superar las siete horas al día ni las cuarenta a la semana con excepción de desplazamientos y concentraciones y respetando los límites de trabajo efectivo. Por lo que se refiere al horario, se establecen:

- Los Entrenamientos, que serán programados por cada club o entrenador y deberán comunicarse a los jugadores que deban participar en los mismos con antelación suficiente y, al menos, 24 horas antes de cada entrenamiento. En eventos, la dirección deportiva podrá programar entrenamientos en periodos inferiores. En términos generales serán realizados conjuntamente por todos los jugadores excepto de la plantilla salvo en casos de lesión, enfermedad o cualquier otra causa justificada.
- Concentraciones y desplazamientos.
- Otras actividades, en las que se incluirán la celebración de reuniones técnicas, informativas o de gimnasio, sauna o masaje que deberán comunicarse a los jugadores con antelación suficiente y, al menos, 24 horas antes de su celebración.

En todo caso se realiza una remisión, como los convenios analizados, en lo no previsto al RD 1006/1985, si bien y sobre las discrepancias que pudieran existir en cuanto a la aplicación y ponderación de los criterios apuntados se remite para su resolución a la Comisión Paritaria.

*Por lo que respecta a la actividad del Ciclismo Profesional, su Convenio Colectivo establece que la jornada del ciclista profesional comprenderá la prestación efectiva de sus servicios en competición oficial, en entrenamientos, en concentraciones, en preparación física y técnica y en cualquier actividad en que se encuentre bajo las órdenes directas del equipo o del representante designado por éste, incluidas las actividades publicitarias y promocionales del equipo.

Regula que la jornada laboral en ningún caso superará los límites de trabajo efectivo legalmente establecidos, y que no se computarán a efectos de jornada los tiempos previstos en el artículo 9.3 del Real Decreto 1006/1985, ni los dedicados a la recuperación física, masaje, sauna, después de cada jornada de trabajo, ni los entrenamientos individuales; este tiempo excluido, por el que no se computa jornada

este tiempo contraviene lo establecido en el artículo 9.1 del Real Decreto 1006/1985, que establece que el tiempo que el deportista esté bajo las órdenes directas del club o entidades deportiva a efectos de entrenamiento o preparación física y técnica se incardinan dentro del cómputo de la jornada del mismo.

Se regula asimismo que los ciclistas participarán en un máximo de tres actos al año, organizados por la ACP, sin que en ningún caso esa participación pueda coincidir con el calendario fijado por el equipo tanto de competición como de preparación u otros actos similares fijados por el citado equipo o sus sponsors.

*El Convenio Colectivo de Trabajo ACB para la actividad del Baloncesto Profesional no realiza mención expresa a la jornada de los deportistas, aunque sí refiere sobre los descansos y vacaciones.

De lo expuesto hasta ahora, y como elemento común destacamos la fijación de la jornada máxima ordinaria en siete horas diarias, aunque algunos colectivos se mantiene la jornada máxima semanal de cuarenta horas garantizando, en todo caso, a los clubes y entidades deportivas un importante margen de flexibilidad en relación con los tiempos de entrenamientos y concentraciones, ¿podría entenderse que las horas trabajadas superiores al umbral fijado, tendrían la consideración de horas extraordinarias?

Conviene, aunque de difícil aplicación a este colectivo, invocar el Estatuto de los Trabajadores, de aplicación supletoria y que aborda lo no tratado en el Real Decreto 1006 ni en los convenios colectivos²⁵⁵, y en este sentido referirnos al artículo 34 del ET, en relación con la jornada y la duración de la misma, y al mandato establecido al convenio colectivo cuando se establece que por éste o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año; así en defecto de pacto en contrario, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 % de la jornada de trabajo²⁵⁶, y disponer que entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas²⁵⁷; así como que los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores.

B) Horas extraordinarias

La tradicional hostilidad del legislador hacia los mecanismos mediante los cuales se socava la virtualidad de la jornada máxima ha solido encontrar en las horas extraordinarias motivo de preocupación; tal actitud subsiste en el presente artículo y se combina con la progresiva retirada que la norma estatal emprendió hace ya algunos años, dejando en manos de la negociación colectiva la concreción de un número importante de cuestiones.

²⁵⁵ Aunque de aplicación supletoria lo será en cuando no sea incompatible con la naturaleza especial de la relación laboral de los deportistas profesionales, artículo 21 del Real Decreto 1006/1985.

²⁵⁶ Se permite, y así lo pone de manifiesto la jurisprudencia, que por convenio colectivo se pacten sistemas de distribución flexibles de la jornada, superando la rigidez de un posible pacto que no incluyese dicha previsión, lo que obligaría a los clubes o entidades deportivas a seguir los trámites previstos en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores el cambio de la distribución de la jornada.

²⁵⁷ Art. 34.3 del ET de carácter imperativo, y que obliga a que medien 12 horas entre el término de una jornada y el inicio de la siguiente.

a. Delimitación

Hora extraordinaria es la que presta el trabajador en exceso sobre las normales u ordinarias, cualquiera que sea el período de tiempo que se tome para su cómputo, teniendo en cuenta la duración de la jornada ordinaria, que será la pactada y en su defecto la legal²⁵⁸. Al permitirse que por convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores se realice una distribución irregular del tiempo anual de trabajo, obviando el tope de las cuarenta horas semanales, no puede considerarse automáticamente como extraordinaria la hora que exceda de la jornada legal semanal pero sin llegar a superar la más amplia resultante de la aludida distribución, y viceversa: es posible que mucho antes de haberse cumplido el número de horas promedio de la jornada máxima legal ya se esté (por superar el tope de lo que correspondía trabajar a tenor de lo pactado) en presencia de estas singulares horas²⁵⁹.

La jurisprudencia viene sosteniendo que las horas que exceden de la jornada pactada en convenio colectivo pero no superan la máxima legal establecida en el Estatuto de los Trabajadores carecen de la consideración de horas extraordinarias, pudiendo ser retribuidas conforme al valor pactado en el convenio, aunque sea inferior al valor mínimo establecido para la hora ordinaria²⁶⁰. Conforme a esta sorprendente doctrina (que arrumba el concepto de jornada ordinaria) “sólo cabe calificar de horas extraordinarias las que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior, el 34, en el que se establece en 40 horas semanales la duración máxima de la jornada ordinaria”²⁶¹.

Para los trabajadores con jornada reducida como consecuencia de razones empresariales, previa tramitación del correspondiente procedimiento, está proscritas las horas extraordinarias, salvo en supuestos de fuerza mayor (art. 47.2 ET), pero la prohibición opera cuando se trata de trabajadores contratados a tiempo parcial²⁶².

b. Retribución

Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. De este modo:

- La hora extra puede desembocar o en retribución adicional o en descanso cuando estaba previsto trabajar; la presunción juega en favor del último.

²⁵⁸ STS CONT 24 julio 1989 (RJ 1989, 5627).

²⁵⁹ De este modo, no se calificarán como horas extraordinarias las horas de trabajo que rebasan la jornada máxima semanal si no se supera la jornada anual en la distribución que se hubiera pactado [STSJ Cantabria de 13 mayo 1993 (AS 1993, 2337).

Lo que le está vedado al convenio es impedir la consideración como horas extraordinarias de aquellas prestadas por encima de la jornada máxima legal, incluso en el especial supuesto de que se trata de “guardias” de personal sanitario (en este sentido STS 8 octubre 2003 [RJ 2003, 7821]).

²⁶⁰ SSTS, Sala General, de 21 (3) febrero 2006 (RJ 2006, 2299, 4817, 4818).

²⁶¹ El criterio se consolidó rápidamente; por ejemplo, SSTS 14 y 27 (2) noviembre 2006 (RJ 2006, 9072, 9293 y 10032); 5 diciembre 2006 (RJ 2007, 89).

²⁶² Art. 12.4.c ET, tras su redacción por RDL 16/2013, de 21 de diciembre.

- El valor (monetario o de descanso) de estas horas pende de lo pactado (de forma colectiva o individual) sin que pueda rebajarse el equivalente al trabajo ordinario pues ello sería nulo²⁶³.
- El convenio colectivo en ningún caso puede establecer una retribución de la hora extraordinaria por debajo del valor de la ordinaria²⁶⁴.
- Son válidos los pactos que simplifican la remuneración de horas extras con la técnica del “promedio”, pero no cabe entender que un plus de disponibilidad y otro gerencial ya incorporan el montante de las horas extras que se realicen²⁶⁵.
- Un acuerdo colectivo es título válido para establecer que las horas extraordinarias se compensen con tiempo equivalente de descanso, pese a que el convenio colectivo no establezca esa opción²⁶⁶.
- Para calcular el valor de la hora ordinaria de trabajo si en su realización concurriera alguna de las circunstancias que generan pluses (nocturnidad, penosidad, etc.) se incluirá el importe de los citados pluses²⁶⁷.

El art. 35.1 ET prevé que en ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización. De ello se deduce que para reclamar el pago en metálico de las horas extraordinarias hay que esperar a que pasen cuatro meses desde su realización, pues entretanto la empresa puede compensarlas con descanso, con los consiguientes efectos derivados por lo que respecta al *dies a quo* para que comience a correr la prescripción²⁶⁸.

c. Límites y control

1º) El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año o la proporción correspondiente en los contratos temporales.

2º) Para los trabajadores que por la modalidad o duración de su contrato realicen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general en la empresa, el número máximo anual de horas extraordinarias se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas.

3º) A los efectos del tope numérico, no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización. La virtualidad del precepto va mucho más allá de sus propios términos, pues –por esta vía de pactos individuales para trabajo extraordinario– acaba permitiendo configurar una prestación laboral sumamente flexible; se trabaja cuando no estaba previsto y se descansa cuando había que trabajar.

²⁶³ SSTS 28 noviembre 2004 [RJ 2005, 1059]; 15 y 21 diciembre 2004 [RJ 2005, 2408 y 1562]; 12 enero, 7 y 24 febrero, 14 marzo 2005 [RJ 2005, 1500, 2899 y 4539, 3697].

²⁶⁴ En tal sentido SSTS 28 noviembre y 21 diciembre 2004 (RJ 2005, 1059 y 1562); 27 septiembre y 2 diciembre 2005 (RJ 2005, 7406 y RJ 2006, 2889).

²⁶⁵ En tal sentido STS 24 julio 2006 (RJ 2006, 8873).

²⁶⁶ STS de 7 de diciembre de 2011 (RC 28/2011).

²⁶⁷ Entre otras muchísimas, SSTS de 7 y 29 (6) febrero 2012 (RJ 2012, 3756, 4030, 4031, 4032, 4034, PROV\ 2012\ 186273, 5236).

²⁶⁸ STSJ Extremadura 19 enero 2006 [AS 2006, 412].

4º) El Gobierno podrá suprimir o reducir el número máximo de horas extraordinarias por tiempo determinado, con carácter general o para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales, para incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en paro forzoso.

5º) El empresario habrá de registrar día a día la realización de tales horas y totalizarlas en el período fijado para el abono de salarios, que es un mes como máximo (cfr. art. 29.1 ET). Una copia de ese resumen debe entregársele al trabajador, se entiende que al proceder a la liquidación y pago del salario correspondiente; este mecanismo tiende a facilitarle la demostración de que desarrolló una actividad adicional a la habitual. De tales garantías deriva la conclusión de que no hay que esperar al cómputo anual para que existan legalmente las horas extras, de forma que la reclamación podrá efectuarse en un año desde el momento en que se hayan producido y no se hayan abonado en la mensualidad correspondiente²⁶⁹.

d. Horas por emergencias

Las horas trabajadas para prevenir o reparar siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes se compensan (retribución o descanso compensatorio) como extraordinarias, pero ni computan como tales ni son voluntarias; este trabajo de necesidad, conforme a reiterada jurisprudencia, es obligatorio para el trabajador y su realización habrá de prolongarse tanto como exija la situación de prevención o reparación, con el lógico límite de sus posibilidades físicas (art. 35.3 ET).

En estos casos es necesario probar los concretos siniestros y daños extraordinarios y urgentes por prevenir o reparar²⁷⁰. No quedan comprendidos en el precepto los trabajos propios de la actividad normal de una empresa que pueden y deben ser objeto de la necesaria programación para cumplir las disposiciones legales sobre número máximo de horas extraordinarias permitidas²⁷¹, como pueda ser una “parada técnica anual destinada a labores rutinarias de revisión y mantenimiento de maquinaria²⁷², las interrupciones del suministro eléctrico pactado con la Compañía suministradora en el marco de un “Contrato-Ahorro”²⁷³.

e. Voluntariedad

La prestación de trabajo más allá de la jornada ordinaria requiere como elemento principal un acuerdo entre empresario (que, en buena lógica, es quien ha de tomar la iniciativa y proponer su realización) y trabajador, de modo que “*será voluntaria*”, siendo libre el segundo de aceptar o no, sin que del rechazo se le pueda seguir consecuencia perjudicial alguna; la realización de este trabajo no requiere fundamentación objetiva o motivación del por qué se produce.

La voluntariedad deja de referirse al momento de aceptar y prestar el trabajo si previamente existe un compromiso “*pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo*”. La voluntariedad desaparece en el peculiar supuesto ya comentado de horas *de necesidad* o emergencia, pero es difícil compartir el criterio

²⁶⁹ STSJ Cataluña 28 octubre 2004 [AS 2004, 3406].

²⁷⁰ STS CONT de 24 noviembre 1993 (RJ 1993, 9034).

²⁷¹ STS CONT de 29 junio 1988 (RJ 1988, 4804).

²⁷² STS CONT de 6 julio 1988 (RJ 1988, 5533).

²⁷³ STSJ Andalucía/Granada de 1 octubre 2002 (AS 2002, 4146)

según el cual la “libertad [de realización de horas extraordinarias] se excluye cuando se hubiera adquirido compromiso de plena dedicación”²⁷⁴.

C) Nocturnidad y turnicidad

Los trabajadores nocturnos y quienes trabajen a turnos deberán gozar en todo momento de un nivel de protección en materia de salud y seguridad adaptado a la naturaleza de su trabajo, incluyendo unos servicios de protección y prevención apropiados, y equivalentes a los de los restantes trabajadores de la empresa.

El empresario deberá garantizar que los trabajadores nocturnos que ocupe dispongan de una evaluación gratuita de su salud, antes de su afectación a un trabajo nocturno y, posteriormente, a intervalos regulares, en los términos que se establezca en la normativa específica en la materia. Los trabajadores nocturnos a los que se reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno tendrán derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos.

a. Trabajo y trabajador nocturno

TRABAJO NOCTURNO.- “*A los efectos de lo dispuesto en la presente Ley, se considera trabajo nocturno el realizado entre las diez de la noche y las seis de la mañana*” (art. 36.1 ET). No ha querido la norma complicaciones derivadas de la distinción horaria en función de las estaciones del año o la concreta ubicación geográfica de las tareas; en algunos supuestos transfronterizos pueden surgir dudas sobre el modo de aplicar la norma, pero lo lógico será estar siempre a la hora oficial del lugar donde se presta el trabajo efectivo. Conviene recordar la prohibición que pesa sobre el trabajo nocturno de los menores de dieciocho años, a tenor de lo previsto en el artículo 6.2 ET²⁷⁵.

TRABAJADOR NOCTURNO.- “*Se considerará trabajador nocturno a aquel que realice normalmente en período nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo, así como a aquel que se prevea que puede realizar en tal período una parte no inferior a un tercio de su jornada de trabajo anual*” (art. 36.1 ET). Aunque el concepto no constituye un modelo de claridad, nótese como hay un doble camino (alternativo) para acceder a tal condición subjetiva (en función de un módulo de tres horas fijo o de una evaluación anual del tiempo nocturno de actividad).

Lo importante a efectos de esta definición no es la constatación real a final del año del número de horas de trabajo cumplidas en período nocturno por cada trabajador, sino la programación realizada, pues se trata de una previsión que opera sobre un supuesto de normalidad²⁷⁶. Los trabajadores en régimen de tres turnos tienen la consideración de trabajadores nocturnos, dado que cumplen al menos un tercio de su jornada anual en horario nocturno, cuya valoración ha de hacerse desde

²⁷⁴ STS de 28 octubre 1992 (RJ 1992, 7850).

²⁷⁵ V. art. 6.2 de la presente Ley, así como el Convenio núm. 79 de la OIT relativo a la limitación del trabajo nocturno de los menores en trabajos no industriales (ratificado por España el 8 de abril de 1971) y el núm. 90 relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria (ratificado por España el 8 de abril de 1971).

²⁷⁶ Por todas, STS 23 mayo 2011 (RJ 2011, 4987).

la programación general de su jornada anual y no desde la que efectivamente cumpla cada trabajador²⁷⁷.

El empresario que recurra regularmente a la realización de trabajo nocturno deberá informar de ello a la autoridad laboral.

JORNADA DE TRABAJADORES NOCTURNOS. La jornada de trabajo de los trabajadores nocturnos no podrá exceder de ocho horas diarias de promedio, en un período de referencia de quince días. Dichos trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias²⁷⁸.

RETRIBUCIÓN ESPECÍFICA.- El trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos. El *plus de nocturnidad* (generalmente así llamado) es complemento salarial, sólo consolidable en función de acuerdo individual o colectivo (cfr. art. 26.3), mediante el cual se pretende compensar los mayores inconvenientes sociales y personales que el trabajo nocturno posee.

Hay que ponderar todas las circunstancias del caso para comprobar si el trabajo es intrínsecamente nocturno; si puede ejecutarse indistintamente en uno u otro momento, el factor nocturnidad no es sustancial. Veamos algunos ejemplos:

- La general demanda de pan fresco explica que deba considerarse nocturno por su propia naturaleza el trabajo de obrador en Industrias Panificadoras²⁷⁹.
- Nocturno por definición es el trabajo de conserje o vigilante que ha de prestar su actividad en esa franja horaria²⁸⁰.
- O el del personal de limpieza de Hospital que a cargo de determinadas dependencias que deben adecentarse si es que son utilizadas a causa de alguna urgencia²⁸¹.
- No tiene la consideración de trabajo nocturno por su propia naturaleza el de las auxiliares de ruta, que atienden a los pasajeros de un autobús, por cuanto pueden perfectamente desarrollarse en horario diurno, sin perjuicio de su posible realización en dicho horario dependiendo del sistema organizativo implantado en la empresa²⁸².
- Tampoco concurre esa identidad en el trabajo del personal de empresa de limpieza encargado de adecentar las instalaciones de un centro comercial cuando el mismo está cerrado, al tener que utilizar maquinaria industrial²⁸³.

²⁷⁷ STS 23 mayo 2011 (RC 126/2010).

²⁷⁸ Pese al tenor del Estatuto en este punto, el art. 32 del RD 1561/1995, con dudosa legalidad, permite a los trabajadores nocturnos la realización de horas extraordinarias o la ampliación del período de referencia de quince días a que alude el precepto en tres casos: 1º) jornadas especiales ampliadas por el propio RD 1561; 2º) prevención o reparación de siniestros u otros daños extraordinarios y urgentes; 3º) irregularidades en el relevo de los turnos por causas no imputables a la empresa.

²⁷⁹ STS 25 febrero 1994 [RJ 1994, 1519].

²⁸⁰ Diversas SSTCT así lo admitieron, como recuerda STS 6 julio 1992 (RJ 1992, 5581).

²⁸¹ En tal sentido, STSJ Extremadura 7 junio 2004 (JUR 2004\176028).

²⁸² STSJ Cantabria de 4 julio 2007 [AS 2007, 2780].

²⁸³ Es el caso de STSJ Andalucía (Sevilla) 8 octubre 2003 (AS 2003, 845).

- El cobro de un plus puede cambiarse por mayor tiempo de descanso pues ello comporta un valor-hora superior al del trabajo diurno²⁸⁴.
- El plus de nocturnidad (complemento funcional, no consolidable) retribuye las horas realmente trabajadas durante el período calificado como nocturno; no es necesario para su devengo (proporcional) ni que toda la jornada sea nocturna ni, mucho menos, que estemos ante trabajador nocturno²⁸⁵.
- Salvo pacto en contrario, el complemento salarial de trabajos nocturnos no se devenga los días de descanso semanal, festivos, permisos o licencias retribuidas²⁸⁶.

b. Trabajo a turnos

Se considera trabajo a turnos toda forma de organización del trabajo en equipo según la cual los trabajadores ocupan sucesivamente los mismos puestos de trabajo, según un cierto ritmo, continuo o discontinuo, implicando para el trabajador la necesidad de prestar sus servicios en horas diferentes en un período determinado de días o de semanas²⁸⁷. No es necesario que la alteración horaria derivada de la turnicidad sea total; por ejemplo, son trabajadores a turnos los sanitarios que habitualmente prestan su actividad por las mañanas y sólo cada once días realizan una guardia de tarde y noche²⁸⁸. Pero la rotación o alternancia, en las franjas horarias de prestación del trabajo, para el desempeño sucesivo de un mismo puesto de trabajo por distintos trabajadores, es condición esencial en el sistema de trabajo a turnos²⁸⁹.

En las empresas con procesos productivos continuos durante las veinticuatro horas del día, en la organización del trabajo de los turnos se tendrá en cuenta la rotación de los mismos y que ningún trabajador estará en el de noche más de dos semanas consecutivas, salvo adscripción voluntaria²⁹⁰.

Las empresas que por la naturaleza de su actividad realicen el trabajo en régimen de turnos, incluidos los domingos y días festivos, podrán efectuarlo bien por equipos de trabajadores que desarrollen su actividad por semanas completas, o contratando personal para completar los equipos necesarios durante uno o más días a la semana.

²⁸⁴ SSTs 4 marzo 1992, (RJ 1992, 1618); 27 febrero 1995 (RJ 1995, 1262).

²⁸⁵ Así lo aclara STS 1 diciembre 1997 [RJ 1997, 8921].

²⁸⁶ En STS 18 marzo 2009 (RJ 2009, 1845) se compendia la jurisprudencia sobre el tema.

²⁸⁷ Son tres las notas o elementos que caracterizan el trabajo a turnos: 1) Se trata de una forma de organización del trabajo en equipo; 2) La sucesión de los trabajadores en los mismos puestos de trabajo debe responder a “un cierto ritmo, continuo o discontinuo”; 3) Sea cual sea la forma de organización del trabajo en equipo adoptada por el empresario, la misma deberá implicar para el trabajador la realización de su prestación laboral “en horas diferentes en un período determinado de días o semanas”. En tal sentido, por ejemplo, STSJ Murcia de 10 enero 2000 (AS 2000, 14); STSJ La Rioja 23 octubre 2006 (AS 2006, 3201).

²⁸⁸ En este sentido, la importante STJCE 3 octubre 2000.

²⁸⁹ STSJ Murcia de 10 enero 2000 (AS 2000, 14).

²⁹⁰ Si se piensa, la razón de ser del derecho a rotar no se halla en la existencia de turnicidad, sino en la prestación de trabajo nocturno; por eso los mismos criterios han de aplicarse, analógicamente, aunque los turnos no comprendan el proceso productivo durante la totalidad del día pero incluyan prestación de trabajo nocturno.

D) Descansos

En consonancia con la exhortación constitucional a los poderes públicos para que garanticen “el descanso necesario” (art. 40.2 CE), el legislador ordinario no sólo se ha preocupado de limitar la jornada de trabajo (art. 34 ET) y de contemplar unas vacaciones anuales (art. 38 ET) sino que también prescribe la observancia de una pausa con periodicidad frecuente.

a. Descanso semanal

1º Régimen común

Conforme al artículo 37.1 ET, los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo²⁹¹. Respecto de la exacta duración no puede entenderse como 36 horas contando las 12 horas de descanso diario; “el mandato legal exige el cumplimiento de un día y medio día más de descanso semanal y ese medio día ha de detrarse de lo que constituye la jornada ordinaria” (STS 10 octubre 2005 [RJ 2005, 8003]).

La inexplicable construcción legislativa ha llevado a que los Tribunales asuman interpretaciones forzadas para desembocar en el mar de lo razonable. Así, la jurisprudencia ha argumentado que si el Gobierno tiene facultades para modular el contenido de la Ley (art. 34.7 ET) “ha de entenderse que dicha facultad puede recaer también en los Convenios Colectivos, al tratarse de pactos fruto de la negociación colectiva laboral garantizada en el artículo 37.1 de la Constitución”²⁹².

El derecho a la remuneración de los días de descanso semanal se va generando durante los períodos de trabajo efectivos anteriores a su disfrute; de este modo, por ejemplo, si el trabajador, por cualquier razón, ve extinguido o suspendido su contrato antes de disfrutar el descanso semanal y ya hubiese desarrollado alguna actividad tendrá derecho a que se le abone la parte proporcional correspondiente ya devengada.

2º Régimen especial

Tras el análisis de la regulación de la jornada, procede tratar el **descanso semanal**, que se regula en el artículo 10.1 del Real Decreto 1006/1985 estableciendo el descanso mínimo y que éste no coincidirá con los días en que se realice ante el público la prestación profesional, debiendo fijarse de mutuo acuerdo, siendo este el elemento diferenciador respecto a lo preceptuado por el Estatuto de los Trabajadores²⁹³, dado que los días que con carácter general se establece en el ET como preferentes para el disfrute efectivo del descanso semanal no pueden aplicarse a la relación laboral de los deportistas donde la única forma de hacer posible el espectáculo deportivo, es precisamente haciéndolo coincidir con los días de descanso laboral común; por esta razón, el establecimiento de los periodos de descanso

²⁹¹ La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos.

²⁹² SSTs de 3 junio 1999 [RJ 1999, 5064] y 30 abril 2004 [RJ 2004, 3706].

²⁹³ El art. 37.1 ET establece que los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por periodos de hasta catorce días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo.

distintos a los contemplados en el Estatuto de los Trabajadores se justifican en las exigencias de la actividad deportiva, garantizándose un mínimo obligatorio y contemplando, siempre que sea posible, que los descansos se disfruten preferentemente durante los días previstos en el Estatuto de los Trabajadores, aunque solo sea parcialmente. Así, destacamos las principales características del derecho de descanso semanal de quienes hacen del deporte su medio de vida a tenor de lo establecido en el Real Decreto 1006/1985:

- Se permite la interrupción del periodo de disfrute²⁹⁴, lo cual supone una quiebra con respecto al régimen general establecido en el Estatuto de los Trabajadores, cuyo artículo 37.1 establece la obligatoriedad del disfrute ininterrumpido de los períodos de descanso semanal.
- Se permite que dicho descanso mínimo se compute como el equivalente a 36 horas y no como día y medio naturales en el supuesto de que no pudiera disfrutarse por existir compromisos de inmediatas actuaciones por parte de los clubes o entidades deportivas²⁹⁵.
- El régimen de disfrute de los descansos semanales viene caracterizado, con respecto al régimen general, en el momento de su disfrute; en la distribución y en la a periodicidad semanal.

3º Tipología convencional

Determinadas, respecto al descanso semanal, las reglas y características atendiendo a la regulación contenida tanto en el Real Decreto 1006/1985 como en el Estatuto de los Trabajadores, resulta imprescindible hacer referencia a lo establecido en relación con esta materia en los convenios colectivos:

- El Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional en su art. 9 establece que los futbolistas disfrutarán de un descanso semanal mínimo de día y medio, del que, al menos, un día será disfrutado de forma continuada, a partir de las cero horas, dejándose al acuerdo de las partes el disfrute del medio día restante, que tampoco podrá ser fraccionado²⁹⁶.
- El art. 12 del Convenio Colectivo para la actividad de Baloncesto Profesional de la Liga Femenina regula la jornada y establece que las jugadoras profesionales de baloncesto disfrutaran de un descanso mínimo semanal de día y medio, que será fijado de mutuo acuerdo, y que no coincidirá con los días en que haya de realizarse ante el público la prestación profesional. Si el descanso semanal no pudiera disfrutarse ininterrumpidamente, por exigencias deportivas del club o entidad deportiva, la parte no disfrutada será trasladada a otro día de la semana. En los supuestos en que existiesen compromisos de inmediatas

²⁹⁴ El art. 10.1 RD 1006/1985 dispone que si el descanso semanal no pudiera disfrutarse ininterrumpidamente, por exigencias deportivas del club o entidad deportiva, la parte no disfrutada será trasladada a otra día de la semana.

²⁹⁵ El art. 10.1 RD 1006/1985 preceptúa que en los supuestos en que existiesen compromisos de inmediatas actuación deportivas, el descanso semanal mínimo podrá computarse como equivalente a treinta y seis horas.

²⁹⁶ El fraccionamiento a que hace referencia el Convenio debe justificarse en el desarrollo de la competición oficial y el medio día restante del descanso habrá de disfrutarse, por así quererlo el legislador, en otro día de la semana, no siendo posible extenderlo a un período de tiempo más amplio.

actuaciones deportivas, el descanso semanal mínimo podrá computarse como equivalente a treinta y seis horas. A su vez dispone que cuando no puedan disfrutarse las fiestas incluidas en el calendario oficial, por exigencias deportivas del club, entidad deportiva o de la sociedad anónima deportiva, se trasladara el descanso a otro día de la semana.

- El Convenio Colectivo del Fútbol Sala en su art. 9 establece que los jugadores disfrutarán de un descanso semanal mínimo de día y medio, del que, al menos, un día será disfrutado de forma continuada, preferentemente a contar desde el final del partido o regreso del viaje si se jugara fuera, dejándose al acuerdo de las partes el disfrute del medio día restante, que tampoco podrá ser fraccionado. Excluyendo del período de descanso los periodos excepcionales derivados de competiciones específicas, como pretemporada, Supercopa, Copa de la Liga, Copa del Rey, competiciones internacionales, o cualquier otra competición por sistema de Concentración.
- El Convenio Colectivo del Balonmano Profesional en su art. 11 dispone que los jugadores disfrutarán de un descanso semanal mínimo de día y medio del que al menos un día será disfrutado de forma continuada a partir de las 0.00 horas, salvo que por necesidades del calendario oficial no sea posible completar dicho periodo, disponiendo que si por motivos de los ajustado del calendario deportivo no se pudiera disfrutar del día de descanso continuado, este día se trasladará a otro día de la semana.
- El Convenio Colectivo para la actividad del Ciclismo Profesional en su art. 9 establece que a efectos de descanso semanal se computarán los días en que el corredor no participe en competición oficial o no esté cumpliendo con lo previsto en el art. 8 de este Convenio. Se considerará que la planificación de la temporada preparada entre Director y corredor recoge la mejor acomodación posible del descanso.
- El Convenio Colectivo de Trabajo ACB para la actividad del Baloncesto Profesional en su art. 31 establece que los jugadores disfrutarán de un descanso mínimo semanal de día y medio ininterrumpido, que será fijado de común acuerdo con el Club o SAD, disponiendo que si tal descanso se viera alterado por causa de la competición, la parte no disfrutada será trasladada a otro día cualquiera de la semana, nuevamente de acuerdo con el Club o SAD.

b. Festividades

1º Régimen común

Las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales (art. 37.2 ET). La existencia de días adicionales (respecto del descanso semanal) de asueto a lo largo del año se asemeja a las vacaciones y, en particular, al descanso semanal en cuanto a la inexistencia de obligación de trabajar y mantenimiento del derecho a percibir retribución. Sin embargo, el disfrute de estos festivos por el trabajador posee un diverso fundamento pues además de permitir la reposición de energías y de proporcionar tiempo de ocio, con ellos se persigue la celebración o conmemoración de ciertas fechas por algún motivo relevantes. Su regulación se complementa con las siguientes previsiones:

- En cualquier caso se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo, como Fiesta del Trabajo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España.
- Respetando las expresadas en el párrafo anterior, el Gobierno podrá trasladar a los lunes todas las fiestas de ámbito nacional que tengan lugar entre semana, siendo, en todo caso, objeto de traslado al lunes inmediatamente posterior el descanso laboral correspondiente a las fiestas que coincidan con domingo.
- Las Comunidades Autónomas, dentro del límite anual de catorce días festivos, podrán señalar aquellas fiestas que por tradición les sean propias, sustituyendo para ello las de ámbito nacional que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, las que se trasladen a lunes. Asimismo, podrán hacer uso de la facultad de traslado a lunes prevista en el párrafo anterior.
- Si alguna Comunidad Autónoma no pudiera establecer una de sus fiestas tradicionales por no coincidir con domingo un suficiente número de fiestas nacionales podrá, en el año que así ocurra, añadir una fiesta más, con carácter de recuperable, al máximo de catorce.

2º Especialidades

Mención especial merece el derecho de los deportistas profesionales al disfrute de otro tipo de descansos, como el resto de los trabajadores, nos referimos a **las fiestas laborales**. Establece el art. 10.2 RD 1006/1985 que cuando no puedan disfrutarse las fiestas incluidas en el calendario oficial²⁹⁷, por exigencias deportivas del club o entidad deportiva, se trasladará el descanso a otro día de la semana. Estas fiestas laborales son las contempladas en el art. 37.2 ET, que establece que las fiestas laborales tendrán carácter retribuido y no recuperable, que no podrán exceder de catorce al año, de las cuales dos serán locales, y que se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo, como Fiesta del Trabajo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España. Así, y respetando las expresadas, el Gobierno podrá trasladar a los lunes todas las fiestas de ámbito nacional que tengan lugar entre semana, siendo, en todo caso, objeto de traslado al lunes inmediatamente posterior el descanso laboral correspondiente a las fiestas que coincidan con domingo. Esta facultad sólo las están ejercitando las comunidades autónomas, siendo además las que dentro del límite anual de catorce días festivos, podrán fijar aquellas fiestas que por tradición les sean propias, sustituyendo para ello las de ámbito nacional que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, las que se trasladen a lunes.

A la luz de lo establecido en el RD 1006/1985, cuando por razones deportivas no puedan disfrutarse los descansos de las fiestas laborales en los días fijados en el calendario oficial, los mismos serán disfrutados en cualquier otro día necesariamente dentro de la misma semana, sin que quepa la compensación económica de los mismos, circunstancia que implica apartarse del régimen general contenido en el art. 47 RD 2001/1983.

²⁹⁷ Los autores CARCELLER Y GUERRERO, en *La relación laboral de los deportistas profesionales* o SALA FRANCO en *El trabajo de los deportistas profesionales* entienden que se refiere al calendario laboral de festividades que con carácter general establece el Gobierno cada año, incluyendo las fiestas de ámbito local y autonómico cuya determinación corresponde a los respectivos Ayuntamientos y Comunidades Autónomas.

3º Tipología convencional

- El Convenio Colectivo para la actividad del fútbol profesional establece que los futbolistas profesionales disfrutarán de los días de descanso que contemplados en el calendario laboral de cada año a excepción de aquellos que coincidan con un partido de fútbol o en las 48 horas anteriores, si se jugase en campo propio ó 72 horas, si se jugase en campo ajeno, en cuyo caso será trasladado su disfrute a otro día de la semana, de mutuo acuerdo; también regula que no se programarán partidos entre el 23 de diciembre y el 2 de enero en la temporada 2008/2009, entre el 22 de diciembre y el 1 de enero en la temporada 2009/2010 y entre el 23 de diciembre y el 2 de enero en la temporada 2010/2011, ni se programarán partidos para los días 24, 25 y 31 de diciembre y 1 de enero durante los años de vigencia del convenio.
- El Convenio Colectivo ACB para la actividad del Baloncesto Profesional dispone en su art. 30.1 que la ACB no programará competición alguna para los días 24 y 25 de diciembre, ni tampoco los clubes o SAD –ni tan siquiera entrenamientos o desplazamientos ni cualquier otra actividad laboral–. El art.30.2 establece que no se programará por la ACB para los días 1 y 6 de enero, siempre que a su juicio el calendario de competición, lo permita.
- El Convenio Colectivo para la actividad de Baloncesto Profesional de la Liga Femenina en su art.14 dispone por parte de la FEB, la ANBF, y de los clubes, entidades deportivas o sociedades anónimas deportivas, no se programará competición nacional alguna, ni tan siquiera entrenamientos o desplazamientos, ni cualquier otra actividad laboral, para los días 24, 25 de diciembre y 1 de enero. No obstante y en lo que se refiere a las últimas fechas indicadas, se exceptúa el cumplimiento de las obligaciones en el ámbito de la competición internacional derivadas de las mismas que no pudieran ser programadas en fechas diferentes.
- El Convenio Colectivo del Fútbol Sala en su art. 11 dispone que los jugadores disfrutarán de los días de fiesta que establezca el calendario laboral de cada año, a excepción de aquellos que coincidan con un partido de fútbol sala. Se exceptuarán también, aquellos días festivos que se produzcan cuarenta y ocho (48) horas antes de un partido en campo propio o con setenta y dos (72) horas en campo ajeno. Por parte de la LNFS y de los clubes o entidades deportivas no se programará competición nacional alguna, ni tan siquiera entrenamientos o desplazamientos, ni cualquier otra actividad laboral, para los días 24, 25 y 31 de diciembre, ni para los días 1, 5 y 6 de enero, de los años de vigencia del presente Convenio. No obstante y en lo que se refiere a las fechas indicadas, se exceptúa el cumplimiento de las obligaciones en el ámbito de la competición internacional o nacionales derivadas de las mismas y que no pudieran ser programadas en fechas diferentes. La utilización de los días indicados para la actividad deportiva requerirá acuerdo previo de la Comisión Paritaria.
- El Convenio Colectivo del Balonmano Profesional contempla en su art. 13 que por parte de la ASOBAL y de los clubes no se programará competición nacional alguna, ni tan siquiera entrenamientos o desplazamientos, ni cualquier otra actividad laboral, para la los días 24,

25 y 31 de diciembre ni para los días 1, 5 y 6 de enero de los años de vigencia del presente Convenio. No obstante, y en lo que se refiere a las dos últimas fechas indicadas se exceptúa el cumplimiento de las obligaciones en el ámbito de la competición internacional o nacionales derivadas de las mismas y que no pudieran ser programadas en fechas diferentes. La utilización de los días 5 y 6 para la actividad deportiva requerirá acuerdo previo de la Comisión Paritaria.

- Y por último, el Convenio Colectivo para la actividad del Ciclismo Profesional en su artículo 9 letra c, declara inhábiles a efectos laborales los días 1, 5 y 6 de enero y 23, 24, 25, 26, 30 y 31 de diciembre, de cada año, salvo en aquellas especialidades ciclistas en que exista competición oficial o se realicen desplazamientos para participar en ellas. Con motivo de la Asamblea anual de la ACP, se declaran inhábiles dos días dentro de los dos últimos meses, que serán comunicados con un mes de antelación a los equipos. Estos dos días no pueden coincidir con competiciones oficiales de carretera celebradas en territorio europeo.

El contenido de estos convenios ha sido duramente criticado por la doctrina puesto que no garantiza ningún día fijo de descanso al año, sin tener en cuenta la necesidad psicológica del deportista de conocer cuáles serán los días del año en los que tenga la seguridad que va a descansar efectivamente²⁹⁸.

E) Permisos y reducciones de jornada

Debe hacerse referencia a una materia respecto de la cual guarda silencio el RD 1006/1985 y que es de aplicación supletoria, no ya por remisión sino por omisión²⁹⁹, lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores, y abordamos los permisos retribuidos y las denominadas licencias³⁰⁰.

a. Permisos: cuestiones generales

El artículo 37.3 ET dispone que el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo que enumera. En general se pide que la ausencia se produzca “*previo aviso y justificación*” del trabajador a su empresario; lo que significa que con una antelación razonable (en función de cada caso; en muchas ocasiones será mínima o incluso imposible) se haga saber a la contraparte contractual que se producirá la ausencia (cualquier medio de comunicación será válido y no hay sino sumisión a las

²⁹⁸ T.SALA FRANCO en *El trabajo de los deportistas profesionales*.

²⁹⁹ M.L.RODRÍGUEZ COPÉ en “Ausencias retribuidas y reducciones de jornada para conciliar la vida familiar y laboral”.

³⁰⁰ Los convenios colectivos se remiten expresamente al Estatuto de los Trabajadores. El Convenio Colectivo para la actividad del Fútbol Profesional, establece en su artículo 11.4 que en cuanto a otros permisos especiales, se estará a lo dispuesto en esta materia en el Estatuto de los Trabajadores; el Convenio Colectivo para la actividad del Baloncesto Profesional de la Liga Femenina en su art.14 dispone respecto a otros descansos y permisos especiales que se estará a lo dispuesto en 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 las jugadoras de baloncesto; el artículo 11.3 del Convenio de Fútbol Sala, el cual establece en cuanto a otros descansos y permisos especiales remisión al Estatuto de los Trabajadores; siendo idéntica la regulación del art. 13.2 del Convenio del Balonmano Profesional, así como el último párrafo del artículo 9 del Convenio para la actividad del Ciclismo Profesional.

reglas de la buena fe a que alude art. 20.2 *in fine* ET). La justificación (a la que el empresario puede renunciar por la notoriedad de la causa o la confianza en la palabra de su trabajador) ha de aportarse en el momento en que sea posible (anterior o posterior al disfrute del permiso).

Ante el silencio de las normas generales y de muchos convenios acerca de cómo ha de llevarse a cabo esta acreditación, no queda más remedio que estar a las características de cada supuesto, aunque es evidente que algunos medios probatorios (documentos oficiales que acrediten matrimonio o fallecimiento, por ejemplo) tienen asegurada su virtualidad. La justificación ha de ser congruente con las características de la causa del permiso y su duración pues el trabajador que acude a artificios o falsedades a la hora de justificar la causa de la ausencia puede ser sancionado por su empleador, aunque respetando los principios y preceptos correspondientes.

Doctrina tradicional viene sosteniendo que el disfrute de los días ha de dedicarse al fin que justifica la ausencia; los permisos no están previstos como generadores de unos días para vacaciones o asuntos propios pues ello facilitaría el fraude, sancionable por la empresa (STS 21 septiembre 2010; RJ 2010, rec. 84/2009). Sin embargo, también debe descartarse una interpretación rigorista y literal, que exija atención directa y continua al motivo (enfermedad ajena, nacimiento de hijo, etc.), bastando un comportamiento concorde y razonable.

El art. 37.3 ET utiliza varias expresiones para determinar la naturaleza de los días concedidos como permiso; así se refiere a “días naturales” (para el matrimonio), a “días” (traslado de domicilio y eventos de parientes) o al “tiempo indispensable” (deberes). La técnica seguida podría llevar a pensar que la norma concede días de permiso *laborales* cuando omite la referencia a su carácter natural (por interpretación *a sensu contrario*), pero diversos argumentos abonan la tesis opuesta.

En principio ha de abonarse el salario en los mismos términos que se hubiera hecho caso de haberse desarrollado de manera efectiva la prestación laboral. Numerosas sentencias hablan de mantenimiento del salario real, término indicativo de que no valdría sólo el abono del salario base, sino el resto de conceptos salariales; por ejemplo, este enfoque impide que por causa del permiso se reduzca proporcionalmente la retribución del descanso semanal inmediatamente posterior.

b. Permisos: supuestos legales

La negociación colectiva (o el contrato) puede mejorar el listado de permisos (y su duración) recogido en el artículo 37.3 ET y que se examina acto seguido.

- Quince días naturales en caso de matrimonio.

La existencia de Registros especiales para uniones de hecho (homo o heterosexuales) ha reabierto la polémica, que la mayoría de Tribunales Superiores zanja rechazando el permiso por no existir verdadero matrimonio³⁰¹.

³⁰¹ Por ejemplo, STSJ Madrid 25 marzo 1998 [AS 1998, 806]; STSJ Castilla y León [Burgos] 19 octubre 2006 [AS 2006, 2958].

Existe debate doctrinal acerca de si la negativa a conceder el permiso por celebrarse una unión (registrada) entre personal del mismo sexo puede considerarse una discriminación indirecta por razón “de orientación sexual”, proscrita por el art. 1º y concordantes de la Directiva 2000/78 de 27 noviembre y por diversos preceptos del propio ET (por todos, art. 17.1).

- Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario³⁰², de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.

Una vez nacido el permiso, el alta hospitalaria del pariente no comporta su automática terminación sino que ha de estarse a las circunstancias del caso para ver si persiste la enfermedad grave o la necesidad de atención familiar³⁰³, lo que condiciona el alcance de la justificación exigible por la empresa³⁰⁴. En estos supuestos de hospitalización de pariente se incluyen los originados por el parto de una familiar, independientemente de que haya sido normal o con complicaciones (ej. cesárea); la STS 23 abril 2009 (RJ 2009, 3249) rechaza la distinción entre parto y enfermedad, así como diversos argumentos de otro tipo que previamente habían predominado en la jurisprudencia.

Para valorar si debe realizarse un desplazamiento al efecto los tribunales rehúsan las soluciones automáticas y unívocas, prefiriendo estar a todas las circunstancias concurrentes en cada caso; por eso han descartado que opere automáticamente la ampliación de permiso cuando el trabajador ha de acudir a término municipal distinto al de su residencia o trabajo (STSJ Madrid 23 mayo 2005 [AS 2005, 1308]); de manera más discutible, se considera nulo el convenio que equipara la necesidad de desplazamiento a que haya de recorrerse una distancia superior a cien kilómetros (STSJ Andalucía-Sevilla 31 octubre 2003 [JUR 2003, 53093]).

- Un día por traslado del domicilio habitual.
La Ley no exige que haya traslado de muebles para que proceda la concesión del permiso (STS 7 mayo 1992 [RJ 1992, 3523]). El permiso de trabajo por traslado de domicilio ha de referirse al habitual permanente y no al temporal (STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 28 octubre 2005 [AS 2005, 2940]).
- Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un período determinado, se estará a lo que ésta disponga en cuanto a

³⁰² Múltiples dudas prácticas surgen a la hora de concretar el disfrute de estos permisos. ¿Hay un límite de permisos por familiar? ¿Surge el derecho a la licencia tantas veces como se produzca la hospitalización o va referido a cada una de las patologías? ¿Qué hacer en caso de enfermedades graves y prolongadas, o cuando se requieren sucesivas hospitalizaciones? La doctrina judicial brinda respuestas heterogéneas en una materia que generalmente ni siquiera tiene acceso a la suplicación.

³⁰³ La STS 21 septiembre 2010 (RJ 2010, 7568) distingue alta hospitalaria y alta médica: la hospitalización es el presupuesto del permiso, pero puede haber cesado, por alta hospitalaria, y poseer sentido el disfrute del permiso “justificado por la situación patológica”; se diferencia así entre presupuesto para el nacimiento del permiso y para su disfrute, de modo que la licencia ha de concederse cuando concurren el resto de elementos (necesidad de auxilio directo o indirecto), con independencia de que el familiar siga hospitalizado.

³⁰⁴ La STSJ Madrid 5 marzo 2012 (AS 2012, 288) considera improcedente el despido basado en que el trabajador no acredita que su familiar continuaba hospitalizada al terminar el disfrute del permiso.

duración de la ausencia y a su compensación económica³⁰⁵.

En estos casos de acudimiento a las urnas la concreción del horario en que se utiliza el permiso corresponde al empleador (por descontado, coincidiendo con el horario de apertura de los colegios electorales), debiendo el trabajador aportar justificante acreditativo de haber votado, expedido por la mesa electoral correspondiente.

Doctrina judicial razonable descarta la procedencia del permiso para ejercer cargos de gobierno en un Colegio Profesional (STSJ Extremadura 13 enero 1992 [AS 1992, 340]). De manera discutible se sostiene que tampoco genera permiso quien pide el tiempo indispensable para renovar el DNI, aunque el horario del trabajador coincida con el impuesto por el Ministerio del Interior para tal deber (STSJ Cataluña de 1 diciembre 1992 [AS 1992, 6326]). Se ha entendido que no surge derecho a permiso para comparecer voluntariamente como testigo sin haber sido citado al efecto (STSJ Asturias 18 diciembre 1998 [AS 1998, 4839]).

- Para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente.

Los miembros de comités de empresa y delegados de personal disponen de un crédito horario mensual (quince a cuarenta horas, que pueden acumularse en determinados representantes) “para el ejercicio de sus funciones de representación” [art. 68.e ET].

Un derecho idéntico está reconocido en favor de los delegados sindicales por el art. 10.3 LOLS; en ambos supuestos la jurisprudencia viene admitiendo una amplísima interpretación de lo que sean “funciones de representación” y respaldando la imposición de sanciones por uso indebido sólo si es reiterado, grave, manifiesto.

Los representantes sindicales que participen en las Comisiones negociadoras de convenios colectivos manteniendo su vinculación como trabajador en activo en alguna empresa tendrán derecho a la concesión de los permisos retribuidos que sean necesarios para el adecuado ejercicio de su labor como negociadores, siempre que la empresa esté afectada por la negociación (art. 9.2 LOLS). Análogamente, el derecho se extiende a los representantes³⁰⁶.

También los Delegados de Prevención se benefician de esta construcción respecto del tiempo invertido en reuniones del Comité de

³⁰⁵ Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo debido en más del 20 por 100 de las horas laborables en un período de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el apartado 1 del artículo 46 de esta Ley.

En el supuesto de que el trabajador, por cumplimiento del deber o desempeño del cargo, perciba una indemnización, se descontará el importe de la misma del salario a que tuviera derecho en la empresa.

³⁰⁶ La STS 23 diciembre 2005 (RJ 2006, 1792) proclamó que el crédito horario no se ve afectado por las horas que sus titulares destinen a las deliberaciones propias de una negociación colectiva (a diferencia del tiempo invertido en reuniones del propio comité, o relaciones con los propios representados, o cualquier otra que redunde en exclusivo beneficio de los trabajadores).

En STS 2 octubre 1989 (RJ 1989, 7090) se puso de relieve la necesidad de que la justificación de la causa del permiso comprenda aquí no sólo la actividad motivadora del permiso, sino también la adecuación de ésta al tiempo utilizado de acuerdo con criterios de razonabilidad.

Seguridad y Salud de la empresa o en actividades preventivas conexas (art. 37.1.III LPRL).

- Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.

El precepto estatutario debe interpretarse a la luz de la normativa comunitaria de que trae causa (Directiva 92/85/CEE, relativa a la «Aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia»), por lo que se trata de un permiso reservado a la mujer embarazada (STSJ Andalucía/Sevilla de 23 de abril de 2007 [AS 2007, 3027]).

- En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento, para la lactancia del menor hasta que éste cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples (art. 37.4 ET).

Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla. Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.

- En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario (art. 37.4bis ET).

c. Reducción de jornada por razones familiares

Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. La norma principal (modificada en 2012 y 2013) se complementa con otras auxiliares.

- Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.
- El progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquélla, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra

enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.

- Las reducciones de jornada en cuestión constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.
- La Disposición Adicional Decimoctava ET, incorporada en 2007, prescribe que la indemnización del trabajador despedido cuando tiene jornada reducida por cuidado de hijo ha de calcularse tomando como módulo salarial lo percibido mientras trabaja a jornada completa.
- El art. 55.5.b) ET descarta la improcedencia del despido que afecte a determinados colectivos, entre los cuales se encuentran quienes ejercen el derecho a reducción de jornada examinado: o se declara la procedencia o debe calificarse como nulo.

La resolución de las diversas dudas interpretativas que el apartado suscita ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la finalidad que persigue esta reducción de jornada, que va más allá de los intereses particulares del trabajador y atiende a los de sus allegados; “tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (artículo 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia” (STS 20 julio 2000 [RJ 2000, 7209]). La concreción horaria de la reducción de jornada es un derecho del trabajador, que sólo en supuestos excepcionales ha de decaer, como en caso de abuso de derecho, inexistencia de buena fe o manifiesto quebranto para la empresa (STSJ Comunidad Valenciana de 27 septiembre 2000 [AS 2001, 524]).

d. Víctimas de violencia

Como consecuencia de los cambios introducidos mediante la LO 1/2004, de 28 diciembre, de protección integral contra la “violencia de género”, de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo, así como de la Ley 3/2012, el artículo 37.7 ET prevé lo siguiente:

- Los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo tendrán derecho para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.
- Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o

conforme al acuerdo entre la empresa y los trabajadores afectados. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a éstos, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias.

F) Vacaciones

La obligación que los poderes públicos tienen de garantizar el descanso necesario mediante, entre otras instituciones, “las vacaciones periódicas retribuidas” (art. 40.2 CE) se concreta a través de este artículo. Lo primero que debe decirse de él es que, pese a las sucesivas modificaciones y ampliaciones que ha experimentado, resulta sumamente escueto y que deja en la penumbra numerosas cuestiones; el problema es grave porque tampoco se trata de materias en las que la negociación colectiva entre de manera habitual; se hace entonces imprescindible el acudimiento a criterios jurisprudenciales, con frecuencia basados en las previsiones de diversos Convenios de la OIT y en sentencias comunitarias.

a. Retribución

Resulta esencial a la propia institución que las fechas de vacación sean “retribuidas” (art. 40.2 CE; art. 38.1 ET), debiendo percibir el trabajador “por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas, según art. 7.1 Conv. 132 OIT)”³⁰⁷. La “retribución ordinaria del trabajador es la que debe mantenerse durante el período de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas” (STJCE de 20 enero 2009 [TJCE 2009, 7]).

No procede la liquidación económica de la parte proporcional de vacaciones sin disfrutar si previamente a la extinción del contrato el trabajador disfrutó de un permiso retribuido que cumplió la finalidad del período vacacional (SSTS 30 abril 1996 [RJ 1996, 3627] y 13 febrero 1997 [RJ 1997, 1267]). En caso de despido improcedente sin readmisión, la retribución en metálico del tiempo proporcional de vacaciones no disfrutadas se extiende sólo hasta la fecha del despido y no al período, que se corresponde con el percibo de los salarios de tramitación, entre esta fecha y la de notificación de la sentencia que reconoce la improcedencia³⁰⁸.

b. Duración

El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual, si bien en ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales (art. 38.1 ET).

La STJCE de 20 enero 2009 [TJCE 2009, 7] señala que “ningún Estado miembro puede supeditar el derecho a vacaciones anuales retribuidas [...] al requisito de haber trabajado efectivamente durante el período de devengo de las vacaciones anuales establecido en el Estado de que se trate”.

³⁰⁷ La retribución en función de resultados, como es la percibida por comisiones, no puede considerarse como extraordinaria y ha de computarse a estos efectos (STS 17 diciembre 1996 [RJ 1996, 9717]), porque un complemento remuneratorio no pierde su carácter normal para convertirse en excepcional por el hecho de ser de cuantía variable (STS 30 mayo 2000 [RJ 2000, 5975]).

³⁰⁸ STS de 12 junio 2012 (RJ 2012, 8122).

La duración vacacional está (tácitamente) referida al supuesto de trabajador que permanezca vinculado con la empresa durante todo el año natural, debiendo realizarse los ajustes proporcionales precisos en otro caso. Pero se entiende que socava el contenido esencial del derecho la norma que supedita el nacimiento del derecho a que se haya mantenido una vinculación con el mismo empleador de determinada duración mínima (STJCE 26 junio 2001, *Bectu*).

c. Fijación

*El período o períodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los Convenios Colectivos sobre planificación anual de las vacaciones. El Estatuto de los Trabajadores no impide (y el art. 125 LRJS confirma) que a escala de centro de trabajo, empresa o sector, en convenios o pactos colectivos, mediante prácticas o verdaderas costumbres, operen reglas complementarias (a veces muy detalladas) para determinar cuándo se toman las vacaciones, sobre todo si se establece un sistema de turnicidad³⁰⁹.

Aunque han de valorarse todas las circunstancias en cada caso (antecedentes, conducta de la empresa, circunstancias del trabajador, etc.), la regla general debe quedar clara: “no es aceptable desde el derecho individual del trabajo que ningún trabajador decida por su cuenta cuándo ha de tomarse las vacaciones puesto que la fecha de las mismas tiene un régimen jurídico preestablecido con carácter general en el art. 38.2 ET en el que no se acepta precisamente esa decisión unilateral que en apariencia se trataba de juzgar en el caso” (STS 20 septiembre 2006 [RJ 2006, 8735]).

*El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute. No parece suficiente para cumplir su finalidad que a cada trabajador se le advierta con la referida antelación sobre sus fechas sino que ha de conocer la globalidad de tal calendario a fin de, en su caso, poder efectuar reclamaciones relacionadas con las asignadas a terceros.

d. Disfrute específico

Siguiendo las coordenadas establecidas por el Tribunal de Luxemburgo³¹⁰, el legislador de 2012 revisó el polémico tema de la superposición entre vacaciones y suspensiones contractuales. El art. 38.3 ET prescribe lo siguiente:

- Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 y 48.bis de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le

³⁰⁹ En caso de desacuerdo entre las partes, la jurisdicción competente fijará la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecurrible. El procedimiento será sumario y preferente.

³¹⁰ La STJUE de 22 noviembre 2011, C-214/10, caso KHS, considera acorde al Derecho comunitario la regulación que limitan, en virtud de un período de aplazamiento de quince meses a cuyo término se extingue el derecho a las vacaciones anuales retribuidas, la acumulación de derechos a las vacaciones de un trabajador que se encuentre en situación de incapacidad laboral durante varios períodos consecutivos de devengo de vacaciones.

correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.

- En el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.

e. Régimen especial y convencional

Las vacaciones de los deportistas profesionales. Establece el art. 10.3 RD 1006/1985 que los deportistas profesionales tendrán derecho a unas vacaciones anuales retribuidas de 30 días naturales, cuya época de disfrute, así como su posible fraccionamiento, se acordarán por convenio colectivo o en contrato individual.

La ausencia formal de especialidades confiere singular interés al contenido de los diversos convenios colectivos:

- En el Fútbol Profesional, artículo 10, se establece que los futbolistas tendrán derecho a unas vacaciones anuales retribuidas de 30 días naturales, o de la parte proporcional que les corresponda cuando tengan antigüedad inferior en el Club/SAD y de los que, al menos 21 serán disfrutados de forma continuada y el resto cuando las partes lo acuerden, estableciendo que en caso de desacuerdo, se disfrutarán los 30 días de forma continuada, e impidiendo que el periodo de vacaciones pueda sustituirse por compensación económica alguna.
- En el Baloncesto se regula en su art. 32.1 que los jugadores dispondrán de cuarenta y cinco días naturales de vacaciones anuales retribuidas, que podrán fragmentarse hasta en tres periodos, uno de los cuales deberá ser, cuando menos de treinta días naturales consecutivos que serán disfrutados –preferentemente– entre los meses de junio y julio incluyéndose en el cómputo de los mencionados cuarenta y cinco días aquellos en los que el jugador se encuentre incorporado a la Selección Nacional siempre que la convocatoria exceda de las cinco semanas de preparación previstas en el Convenio de Coordinación suscrito por la ACB y la Asociación de Baloncestistas Profesionales, ABP.
- El Convenio Colectivo para la actividad del Baloncesto Femenino preceptúa en su art 13 que las jugadoras profesionales de baloncesto tendrán derecho a 30 días naturales de vacaciones anuales retribuidas por doce meses de servicio, cuya época de disfrute así como su posible fraccionamiento se acordará por las partes, teniendo en cuenta los compromisos deportivos del club, entidad o sociedad anónima deportiva a la pertenezca la jugadora, prohibiendo que pueda sustituirse el periodo vacacional por compensación económica.
- El Convenio para el Fútbol Sala establece en su art 10 que cada jugador dispondrá de treinta días naturales de vacaciones retribuidas o de la parte proporcional que le corresponda cuando haya prestado sus servicios en el club o entidad o sociedad anónima deportiva durante un tiempo igual o superior a un año, que podrán fragmentarse hasta en tres periodos, uno de los cuales deberá ser, cuando menos, de quince días

naturales consecutivos, a disfrutar entre los meses de mayo, junio, julio y agosto, debiendo los clubes o entidades adaptar el sistema de vacaciones para que aquellos jugadores que se incorporen a la selección nacional puedan disfrutar al menos de quince días de descanso vacacional a disfrutar de forma consecutiva. Las vacaciones no podrán sustituirse en ningún caso por compensación económica.

- El Convenio para el Balonmano Profesional regula las vacaciones su art. 12, disponiendo que cada jugador dispondrá de treinta días naturales de vacaciones anuales retribuidas, siempre que la retribución por temporada deportiva pactada en contrato entre el club y el jugador sea satisfecha en doce mensualidades. En otros casos el jugador dispondrá de hasta cuarenta y cinco días naturales de vacaciones o de la parte proporcional que les corresponda cuando hayan prestado sus servicios en el Club o Entidad Deportiva durante un tiempo igual o superior a un año, entendiéndose por vacaciones todos aquellos días en los que el jugador no se encuentre bajo las órdenes directas del Club o Entidad Deportiva, excepto por lesión, descanso semanal o permiso potestativo acordado/concedido con/por el propio Club o SAD. Asimismo se establece que las vacaciones podrán fragmentarse hasta en tres periodos, uno de los cuales deberá ser, cuando menos, de treinta días naturales consecutivos, a disfrutar entre los meses de junio y julio, procurando por los clubes que los jugadores que se incorporen a la selección nacional puedan disfrutar como mínimo de 21 días de vacaciones consecutivos. Tampoco en este caso podrá sustituirse el periodo vacacional por compensación económica.
- Finalmente, el convenio del Ciclismo Profesional establece en la letra b de su artículo 9 que las vacaciones serán de treinta y cinco días naturales y que se disfrutarán siempre fuera de la época en que exista competición oficial de acuerdo entre el corredor y el director deportivo, no pudiendo sustituir el periodo vacacional por compensación económica.

De la regulación puede concluirse que en la práctica, el periodo o disfrute de las vacaciones no plantea grandes problemas puesto que el mismo solo puede coincidir con el tiempo en que se paraliza la actividad deportiva, que normalmente se produce durante los mismos periodos de tiempo en cada una de las modalidades, salvo por el supuesto del ciclismo que tiene actividad durante el mes de julio con una competición tan importante como el Tour de Francia.

El fraccionamiento del período vacacional no podrá determinarse de forma unilateral por el club, siendo los convenios o los propios contratos individuales los que establecerán un número de días de disfrute ininterrumpido susceptibles de variación en función de las exigencias de calendario de la actividad deportiva.

6. Retribución

Al igual que se ha hecho respecto de la ordenación del tiempo de trabajo, con el régimen de la retribución va a exponerse la regulación común para, sobre ella, trazar las especialidades del contrato de los deportistas profesionales.

El RD 1006/1985 en su art. 8.1 establece que la retribución de los deportistas profesionales será la pactada en convenio colectivo o contrato individual; si bien no

es este el único precepto del referido RD 1006/1985 a tener en cuenta en las retribuciones de los deportistas profesionales, pues el mismo RD 1006/1985 en su art. 1.2 define como deportistas profesionales a quienes en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva, a cambio de una retribución.

A) Salarios y garantías salariales

Como quiera que a través del contrato de trabajo se encauzan sólo “servicios retribuidos” (art. 1.1 ET) la contraprestación patrimonial del trabajo es, dogmáticamente, tan importante como éste mismo. Sólo quien trabaja “a cambio de una retribución” (art. 8.1 ET) queda comprendido en el campo aplicativo de esta Ley y, por extensión, de las normas laborales; fuera de tal órbita se encuentran los trabajos realizados a título gratuito, esto es, por “amistad, benevolencia o buena vecindad” [art. 1.3.d ET)]. Incluso siendo nulo el contrato de trabajo, allí donde hay verdadera prestación de actividad en régimen de ajenidad y dependencia, surge el deber de compensar aquélla (art. 9.2 ET).

El legislador (en buena medida como consecuencia de las reformas operadas mediante la Ley 11/1994 o la Ley 3/2012) ha circunscrito su tarea a dibujar unas pautas mínimas sobre estas cuestiones, remitiéndose, a múltiples efectos, a la autonomía colectiva o, en menor medida, individual. Un esquema muy sencillo de las alteraciones que la retribución de los trabajadores puede experimentar es el siguiente:

- El acuerdo individual es bastante para aumentar las retribuciones previas, al margen de su origen; el pacto entre empresa y trabajador también puede alterar los salarios que tuvieron su origen en otro anterior, respetando en todo caso los mínimos fijados en convenio colectivo (art. 3.1.c ET).
- Por vía de la modificación sustancial puede alterarse el “sistema de remuneración y cuantía salarial” (art. 41.1.d ET) siempre que afecte a condiciones previstas en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o condiciones más beneficiosas (art. 41.2 ET).
- Precisamente el “sistema de remuneración y cuantía salarial” previstos en convenio colectivo pueden inaplicarse siguiendo los trámites del *descuelgue* contemplados en el art. 82.3 ET.
- La primacía del convenio de empresa respecto de lo previsto en otros de ámbito superior se extiende a “la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa” (art. 84.2.a ET).

B) Concepto y estructura

1. CONCEPTO DE SALARIO. Conforme al artículo 26 ET “*se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores [...] por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena*”. Veamos alguna idea complementaria:

- a) La jurisprudencia acoge tradicionalmente la presunción de que “toda retribución que recibe el trabajador del empresario es salario”³¹¹.
- b) La realidad (no los pactos, apariencias o denominaciones) ha de primar en todo caso pues la denominación de las distintas partidas retributivas no altera su verdadera naturaleza³¹².
- c) Las cantidades satisfechas por el empleador pero que no compensen “*la prestación [...] de los servicios*” carecen de naturaleza salarial.
- d) La retribución percibida con motivo de festivos, descansos semanales, permisos, vacaciones y similares posee naturaleza salarial; este es el significado de la referencia al “*trabajo efectivo*” o a “*los períodos de descanso computables como de trabajo*”. Naturalmente, si todo se examina de manera numérica, lo que hay al cabo del año son determinadas horas trabajadas a cambio de una retribución³¹³.
- e) Los llamados “salarios de tramitación” [arts. 56.1 y concordantes], pese a su propia denominación y al inicial criterio de la jurisprudencia unificada (STS 7 de julio de 1994 [RJ 1994, 6351]) fueron finalmente considerados como carentes de la naturaleza jurídica propia del verdadero salario³¹⁴.
- f) El derecho a la intimidad no queda afectado por el hecho de que la copia básica de los contratos (cfr. art. 8.3 ET) refleje los salarios de cada trabajador (STC 142/1993, de 23 abril).
- g) La periodicidad con que se devengan determinadas cuantías o conceptos no condiciona su naturaleza salarial; de este modo, por ejemplo, se considera salario una “paga extraordinaria por antigüedad” devengada al cumplir veinticinco años de servicios³¹⁵.

C) Salario en especie

Las percepciones salariales pueden satisfacerse “*en dinero o en especie*”. Como regla general, según prescribe implícitamente el precepto comentado, el pago ha de efectuarse “*en dinero*”, lo que significa, salvo pacto, “exclusivamente en moneda de curso legal” (art. 3.1 Conv. núm. 95 OIT; art. 1170 CC), con independencia de que se entregue en numerario, cheque o transferencia (cfr. art. 29.4 ET). En ningún caso el salario en especie podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador y no podrá dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional.

³¹¹ STS de 25 octubre 1988 [RJ 1988, 8152].

³¹² En este sentido, SSTS de 21 abril 1983 (RJ 1983, 1857), 7 diciembre 1987 (RJ 1987, 8840) y 2 noviembre 1989 (RJ 1989, 7791), razonando esta última que “es preciso atender a la realidad salarial y no a la calificación que las partes le den”.

³¹³ Ese mismo carácter salarial es predicable de la retribución satisfecha por el empleador en los supuestos en los que no se desarrolla efectivamente la prestación laboral por causas que le son imputables (artículo 30 ET).

³¹⁴ SSTS 14 julio 1998 [RJ 1998, 8544], 9 diciembre 1999 [RJ 1999, 9718] y 26 diciembre 2000 [RJ 2001, 1880].

³¹⁵ En este sentido STS 9 mayo 2003 [RJ 2003, 5768].

Las ventajas o beneficios sociales (economatos, clubes, bibliotecas, etc.) proporcionados por la empresa sólo tienden a considerarse salario si poseen una repercusión directa e inmediata, al tiempo que individualizable, en el patrimonio del trabajador; en algunos supuestos (uso de vehículos, viajes de placer, etc.) la calificación es más que problemática. La entrega de acciones al trabajador, o el beneficio obtenido con su adquisición preferente posee naturaleza salarial³¹⁶.

D) Prestaciones extrasalariales

“Como consecuencia de su actividad laboral” el trabajador también puede obtener percepciones diversas del salario, en cuanto que no son el contravalor del trabajo o actividad prestada sino una neutralización de los perjuicios padecidos por aquél:

*Carecen de naturaleza salarial las compensaciones de los “*gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral*”: cantidades para útiles o prendas de trabajo; dietas y gastos de locomoción; quebranto de moneda; pluses de distancia y transporte; material informático o fungible aportado por el trabajador; compensación de llamadas telefónicas efectuadas por encargo de la empresa; etcétera.

En esta categoría se subsume la “ayuda alimentaria” que algún convenio reconoce a fin de compensar al trabajador del perjuicio que sufre por no poder regresar a su domicilio para el almuerzo, si la actividad se presta en gran ciudad y con jornada partida³¹⁷.

Cuando las dietas se abonan conforme a lo previsto en convenio se presume que su naturaleza concuerda con la finalidad a que obedecen³¹⁸. Pero si la movilidad geográfica que las propicia se ha convertido en definitiva, hay que pensar que su naturaleza se ha desplazado hacia la de un complemento salarial³¹⁹. Asimismo, el plus de transporte previsto en el convenio colectivo es una prestación extrasalarial, sin que tal naturaleza se altere por el hecho de que se abone durante las vacaciones; no procede, en consecuencia, aplicar respecto del mismo la absorción y compensación salarial³²⁰.

Tampoco son salario las “Prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social” (arts. 38 y 39 LGSS), con independencia de quién corra con la responsabilidad del pago (Entidad Gestora, Mutua, empresa), de su modalidad (en especie, en metálico; de tracto único, a tanto alzado) o de cómo se lleve a efecto (pago delegado, pago directo). Entran aquí tanto las prestaciones regularmente abonadas cuanto las afrontadas por el empleador como consecuencia de haber incumplido previamente sus obligaciones en materia de afiliación y alta o cotizaciones.

Carácter extrasalarial tienen también las “*Indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos*”. En los supuestos de desplazamientos y *traslados* la empresa puede venir obligada a satisfacer determinadas compensaciones por los gastos que el trabajador (viaje, mudanza, etc.) debe de soportar, a veces

³¹⁶ SSTS (2) 24 octubre 2001 (RJ 2001, 2362 y 2363).

³¹⁷ STS 1 julio 2002 [RJ 2002, 9191].

³¹⁸ STS 24 enero 2004 [RJ 2004, 1479].

³¹⁹ STSJ País Vasco 24 mayo 2005 [AS 2005, 2083].

³²⁰ STS de 25 noviembre 2011 (RJ 2012, 1476).

extensivos a los familiares; conviene examinar el artículo 40 ET y tener presente que un complemento retributivo por desempeño de la actividad en país extranjero puede considerarse salarial³²¹.

Las propinas se excluyen del concepto de salario, al ser percibidas por el trabajador con ocasión de su trabajo, por no proceder del ingreso del patrimonio empresarial sino de un tercero³²². Lo mismo sucede con otras liberalidades satisfechas como tales por la empresa, es decir, que no hayan llegado a constituir una verdadera condición más beneficiosa³²³. Paradigma de estos obsequios, en cuanto que no se integran en el sinalagma funcional que caracteriza al contrato de trabajo son las “cestas de Navidad” o “regalos de Reyes” por lo que el trabajador que cesa antes de su percepción carece del derecho a percibir una hipotética parte proporcional devengada³²⁴.

E) Estructura

Respecto a la estructura salarial, nada establece el RD 1006/1985 en su art. 8, que se limita a determinar sucintamente las percepciones que tienen la consideración de salario, remitiéndose a los convenios colectivos o contratos individuales para calificar la retribución; por otra el Estatuto de los Trabajadores, establece en su art. 26.3 que mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario; para el mismo ET en su art. 31, regular las gratificaciones extraordinarias estableciendo el derecho del trabajador a percibir dos gratificaciones extraordinarias al año, una con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario, –que normalmente se fija en el mes de julio–, estableciendo la posibilidad que por convenio colectivo las gratificaciones extraordinarias puedan prorratearse en doce mensualidades³²⁵.

a. Salario base y complementos

Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que siempre debe poseer una retribución *básica*, fijada en función del tiempo trabajado o de la cantidad de trabajo realizado, obviamente, siempre que se haya actuado con diligencia [arts. 5.a) y 20.2 ET]. A él podrán adicionarse complementos:

* Personales: fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador no consideradas al fijar el salario base: antigüedad, títulos, idiomas, etc.

³²¹ Indirectamente, STS 27 septiembre 2004 [RJ 2004, 6986]).

³²² SSTS 8 junio 1987 [RJ 1987, 4139] y 23 mayo 1991 [RJ 1991, 3921].

³²³ Cfr. STS 20 diciembre 1993 [RJ 9974].

³²⁴ STS 18 enero 1996 [RJ 1996, 3249].

³²⁵ La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 9 de noviembre de 2007 establece que ni en la normativa específica ni en las condiciones y estipulaciones pactadas en los sucesivos contratos laborales de duración determinada, se contempla el devengo de los concretos conceptos retributivos peticionados en demanda, y que el artículo 21 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de Junio, sólo prevé el devengo, como mínimo de derecho necesario, de dos pagas extraordinarias, reservando a la autonomía de la voluntad de las partes el acuerdo sobre otros complementos retributivos, lo que determina que carezca de cobertura jurídica la reclamación económica examinada.

Muy frecuente ha venido siendo el complemento de antigüedad; está sujeto al convenio pues es preciso que concurren los requisitos establecidos en el acuerdo alcanzado entre la empresa y los representantes de los trabajadores —edad, antigüedad— para causar derecho al complemento de antigüedad³²⁶.

* Vinculados “*al trabajo realizado*”: pluses de penosidad, peligrosidad, responsabilidad, toxicidad, nocturnidad, vuelo, máquinas, embarque, turnicidad, primas de asiduidad o puntualidad, realización de trabajo en determinados días (festivos, fines de semana), etc. La eventual compensación por horas extraordinarias también suele subsumirse en este apartado.

El carácter funcional de estos complementos implica que su percepción se produce sólo desde el momento en que se ejerciten efectivamente las tareas en las concretas condiciones a las que aquél se vincule (STS 10 octubre 2000 [RJ 2000, 9425]). Cuando el trabajador pase a realizar funciones inferiores, pese a que el art. 39.3 ET declara que a los trabajadores afectados se les mantendrá «la retribución de origen» (art. 39.3 ET), los derechos económicos no alcanzan a las retribuciones ligadas al puesto de trabajo (STS 25 febrero 1999 [RJ 1999, 2021]).

* Complementos dependientes de “*la situación y resultados de la empresa*”: primas y ciertas clases de incentivos, participación en beneficios, etc.

Si se acuerda un complemento salarial por objetivos, pero su concreción final queda a la exclusiva voluntad del empresario y, además, el acuerdo que lo estableció está ambiguamente redactado hasta el punto de que no es posible determinar las condiciones para su devengo, la empresa debe abonar el complemento en todo caso³²⁷.

b. Comisiones

La modalidad retributiva de comisión por intermediación en ventas se halla plenamente admitida, al igual que el devengo supeditado al momento de realizarse o pagarse el negocio o venta³²⁸, aunque su validez queda supeditada a la garantía de un salario mínimo³²⁹ pues la propia existencia del contrato de trabajo garantiza la percepción de una retribución mínima, incluso aunque se haya pactado sólo salario a comisión.

El derecho al salario a comisión nacerá en el momento de realizarse y pagarse el negocio, la colocación o venta en que hubiera intervenido el trabajador, liquidándose y pagándose, salvo que se hubiese pactado otra cosa, al finalizar el año (art. 29.2 ET). Además, el trabajador y sus representantes legales pueden pedir en cualquier momento comunicaciones de la parte de los *libros* referentes a tales devengos; el acceso parcial a las fuentes contables de la empresa a fin de que se pueda comprobar el acierto en el cálculo de las comisiones debe enlazarse con la facultad que el art. 77 LRJS (asesoramiento de “un experto en la materia”) reconoce a “quien pretenda demandar”.

³²⁶ STS de 28 noviembre 2011 (RJ 2012, 96).

³²⁷ SSTS de 14 noviembre 2007 (RJ 2008,1004) y 15 diciembre 2011 (RJ 2012, 377).

³²⁸ SSTS de 18 diciembre 1992 (RJ 1992, 10338), 17 enero 1991 (RJ 1991, 57), 18 diciembre 1990 (RJ 1990, 10277), 27 abril 1989 (RJ 1989, 2987), 30 noviembre 1989 (RJ 1989, 8292).

³²⁹ STS de 3 noviembre 1986 (RJ 1986, 6257).

c. Pagas extras

CONCEPTO.- Pese a que el propio legislador ha delineado la cuadrícula de la estructura salarial en el artículo 26 ET, las *gratificaciones extraordinarias* reguladas en el artículo 31 no encajan con claridad en aquélla. Así, se ha sostenido que las gratificaciones extraordinarias han de considerarse como complementos de vencimiento periódico superior al mes y no como salario base³³⁰, pero también que en el actual marco normativo no es posible reconducir la paga extra a la condición de complemento supramensual³³¹, pareciendo que la solución puede depender de que el convenio haya decidido o no su prorrateo³³² y siendo indiscutible que estamos ante verdadero *salario*.

NÚMERO Y CUANTÍA.- Respecto del número de gratificaciones extraordinarias, la Ley lo establece en *dos al año*. Pero no se trata, ni mucho menos, de una exigencia estricta puesto que –además de la posibilidad de prorrateo a que luego se aludirá– el precepto es mejorable tanto por pacto individual (art. 3.1.c ET), como por convenio o acuerdo colectivo (arts. 37.1 CE, 3.1.b y 85.1 ET), así como por concesión unilateral del empresario, laudo arbitral, etc.

Conforme al propio art. 31 ET “se fijará por convenio colectivo la **cuantía** de tales gratificaciones”. Respecto de la retribución que actúe como parámetro para determinar el importe a satisfacer “ha de estarse al salario que corresponda en la fecha en que la paga se devenga³³³; de este modo, si durante el período de devengo se hayan realizado temporalmente tareas de categoría superior a la propia, ello ha de tener una repercusión en el importe de la paga extra³³⁴”.

DEVENGO.- Estas gratificaciones, en cuanto complementos retributivos, se devengan día a día desde la fecha de pago de la del año anterior, identificándose con lo que suele denominarse salario diferido³³⁵. En materia de pagas extraordinarias “rige (...) un principio de proporcionalidad” de modo que, el importe previsto para cada una de ellas se corresponde con los doce meses de trabajo anteriores a la fecha de su abono³³⁶. En concreto, el que no se devengue la parte correspondiente de paga extra durante el período de incapacidad temporal posee un doble fundamento: si no hay actividad tampoco surgen los derechos respecto de los cuales se carece de previsión en tal sentido (conmutatividad del contrato de trabajo) y durante tal situación el subsidio que se abona se calcula en función de una base reguladora que incorpora ya el importe ponderado de tal retribución³³⁷. El criterio es válido con independencia del número de tales pagas, de modo que aunque se abonen hasta

³³⁰ SSTs 6 [2] julio 1998 (RJ 1998, 5270 y 6157); 26 enero 1999 [RJ 1999, 1103].

³³¹ SSTs 13 [2] y 17 julio 1998 [RJ 1998, 6167, 6168 y 6526].

³³² STS 15 julio 1998 [RJ 1998, 6524].

³³³ Se establecen y se devengan, por término general, en atención precisamente a las fechas extraordinarias que las motivan y determinan”, en solución acogida por múltiples pronunciamientos judiciales (por ejemplo, STS 7 junio 1994 [RJ 1994, 4751]), que descartan la tesis del promedio de los salarios vigentes durante todo el tiempo de su devengo.

³³⁴ STS 11 mayo 1993 [RJ 1993, 4088].

³³⁵ En tales términos puede verse la STS 6 mayo 1999 (RJ 1999, 4709).

³³⁶ Así lo explica STS de 10 abril 1990 [RJ. 1990, 3454].

³³⁷ Véanse, por ejemplo, SSTSJ Cataluña de 3 diciembre 1996 (AS 1996, 4948); Andalucía (Sevilla) de 22 febrero 1994 (AS 1994, 679). Lo mismo sucede cuando se percibe el subsidio por maternidad o riesgo durante el embarazo.

cuatro cada año se devengan de fecha a fecha (no trimestralmente) si el convenio guarda silencio al respecto³³⁸.

MOMENTO DEL PAGO.- De las dos preceptivas pagas extras el art. 31 ET dispone que se abonará “una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores”. El derecho del trabajador a percibir anticipos a cuenta del trabajo ya realizado, que reconoce el artículo 29.1 del Estatuto, alcanza sólo las percepciones de vencimiento mensual y no las de vencimiento superior al mes³³⁹.

Mediante convenio colectivo puede pactarse que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades. Si el convenio ha descartado de manera expresa esa posibilidad hay que entender que los pagos mensuales carecen de eficacia para extinguir la obligación de satisfacer las pagas extras³⁴⁰ y acaban comportando una subida retributiva³⁴¹. Pero si el convenio colectivo no lo prohíbe expresamente, el abono prorrateado de las pagas extras pactado en el contrato es válido y libera a la empresa de la obligación de abono de dichas pagas en la fecha de devengo³⁴².

F) Compensación y absorción

Se trata de técnica y precepto tradicional, mediante el cual se neutraliza la virtualidad de una subida salarial para quienes ya vienen cobrando más. No es preciso que el concepto retributivo compensable aparezca expresamente identificado en la estructura salarial, ni siquiera es preceptivo el enfrentar sólo las partidas o conceptos homogéneos; lo único decisivo es que se perciban (o no) retribuciones por encima de lo establecido en el nuevo convenio u “orden” regulador de que se trate.

En particular, la revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando éstos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquél. La regla prescribiendo el respeto a los salarios previos particulariza la más general del art. 26.5 ET; en todo caso, persigue la clarificación acerca de cuándo un nuevo SMI afectará a un concreto trabajador³⁴³.

- Sin magnitudes que contrastar tampoco cabe que opere la regla de manera que, por ejemplo, no se puede aplicar la compensación y absorción salarial entre dos conceptos retributivos –comisiones y plus de convenio– recogidos en el mismo pacto colectivo³⁴⁴.
- Son dos los presupuestos necesarios para que pueda operar la compensación y absorción salarial prevista en el art. 26.5 del ET: por una parte, la coexistencia o el mantenimiento de dos fuentes

³³⁸ STS de 30 enero 2012 (RJ 2012, 2464).

³³⁹ Véase al respecto STS 6 mayo 1994 (RJ 1994, 4001).

³⁴⁰ SSTs 19 septiembre 2005 (RJ 2005, 7330); 7 noviembre 2005 (RJ 2006, 2892); 8 marzo 2006 (RJ 2006, 5411); 18 mayo 2010 (RJ 2010, 5299); 25 enero 2012 (RJ 2012, 2458).

³⁴¹ La STS 25 enero 2012 (RJ 2012, 2458) extrae las pertinentes consecuencias a la hora de calcular la indemnización por despido.

³⁴² STS de 18 mayo 2010 (RJ 2010, 5299).

³⁴³ El salario mínimo no afecta a la estructura del salario, sino a la cuantía del mismo cuando su aplicación implique una mayor retribución, según la STS 9 marzo 1992 (RJ 1992, 1629).

³⁴⁴ STS 10 noviembre 1998 [RJ 1998, 9548].

reguladoras del salario que permitan la comparación³⁴⁵; y, por otro lado, la variación al alza de los niveles salariales adoptados como punto de referencia³⁴⁶.

- Pero si es salarial la paga de beneficios unilateralmente concedida por la empresa a sus trabajadores, cuando los salarios reales que perciben superen en conjunto y cómputo anual los señalados en el Convenio Colectivo, procede la compensación y absorción de los mismos³⁴⁷.
- Procede la absorción y compensación del nuevo convenio colectivo (aplicado tras litigio sobre el particular), cuya estructura salarial difiere del anteriormente aplicable, si comporta percibir un salario superior, sin que en este caso proceda comparar complemento con complemento³⁴⁸.

G) Salario Mínimo Interprofesional

a. Regulación

La existencia del SMI regulado por el art. 27 ET “constituye una intervención coactiva en las relaciones de trabajo, que encuentra su justificación en la protección de un interés que se estima digno y necesitado de la atención del Estado, según los principios constitucionales” expuestos (STC 31/1984, de 7 de marzo)³⁴⁹. El RD Ley 3/2004, de 25 junio, remodeló por “recuperar su función estrictamente laboral y desvincularlo de otros efectos” a cuyo fin creó el IPREM (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples), anualmente cuantificado en la LPGE.

La competencia para cuantificar el SMI se residencia en el Gobierno. A la postre, Constitución, Ley y Real Decreto se articulan e interaccionan; por descontado, lo normal es que, todavía, los pactos colectivos o individuales procedan a mejorar las cuantías de referencia para su concreto ámbito aplicativo, pero ya estamos entonces ante los salarios profesionales y no ante una referencia de ámbito estatal. Dispone la Ley que con los agentes sociales (“*con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas*”) debe haber “*previa consulta*”, lo que impide –en términos jurídicos– el cuestionamiento de las decisiones por el hecho de que no hayan sido negociadas o acordadas.

El margen de maniobra del Gobierno es elevadísimo puesto que los diversos elementos que se mencionan por la Ley han de tenerse “*en cuenta*”³⁵⁰. No hay, por tanto, predeterminación ni, mucho menos, automatismo; por ejemplo: un elevado

³⁴⁵ STS de 10 noviembre 1998 [RJ 1998, 9548].

³⁴⁶ STS de 15 enero 1990 [RJ 1990, 124].

³⁴⁷ STS 9 diciembre 1999 [RJ 1999, 9722].

³⁴⁸ STS de 12 junio 2012 (RJ 2012, 8337).

³⁴⁹ No obstante la tradición legislativa a favor de establecer este suave condicionante a la libertad de pactos, en los últimos años ha tenido cierto predicamento una opinión ultraliberal proclive a la eliminación del salario mínimo garantizado, a veces respecto de los colectivos con menor empleabilidad; tal pretensión parece inconciliable con las exigencias constitucionales e internacionales reseñadas.

³⁵⁰ Insistamos en que, conforme al artículo 27.1 ET, *el Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, anualmente, el salario mínimo interprofesional, teniendo en cuenta:*

- *El índice de precios al consumo.*
- *La productividad media nacional alcanzada.*
- *El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional.*
- *La coyuntura económica general.*

IPC puede justificar tanto el considerable aumento del SMI para contrarrestar sus efectos perniciosos en el poder adquisitivo cuanto una contención salarial para embridar la inflación. Los factores a ponderar en la fijación del SMI son muy genéricos y permiten dar cobertura a otros tales como el nivel general de las rentas laborales en el país, las prestaciones de Seguridad Social o la conveniencia de alcanzar y mantener un elevado nivel de empleo (art. 3 Conv. 131 OIT).

No hay en la Ley exigencia alguna de que la cuantía del SMI aumente en función del IPC previsto, sino solo de que se tome en consideración ese dato; bien examinado, ni siquiera hay necesidad de que la cifra retributiva sea superior o igual a la del año precedente, siempre entendiendo respetadas las exigencias constitucionales e internacionales. Reitérese la imposibilidad de pretender una revisión automática del SMI, o una fijación judicial, previa valoración de los factores legalmente enumerados: tal facultad corresponde en exclusiva al Gobierno³⁵¹.

Para mantener su propia eficacia “se fijará una revisión semestral para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios citado”. Parece que el tenor de la norma (recuérdese, de redacción inalterada desde 1980) quería que la revisión operase de modo automático o, al menos, que fuere comprometida en el acto de la fijación para todo el año³⁵², aunque la práctica contradice esa impresión y convierte el precepto en una autorización para revisar más que en un mandato.

En las cuantías del SMI se computa únicamente la retribución en dinero, sin que el salario en especie pueda, en ningún caso, dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero de aquéllas. Dicho de otro modo: quien sólo perciba el SMI no puede ser remunerado en especie (lo que posee especial importancia tanto en el ámbito del empleo doméstico cuanto de ciertas actividades del sector agrario) y quien percibe remuneración en especie ha de cobrar por encima del SMI.

b. Cuantía específica

Retomando el carácter retribuido de la relación laboral del deportista profesional hemos de referir que ni el Real Decreto 1006/1985, ni los distintos convenios colectivos hacen mención a la cuantía salarial, así los convenios colectivos, de forma habitual, reseñan las retribuciones a percibir, limitándose a cuantificar el salario mensual, las gratificaciones extraordinarias y en algunos casos el plus de antigüedad, pero no establecen ni la forma de cuantificar, ni la propia cuantía de los pluses salariales, derivando la solución a los acuerdos de empresa o contratos individuales. Sin embargo, sí establecen algunos convenios colectivos las cuantías mínimas garantizadas a los deportistas en cómputo anual:

- El Convenio Colectivo para la actividad del Fútbol Profesional dispone en su art. 21.1 que cada Futbolista Profesional que participe en cualesquiera de las Divisiones que se indican en el Anexo II³⁵³ del

³⁵¹ Extrayendo las consecuencias, quizá en exceso, de estas reflexiones, la STS-CONT 24 julio 1991 (RJ 1991, 7553) llegó a afirmar que el correspondiente Real Decreto fijando el SMI es “manifestación de una actividad política”, no susceptible de control en cuanto al fondo o contenido ya que el mismo “es fundamental para la política económica general del Estado, que es un aspecto de la función política que por imperativo constitucional reflejado en el art. 97 de la Constitución” compete al Gobierno.

³⁵² De todos modos, el Tribunal Supremo (acertadamente) advirtió que el silencio de los Reales Decretos anuales sobre la revisión semestral no excluye que pueda producirse, mediante la publicación de la oportuna norma complementaria (STS-CONT de 8 abril 1991 [RJ 1991, 3196]).

³⁵³ El propio Anexo II se define como SUELDO MÍNIMO GARANTIZADO.

convenio, deberán percibir como mínimo, por cada año de vigencia de su contrato, las cantidades que, dicho Anexo, referencia para cada División, y contempla como tope hasta tres futbolistas con salario mínimo garantizado por la LFP, con tope de 120.000 euros ó 55.000 euros, según milite en Primera División o en Segunda División, y en función de unos requisitos exigidos que el propio Anexo establece; asimismo se contempla que los futbolistas entre 16 y 18 años tendrán garantizado el Salario Mínimo Interprofesional con independencia de que participe en una División u otra.

- El Convenio Colectivo del Balonmano Profesional fija los importes a percibir en su art. 23, y dispone que el salario mínimo interprofesional de los jugadores profesionales de balonmano para la primera temporada de vigencia de este Convenio será de 9.000 €, importe que se actualizará anualmente aumentando de acuerdo a las variaciones del IPC publicadas por el INE en fecha 30 de junio de cada temporada de vigencia del Convenio.
- El Convenio Colectivo para la actividad del Ciclismo Profesional también garantiza unas percepciones brutas mínimas en su artículo 18, en conjunto por todos los conceptos y en cómputo anual³⁵⁴.
- El Convenio Colectivo para la actividad de Baloncesto Profesional de la Liga Femenina establece como salario base 600 € mensuales, cuantía que se igualará de forma automática al importe fijado por el Gobierno para el salario mínimo interprofesional fijado en cada momento cuando dicho importe sea superior a los referidos 600 € mensuales.
- El Convenio Colectivo del Fútbol Sala garantiza a los jugadores la percepción mensual mínima equivalente al salario mínimo interprofesional.
- El Convenio Colectivo de Trabajo para la actividad del Baloncesto Profesional ACB también garantiza una retribución anual mínima cuya cuantía se establece en función de la edad del deportista.

H) Garantías de cobro

a. Inembargabilidad

Existe un mínimo total y absolutamente inembargable: el SMI, por encima el legislador “ha establecido cómo y cuánto se puede embargar”, cabiendo la posibilidad de que existan varios embargos sobre el mismo trabajador, pero en ningún caso el total retenido podrá superar las cuantías que se fijan en esa escala³⁵⁵.

³⁵⁴ Para el año 2010, garantiza 26.700 € a los neoprofesionales de los equipos UCI PRO TOUR, 33.000 € a quienes no sean neoprofesionales y pertenezcan a estos equipos. A los neoprofesionales de otros equipos profesionales que no pertenezcan al UCI PRO TOUR les garantiza una percepción mínima de 23.000 € y de 27.500 € a quienes pertenezcan a estos equipos y no sean neoprofesionales. Dichas cuantías mínimas incluirán el sueldo mensual, las pagas extraordinarias y la ficha o prima de contratación y serán revisadas por la Comisión Paritaria para los años 2011 y 2012 con el objeto de adaptarlas a los mínimos exigidos por la Unión Ciclista Internacional en virtud del Acuerdo Paritario en vigor en cada momento entre la CPA (Asociación Internacional de Corredores) y la AIGCP (Asociación Internacional de Equipos Ciclistas).

³⁵⁵ SSAP Burgos 11 julio 2002 [JUR 2002, 233246], Barcelona 27 noviembre 2000 [JUR 2001, 110071] y Castellón 28 diciembre 2000 [JUR 2001, 242340]).

Respecto de los salarios superiores al mínimo interprofesional opera una (in)embargabilidad relativa, en función de una escala (creciente, desde el 30 al 90 por 100) que debe aplicarse (por tramos de SMI) sobre los salarios líquidos (después de descuentos por impuestos, cotizaciones, otros embargos) percibidos, con posibilidad de rectificar la escala atendiendo a las cargas familiares.

La garantía debe jugar frente a ejecuciones judiciales (singulares o concursales) pero también frente a las diversas Administraciones que pretendan satisfacer un crédito de naturaleza pública; lógico (aunque no claro) es que opere asimismo frente al propio empleador que interese la compensación de deudas.

b. Privilegios

El artículo 32 ET contempla un sistema preferencial que decae en las ejecuciones *universales*; cuando se declara un concurso, se aplican por el juez mercantil las escalas de prioridad crediticia configuradas por la propia LC³⁵⁶. Pero conserva su virtualidad en las ejecuciones *singulares*, dentro de las cuales, la preferencia del crédito laboral frente a otro crédito, laboral, o no, se hace valer mediante una tercería de mejor derecho, planteada por el empleado ante el juez (civil o laboral) que haya abierto una ejecución. Con esa importante premisa, los privilegios del citado art. 32 son los siguientes:

- Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.
- Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.
- Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.

c. Aseguramiento (el FOGASA)

El Fondo de Garantía Salarial encarna un peculiar mecanismo asegurativo, que afianza al trabajador la percepción, hasta ciertos límites, de los salarios y las indemnizaciones por extinción de contrato que su empresario no hace efectivos por dificultad económica; en ese sentido estamos ante un responsable legal subsidiario. De su regulación básica (art. 33 ET) deriva lo siguiente:

- Abona a los trabajadores el importe de los salarios (reconocidos en conciliación o resolución judicial) pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario, con el tope del doble del SMI

³⁵⁶ El crédito laboral no puede hacerse efectivo, al margen de un procedimiento concursal coetáneo, en una ejecución social singular, es decir, en lo que conoce como “ejecución separada”; así se deduce de la simple lectura del nuevo art. 32, en relación con el art. 248.3 LRJS.

diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento veinte días.

- Abona indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 de esta Ley, y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. En todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.
- El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al artículo 50 de esta Ley, se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio, con el límite fijado en el párrafo anterior.

d. Garantías especiales en el ámbito deportivo

Conviene recordar que el deportista goza de la protección, como cualquier otro trabajador, que regula el art. 33 ET, a través del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), como Organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales³⁵⁷ y encargado de abonar a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario³⁵⁸. Por otra parte, noticiar que algunos Convenios Colectivos establecen fondos de garantía de los créditos salariales de los deportistas profesionales:

1º Fútbol

El Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional establece en su Anexo IV un procedimiento específico para la solución de las reclamaciones de cantidad, por el que se constituye una vía extrajudicial para este tipo de reclamaciones³⁵⁹ puesto que su resolución corresponde a la Comisión Mixta

³⁵⁷ Actualmente, Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

³⁵⁸ Los deportistas profesionales son beneficiarios de las prestaciones del FOGASA en virtud de lo establecido en el RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, que en su art. 13 dispone que podrán percibir las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial todos los trabajadores vinculados por la relación laboral a alguno de los empresarios, cuando sean titulares de un crédito por salarios o indemnizaciones; así y en el art. 11 se incluye expresamente como cotizantes del Fondo de Garantía Salarial a los clubes o entidades deportivas, por los deportistas profesionales vinculados a los mismos en virtud de relación laboral de carácter especial.

³⁵⁹ El art. 1.1 del Anexo IV del Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional dispone que los Futbolistas Profesionales de cualquiera de los equipos adscritos a la LNFP podrán formular las reclamaciones de cantidad a que se consideren acreedores, contra los Clubes/Sads en las que estén o hubieran estado inscritos, siendo por lo tanto el recurso a este procedimiento de carácter potestativo, como no podría ser de otra manera dado que el acceso a la jurisdicción ordinaria no puede ser excluido al ser un derecho fundamental reconocido en el art. 24 CE, y por el que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

compuesta por tres miembros de la LNFP y tres de la AFE, tal y como se prevé en el artículo 9 del citado Anexo.

El Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional regula el Fondo de Garantía Salarial en su Anexo III, estableciendo que la LNFP garantiza el pago de las deudas salariales que los Clubes/Sads mantengan con sus futbolistas profesionales, correspondientes a las temporadas 2014/2015 y 2015/2016, mediante la constitución de un Fondo de Garantía Salarial, que abonará las cantidades adeudadas conforme a las siguientes reglas:

- Son titulares del derecho y por lo tanto podrán percibir las prestaciones de este Fondo todos los Futbolistas Profesionales vinculados con los Clubes/Sads afiliados a la LNFP, que tengan reconocido su crédito de acuerdo con lo establecido en las normas que se determinan seguidamente:
 - El Fondo se aplicará “única y exclusivamente, a los créditos derivados de conceptos salariales conforme se definen en el art. 20 del Convenio Colectivo devengados en las temporadas 2014/2015 y 2015/2016”.
 - Ha de tratarse de “cantidades adeudadas por el Club/Sad al jugador en atención a lo dispuesto en contratos debidamente registrados en la LNFP dentro de los 15 días siguientes a su firma; o en su defecto, en contratos registrados por AFE en la LNFP dentro de los 30 días siguientes al de su firma y que el devengo de las citadas cantidades corresponda a la temporada en que se reúna la Comisión Mixta para examinar las mismas o a la finalizada el 30 de junio anterior, cuando se reúna el 31 de julio o siguiente hábil, siempre que hayan sido aprobadas previamente por la citada Comisión Mixta”.
- La cuantía de la prestación será igual al importe del crédito reconocido al futbolista por la Comisión Mixta con los límites máximos que establecen para cada temporada y dependiendo de si el futbolista ha participado en 1ª o en 2ª División, en competiciones europeas, el concurso en competiciones europeas en los dos años anteriores a la declaración concursal; y en el resto de los casos³⁶⁰.

Se establece que en todo caso, que el Fondo de Garantía Salarial, Anexo III, garantizará al futbolista el cobro de las retribuciones mínimas, por temporada, previstas en el Anexo II, según la división en que participe, o haya participado el futbolista, y que dio origen al crédito.

- También ha noticiarse cómo el Anexo VI de este Convenio Colectivo recoge la Comisión Económica de Control de pagos

Una vez referidas las previsiones del Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional nos queda, ya para finalizar con esta exposición, la protección salarial que dispone el Convenio Colectivo de Trabajo ACB para la Actividad del Baloncesto Profesional, así se establece en su art. 20.2 que la ACB garantizará, siquiera sea parcialmente, el pago de las deudas salariales que los clubes o SAD que la integran tengan contraídas con sus jugadores, a través del Fondo Especial de Garantía para lo cual la ACB destinará a dicho Fondo la cantidad de un millón

³⁶⁰ Anexo III Norma Tercera del Convenio Colectivo para la Actividad de Fútbol Profesional.

cuatrocientos mil euros por temporada de vigencia, así como para la temporada prorrogada.

Asimismo, el art.21 del convenio colectivo de la ACB contempla que podrán percibir las prestaciones del Fondo todos los jugadores que tengan o hayan tenido vinculación contractual con los clubes o SAD miembros de la ACB y tengan reconocido, por la Comisión Paritaria o por la jurisdicción competente, un crédito salarial impagado.

También se fijan los límites de la prestación, disponiendo que el Fondo garantizará inicialmente el importe de los créditos adeudados hasta un máximo del 50 por 100 de la retribución anual del peticionario, con los límites de diez millones de pesetas por temporada y jugador y de treinta millones de pesetas por temporada y club o SAD, sin perjuicio de que, en su caso, pueda el jugador formular la correspondiente reclamación judicial por la diferencia, previendo que si a 30 de junio de cada año existiese remanente en el Fondo, el importe se destinaría a complementar a prorrata, en la garantía prestada a los peticionarios extendiéndola a cantidades no cubiertas, con los límites de quince millones de pesetas por temporada y jugador y de cuarenta y cinco millones de pesetas por temporada y club o SAD.

2º Balonmano

Una solución similar recoge el Anexo I del Convenio Colectivo del Balonmano Profesional, en el cual se regula la denominada “Comisión Paritaria”, definida en el art. 2 del citado Anexo como el “un órgano compuesto por ASOBAL y A.J.BM” y que estará compuesto, por cuatro representantes designados por mitad por cada una de las partes negociadoras del convenio pudiendo contar ambas con la asistencia de asesores, con voz pero sin voto y entre cuyas competencias se encuentra, tal y como estudiar las denuncias de los clubes y jugadores que se produzcan en el curso de la temporada, con el fin de resolver el derecho del jugador al pago de sus salarios y otras obligaciones contraídas por los clubes, como la de causar baja en los mismos, la de obtener la libertad federativa inmediata, o en su caso, el derecho del club a imponer las sanciones disciplinarias y/o económicas, y solicitar las bajas federativas a que hubiera lugar.

El art. 30 del Convenio Colectivo del Balonmano Profesional dispone que cada uno de los clubes o entidades deportivas componentes de la liga ASOBAL garantizarán, con carácter obligatorio, el cobro de las cantidades que adeuden a los jugadores en concepto de salario pactado en contrato individual, mediante la prestación de los avales o garantías necesarios que serán formalizados y cuyo depósito se realizará en ASOBAL, garantizando la suma de CINCUENTA Y UN MIL CIEN EUROS (51.100 €), por cada club asociado y temporada deportiva, al objeto de responder con dicha suma única y exclusivamente al pago de las resoluciones firmes de la Comisión Paritaria que sean relativas a reclamaciones salariales de jugadores profesionales, que se hubieran producido en la temporada deportiva en curso y que tengan su justificación en los contratos laborales debidamente presentados en la asociación para dicha temporada y cantidades salariales que se hubieran devengado durante la misma. ASOBAL responderá de dichas deudas en los términos y cantidad expuestos en el plazo máximo de veinte días naturales a contar desde la fecha de la firmeza de la resolución de la Comisión Paritaria.

3º Baloncesto

El Convenio Colectivo para la Actividad de Baloncesto Profesional de la Liga Femenina establece en su art. 28 que en cumplimiento de lo que, en su caso, establezca la Federación Española de Baloncesto, cada uno de los clubes, entidades deportivas o sociedades anónimas deportivas componentes de ANBF, depositarán ante dicha federación el aval que por ésta se exija para garantizar el cobro de las cantidades que adeuden a las jugadoras en los términos y con la cobertura establecidos por dicho organismo.

4º Ciclismo

El Convenio colectivo para la actividad del ciclismo profesional establece a este respecto que los contratos suscritos entre los corredores y equipos de nueva creación deberán contener, durante la vigencia de los mismos, una caución solidaria del patrocinador o patrocinadores principales por las obligaciones dimanantes de los citados contratos. Esta caución será obligatoria durante los dos primeros años del funcionamiento de estos equipos. Transcurrido este período, en el caso de que existan contingencias constatables, el plazo de suscripción de la mencionada caución se prolongará por un período de tres años más. En caso de divergencia, la decisión se atenderá a lo que en todo momento decida la Comisión Paritaria fijada en el artículo séptimo del presente Convenio”. Y en su párrafo cuarto establece que “la Comisión Paritaria igualmente podrá exigir esta caución, por plazo de un año, a aquellos Equipos no incluidos en los párrafos precedentes que, con reiteración y durante un periodo superior a tres meses consecutivos ó seis meses alternos hayan incumplido de manera grave, reiterada y comprobada fehacientemente sus obligaciones dimanadas del presente Convenio Colectivo, especialmente en lo relativo al retraso en el pago de las nóminas.

I) No discriminación

Aunque otros muchos preceptos conducen a similar resultado, el artículo 28 ET aclara que el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella³⁶¹. Apuntes complementarios son los que siguen:

- Pese a que las acciones positivas son legítimas en tanto persistan desigualdades fácticas “habrán de ser razonables y proporcionadas” (art. 11.1 LOI), no apareciendo previsión expresa que legitime su introducción en materia retributiva³⁶².
- La referencia a trabajos “*de igual valor*” sale al paso de la idea conforme a la cual la realización de actividades de contenido diverso

³⁶¹ El artículo 5º LOI preconiza que el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres debe garantizarse “en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas”.

³⁶² El amplio concepto de remuneración lleva a entender proscrito por el precepto conductas tan heterogéneas como las de contratar un plan de prestaciones de jubilación sólo para los varones (STJCE de 11 marzo 1981, *caso Worringham*), reservar para los jubilados varones determinadas ventajas en materia de transporte (STJCE 9 febrero 1982, *caso Garland*) o no extender a todos el régimen privado de previsión (STJCE 17 mayo 1990, *caso Barber* [TJCE 1990, 158]).

impide establecer un término de comparación adecuado³⁶³. La idea es abarcar “todos aquellos supuestos en los que se produzca una desigual valoración de trabajos no estrictamente iguales, pero equivalentes o de igual valor desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de prestación, en cuya desigual valoración sea el elemento determinante el sexo o factores vinculados al mismo” (STC 145/1991).

- Las discriminaciones indirectas quedan asimismo proscritas, como sucede con aquellas diferencias de trato que formalmente se basan en la consideración de un elemento ajeno al sexo (por ejemplo la de trabajadores a tiempo parcial) pero que en el fondo conducen a dispensar inferiores condiciones de trabajo a las mujeres (STJC de 4 junio 1992, *caso M. Bötzel*, entre otras). Para determinar si una medida afecta de modo diferente a hombres y mujeres puede acudir a la prueba estadística (STJCE 9 febrero 1999 [TJCE 1999, 21] *caso Seymour-Smithe y Pérez*).
- La advertencia de que la igualdad retributiva abarca toda modalidad, “*cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial*”, sirve para dejar expresamente aclarado que también queda proscrita la discriminación en materias extrasalariales o ventajas sociales concedidas por la empresa a sus trabajadores. A tal conclusión ya obligaba el ordenamiento comunitario, según queda dicho; así, por ejemplo, puede recordarse que la indemnización concedida en virtud de una decisión judicial por la vulneración del derecho a no ser despedido de forma improcedente constituye una retribución a efectos de las normas comunitarias con las que debe de concordarse el art. 28 ET (STJCE 9 febrero 1999 [TJCE 1999, 21] *caso Seymour-Smith y Pérez*).
- La forma de restablecer la igualdad no es otra que la equiparación en el disfrute de las condiciones salariales más favorables (se supone que las del varón), bien que en algunos casos ello produzca cierta desazón en el aplicador de la norma, quizá convertido en colegislador.

J) Liquidación y pago

a. Periodicidad

REGLA PRINCIPAL.- El artículo 29 ET prescribe que “*la liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres*”, regla de gran relevancia práctica³⁶⁴.

El salario líquido a percibir es el resultante de sustraer a la cantidad bruta correspondiente (salario base más complementos salariales) las deducciones correspondientes a la tributación fiscal del trabajador y a la parte de la cotización a la Seguridad Social (cuota obrera) que debe deducir el empresario del salario bruto del trabajador. Por otra parte, deben deducirse las cantidades que no corresponda abonar por vicisitudes varias (ausencias no retribuidas, devoluciones de préstamos, anticipos

³⁶³ STS de 27 de marzo de 1996.

³⁶⁴ Recuérdese que el reclamante viene obligado a demostrar la prestación de los servicios cuyo pago reclama y, en consecuencia, el devengo del salario correspondiente, y al demandado incumbe la carga de probar dicho pago (SSTS 2 marzo 1992 [RJ 1992, 1608] y 12 julio 1994 [RJ 1994, 6553]).

o compensaciones sobre cantidades percibidas a cuenta, embargos, cuota sindical domiciliada, consumos en la propia empresa, etc.)³⁶⁵.

Para que la empresa pueda detracer de las nóminas lo que pagó erróneamente en concepto de indemnización por traslado, debe tratarse de una deuda no controvertida y líquida, sin necesidad de llevar a cabo interpretaciones jurídicas sobre su propia existencia, lo que no ocurre en un caso como este, lo que convierte la detracción directa o unilateral llevada a cabo por la empresa en improcedente³⁶⁶.

La periodicidad en el abono de “*retribuciones periódicas y regulares*” ha de ser mensual o inferior (luego cabe el cobro por horas, días, semanas, quincenas, etc.). de posremuneración: sólo se abona salario respecto de actividad ya efectivamente desempeñada; primero se trabaja y luego se cobra, aunque realmente el derecho a hacerlo se va devengando a medida que se desarrolla la prestación laboral³⁶⁷. La relevancia que el ordenamiento jurídico otorga al pago de las retribuciones aparece paladinamente cuando el artículo 2.4.4º de la Ley 22/2003, Concursal, configura los hechos que legitiman a un acreedor para solicitar la declaración de concurso y se refiere al “incumplimiento generalizado de obligaciones [...] de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades”.

b. Lugar y documentación

LUGAR.- El lugar del pago, con independencia de que se acuda a operaciones bancarias (aptdo. 4), puede ser el de trabajo u otro que se haya convenido. El Conv. núm. 95 OIT rechaza que, salvo para quienes allí trabajan, se haga en tabernas así como, si ello “fuere necesario para prevenir abusos”, en centros de distracción o similares, al tiempo que indica como preferible el pago “en el lugar de trabajo o en un lugar próximo” (art. 13.1). En realidad, para la mayoría de supuestos el problema se diluye porque el abono de las retribuciones suele realizarse mediante transferencia a la entidad financiera indicada por el trabajador.

DOCUMENTACIÓN.- La documentación del salario se realizará mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago del mismo. El recibo de salarios se ajustará al modelo que apruebe el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, salvo que por Convenio Colectivo, o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otro modelo que contenga con la debida claridad y separación las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan³⁶⁸. En todo caso, el

³⁶⁵ Cuando el salario no conste expresamente en el contrato o no pueda conocerse en atención a la normativa estatal o convencional aplicable, recae sobre el empresario la obligación de informar por escrito al trabajador de la cuantía del salario base inicial y de los complementos salariales así como de la periodicidad de su pago. Este deber de información también se impone cuando se modifique la cuantía o la estructura del salario, con independencia de que tal modificación resulte o no adecuada. Véase el artículo 8.5 ET y su comentario, así como el RD 1659/1998, de 24 de julio.

³⁶⁶ STS 25 enero 2012 (RCUD 610/2011).

³⁶⁷ Corolario de la importancia atribuida a este aspecto es que los retrasos reiterados en el pago del salario debido constituyan infracción administrativa muy grave (art. 8.1 LISOS/2000), puedan dar lugar a la extinción causal del contrato por parte del trabajador [art. 50.1.b ET] y comporten una específica indemnización (art. 29.3 ET).

³⁶⁸ La STS 22/12/11 (RC 3/2011) entiende que la obligación (legal y reglamentaria) ha de cumplirse mediante la entrega material en soporte papel, sin que baste la puesta en conocimiento en soporte informático.

documento ha de referirse a meses naturales y desglosar nítidamente las partidas retributivas y deducciones efectuadas; la constancia en el recibo de salarios de los elementos exigidos por la OM de 27 diciembre 1994 es obligatoria para las empresas (STS 26 enero 1999 [RJ 1999, 2477]).

En nuestra práctica habitual este documento posee una gran relevancia no sólo como medio de prueba y soporte informativo de su contenido, sino también de la propia existencia de la relación laboral, de la identidad de sus partes, de la antigüedad del trabajador, etc.

c. Instrumento de pago

El salario, así como el pago delegado de las prestaciones de la Seguridad Social, podrá efectuarlo el empresario en moneda de curso legal o mediante talón u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito, previo informe al comité de empresa o delegados de personal (art. 29.4 ET). En consecuencia:

- Corresponde al empresario la decisión acerca de la modalidad de pago del salario, siendo posible efectuarlo mediante transferencia bancaria³⁶⁹.
- La elección de la entidad bancaria donde residenciar su cuenta corresponde al trabajadora la que debe realizarse la misma corresponde al trabajador³⁷⁰.
- Pese a que el salario en metálico haya de pagarse “los días laborables” (art. 13.1 Conv. OIT núm. 95), no existe regla que obligue a que la empresa conceda el tiempo necesario para el cobro efectivo del cheque o de la transferencia bancaria si tal es el medio utilizado.
- El art. 7.1 de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, prohibió el pago en efectivo de las operaciones, en las que alguna de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un importe igual o superior a 2.500 euros o su contravalor en moneda extranjera.

d. Mora en el pago

Conforme al art. 29.3 ET el interés por mora en el pago del salario será el 10 por 100 (anual) de lo adeudado, a modo de indemnización de daños y perjuicios³⁷¹. El importe que ha de satisfacerse como penalización por mora tiene carácter indemnizatorio y no puede beneficiarse de las garantías aplicables al salario en sentido estricto pero procede abonarlo en todo caso (si la pretensión del trabajador es estimada), sin necesidad de culpa empresarial³⁷².

Sólo procede cuando la realidad y cuantía de los salarios dejados de percibir consten de un modo pacífico e incontrovertido, es decir, cuando se trate de una cantidad exigible, vencida y líquida, sin que la procedencia o improcedencia de su abono se discuta por los contratantes³⁷³.

³⁶⁹ STS 30 mayo 1988 [RJ 1988, 4662].

³⁷⁰ STSJ Cataluña 2 junio 2005 [AS 2005, 2377].

³⁷¹ La discusión al respecto parece inútil tras la STS de 9 febrero 1990 [RJ 1990, 887].

³⁷² STS de 29 junio 2012 (RJ 2012, 8738).

³⁷³ En suma, el recargo por mora requiere que la realidad y cuantía de lo dejado de percibir conste de manera clara, pacífica e indiscutida, lo que no ocurre cuando se discute sobre si existe o no la obligación de pago o sobre su montante; las deudas sobre las que opera sólo pueden ser aquellas exigibles, vencidas, líquidas e incontrovertidas (SSTS 9 diciembre 1994 [RJ 1994, 9960]; 1 abril ...

El precepto también se aplica a los casos en que el retraso sea imputable a la Administración pública como empleadora, sin que a ello se oponga la Ley General Presupuestaria³⁷⁴. Pero sólo es aplicable a las deudas de naturaleza salarial, no a indemnizaciones u otras extrasalariales³⁷⁵.

En modo alguno cabe la confusión con los intereses de que se ocupa el art. 576 LEC, conforme al cual “desde que fuera dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual.

e. Previsiones convencionales

Ni el establecimiento de unas retribuciones mínimas, ni la celebración de contratos con unas importantísimas remuneraciones por parte de algunos deportistas nunca son una garantía de cobro, razón por la cual han de establecerse los mecanismos necesarios de protección y reclamación del salario, sobre todo si tenemos en cuenta que “la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida” es uno de los derechos laborales que los trabajadores ostentan en la relación de trabajo³⁷⁶, y también una de las circunstancias que habrán de constar en el contrato³⁷⁷. Aunque ninguna referencia contenga el RD 1006/1985 a este derecho a “la percepción puntual de la remuneración”, sí la contemplan algunos de los convenios colectivos al establecer cuándo ha de procederse al pago de los distintos conceptos salariales.

El Convenio Colectivo del Balonmano Profesional establece en su art. 29 que, para el caso de que no se haya especificado el día de pago de las retribuciones pactadas, la prima de fichaje o permanencia en la categoría se abonará al término de cada temporada y en cualquier caso antes del 30 de junio; la prima por partido dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su devengo y el sueldo mensual dentro de los cinco últimos días de cada mes.

El Convenio Colectivo para la Actividad del Baloncesto Profesional de la Liga Femenina contempla en su art. 27 que en el caso de que no se haya especificado el día de pago de las retribuciones, la prima de contratación se abonará al término de cada temporada y siempre antes del 20 de mayo; la prima de permanencia o prima por objetivos en el momento en que se haya pactado en el contrato y en cualquier caso también antes del 30 de mayo, y el sueldo mensual dentro de los cinco últimos días de cada mes.

Por su parte, el Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional preceptúa en su art. 31, para el caso de que no se haya especificado el día de pago de las retribuciones pactadas, que la prima de contratación o de fichaje se abonará en cuatro plazos distribuidos proporcionalmente a lo largo de la temporada; la prima por

1996 [RJ 1996, 2974]; 15 junio 1999 [RJ 1999, 6736]; 27 enero, 7 febrero y 15 marzo 2005 [RJ 2005, 2847, 2965 y 4574]).

³⁷⁴ SSTS de 1 abril 1996 (RJ 1996, 2974), 17 abril 1995 [RJ 1995, 3054], 9 diciembre 1994 (RJ 1994 9960) y 17 octubre 1991 [RJ 1991, 7221].

³⁷⁵ Pueden verse, en este sentido, las SSTS de 8 abril 1991 (RJ 1991, 3256), 6 mayo 1986 (RJ 1986, 2494), 8 febrero 1988 [RJ 1988, 595], 28 septiembre 1989 [RJ 1989, 6541] y 1 abril 1996 [RJ 1996, 2974]).

³⁷⁶ Derecho del art. 4.2 f) del Estatuto de los Trabajadores.

³⁷⁷ El art. 3 RD 1006/1985 regula la forma y el contenido del contrato de los deportistas profesionales, disponiendo que el contrato se formalizará por escrito, con identificación de las partes, objeto, retribución y duración.

partido dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su devengo y el sueldo mensual dentro de los cinco último días de cada mes.

El Convenio Colectivo del Fútbol Sala regula el pago de salarios en su art. 21, estableciendo igualmente que para el caso de que no se haya especificado el día de pago de las retribuciones pactadas, la prima de contratación, fichaje o permanencia o prima por objetivo en la categoría se abonará al término de cada temporada y siempre antes del 30 de junio; la prima por partido dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su devengo y el sueldo mensual “entre los cinco últimos días hábiles del mes en curso y los cinco días hábiles del mes siguiente”.

Pero aun para el caso de aquellos deportes cuyos convenios colectivos nada establecen al respecto –como lo son el ciclismo profesional y el baloncesto profesional masculino– la liquidación y el pago de los salarios tienen su regulación en el artículo 29 del Estatuto de los Trabajadores, de aplicación supletoria como ya se ha reseñado y establece que la liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres, sin que el período de tiempo de abono pueda exceder de un mes.

A pesar lo expuesto, es desgraciadamente demasiado habitual que los deportistas profesionales no perciban sus retribuciones, puntualmente, y a veces sólo esporádicamente, por cuanto han de articularse sistemas que permita su reclamación por éstos; así, para el caso de impago de los salarios en el tiempo convenido o en el marcado por la ley o en Convenio Colectivo respectivo, los deportistas profesionales pueden recurrir a los tribunales y reclamar judicialmente dichos salarios a través del procedimiento establecido en los arts. 76 y siguientes LRJS³⁷⁸; lo que no significa que se haga con la frecuencia que se impaga, pues en determinados ámbitos deportivos existe una cierta reticencia a someter los posibles conflictos y reclamaciones a la jurisdicción ordinaria.

K) Tipología convencional sobre estructura y clases

a. Fútbol profesional

El Convenio Colectivo para la actividad del Fútbol Profesional, aprobado por Resolución de 25 de septiembre de 2014, BOE 9/10/2014, dedica a la regulación de las percepciones de los futbolistas su Capítulo IV, bajo el Título de “Condiciones Económicas”, y en su art. 19, se refiere al salario estableciendo que las retribuciones que perciban los Futbolistas Profesionales serán consideradas a todos los efectos como salario, a excepción de aquellos conceptos que estén excluidos de tal consideración por la legislación vigente; y reitera lo ya referido en el art. 8.2 RD 1006/1985, que establece que tendrán la consideración legal de salario todas las percepciones que el deportista reciba del club o entidad deportiva, bien sean en metálico o en especie. Por su parte, el art. 20 del referido convenio contempla los conceptos salariales que constituyen la retribución de los futbolistas profesionales, cuales son: la prima de contratación no fichaje, la prima de partido, el sueldo mensual, las pagas extraordinarias, el plus de antigüedad y los derechos de explotación de imagen en su caso.

³⁷⁸ El art. 19 RD 1006/1985, preceptúa que los conflictos que surjan entre los deportistas profesionales y sus clubes o entidades deportivas, como consecuencia del contrato de trabajo, serán competencia de la jurisdicción laboral.

Respecto a la prima de fichaje el art. 22 del Convenio establece que viene determinada por la cantidad estipulada de común acuerdo entre el Club/SAD y el futbolista profesional, por el hecho de suscribir el contrato de trabajo, para continuar estableciendo que su cuantía deberá constar por escrito en el propio contrato, así como también los periodos de pago, los cuales podrán dividirse como mínimo en cuatro plazos distribuidos proporcionalmente a lo largo de la temporada “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 27 del presente Convenio”³⁷⁹.

Por lo que se refiere a la prima de partido, el art. 23 determina que su cuantía y condiciones de percepción se pactarán por cada Club/SAD con su plantilla o con cada futbolista de forma individual, debiendo constar siempre por escrito firmado por el representante del Club/SAD y el futbolista o representante de la plantilla.

El sueldo mensual se recoge en el art. 24 del Convenio que lo define como la cantidad que percibe el Futbolista Profesional con independencia de que participe o no en los partidos que dispute, contemplando que deberá fijarse con carácter inexcusable en el contrato que suscriban ambas partes, o en el Convenio que se establezca entre cada Club/SAD y sus respectivas plantillas, fijando la cuantía que corresponda a cada temporada, para añadir la cuantía mínima de los doce sueldos mensuales tanto para los jugadores de 1ª como para los de 2ª División.

El art. 25 del Convenio regula las pagas extraordinarias, así establece que los profesionales de este deporte “tendrán derecho a percibir cada temporada, además de los doce (12) sueldos mensuales, dos (2) pagas extraordinarias, por importe cada una de ellas del sueldo mensual pactado, incrementado con el plus de antigüedad, para continuar regulando que el importe de dicha cuantía no podrá ser inferior al sueldo mínimo establecido incrementado con el plus de antigüedad y que dichas gratificaciones serán satisfechas durante los veinte primeros días de los meses de junio y diciembre.

El plus de antigüedad aparece se recoge en el art. 26 del Convenio, que lo define como la cantidad que percibe el jugador por cada dos años de permanencia en el mismo Club/SAD, siendo su importe el equivalente, con dos años de permanencia, al cinco por cien (5%) del sueldo mensual que perciba de su equipo.

Los derechos de explotación de imagen, se recogen en el art. 28 del Convenio que para el caso de que el Futbolista explote en su propio nombre sus derechos de imagen, por no haber sido estos cedidos temporal o indefinidamente a terceros, la cantidad que el Club/SAD satisfaga a aquél por la utilización de su imagen, nombre o figura con fines económicos, tendrá la consideración de concepto salarial, debiendo constar la cantidad acordada por escrito, ya sea a nivel individual o de la plantilla del Club/SAD.

b. Baloncesto Profesional

El convenio colectivo de baloncesto profesional ACB en su art.11 establece que las retribuciones abonadas por los clubes o SADS a los jugadores, ya sea por la prestación profesional de sus servicios o, en su caso, por la cesión expresa de la explotación de sus derechos de imagen, tendrán a todos los efectos la consideración legal de salario y contempla que podrán ser abonados en metálico o en especie; así,

³⁷⁹ Que bajo el título “Otras retribuciones” establece que los Clubes/SADs y los Futbolistas podrán pactar cualquier forma de retribución distinta siempre que respeten, dentro de la estructura retributiva, los salarios mínimos mensuales previstos en el Convenio.

el mismo convenio colectivo en su el art.14 establece el derecho de tanteo recogiendo expresamente estas retribuciones; también el art.21 extiende la protección salarial del Fondo Especial de Garantía a estas percepciones de los derechos de imagen; asimismo, el art.24 lo incluye como un concepto retributivo dentro del pago preferente de deudas en caso de nuevas contrataciones; en el mismo convenio en el Anexo 2 denominado *Documento de Oferta*, recoge en las retribuciones derivadas de derechos de imagen, la previsión de que las pueda percibir el jugador o una sociedad, contemplando expresamente que los pagos siempre se harán en bruto. También recoge el derecho a favor de la Asociación de Baloncesto Profesional de la comercialización y venta de cromos.

c. Baloncesto femenino

Sin embargo, sí es mucho más específico al regular esta materia el Convenio Colectivo para la actividad de Baloncesto Profesional de la Liga Femenina, arts. 22 y siguientes, que, tras reiterar el contenido del art. 8.2 RD 1006/1985 establece que las cantidades salariales se entenderán brutas y recoge y resume la estructura retributiva estableciendo los conceptos que integran la retribución de estas deportistas profesionales:

- Salario base del convenio, fijado en 600 € mensuales para las jugadoras que presten sus servicios en función de la jornada máxima de promedio semanal, cuantía que se igualará de forma automática al importe fijado por el Gobierno para el salario mínimo interprofesional vigente en cada momento cuando dicho importe supere los mencionados 600 € mensuales.
- Prima de contratación, definida como la cantidad, en su caso, estipulada de común acuerdo entre club o entidad deportiva y jugadora profesional por el hecho de suscribir el contrato de trabajo. Su cuantía deberá constar por escrito en el mismo, así como los periodos de pago.
- Prima de permanencia o prima por objetivos, definida como la cantidad, en su caso, estipulada de común acuerdo entre club o entidad deportiva o sociedad anónima deportiva y jugadora profesional para alcanzar un determinado objetivo. Tanto por cumplimiento del objetivo, como por los plazos de pago quedaran fijados en el contrato.
- Prima de partido, constituida por la cuantía y condiciones de percepción que se pactara, en su caso, por cada club o entidad deportiva con su plantilla de jugadoras profesionales o con cada jugadora profesional de forma individual, y deberá constar siempre por escrito, firmado por el representante del club o entidad deportiva y la jugadora o representante de la plantilla.
- Pagas extraordinarias: Dos al año pagaderas, una de ellas (paga extra de navidad) antes del 20 de diciembre, y la otra (paga extra de verano) antes del 30 de mayo, equivaliendo cada una de ellas a la cuantía del salario base de convenio, o en su caso salario mínimo interprofesional para las jugadoras contratadas bajo la modalidad de contrato en formación. Para el devengo de la cuantía íntegra de cada una de las pagas extraordinarias la jugadora deberá haber prestado servicios de forma ininterrumpida y a jornada completa durante los doce meses naturales anteriores a la fecha de devengo de cada paga extra. Las jugadoras cuya vigencia de contrato de trabajo sea inferior a los doce meses, o que presten sus servicios a jornada parcial, devengarán la

cuantía por pagas extraordinarias en proporción a la duración de dicho contrato, o en su caso a la jornada de trabajo; las gratificaciones podrán prorratearse en las 12 mensualidades por acuerdo entre la jugadora y el club.

- Premio de fin de carrera deportiva profesional, que premiará la fidelidad y que irá vinculado a la retirada como jugadora profesional de baloncesto. Este premio se retribuirá a la jugadora a la extinción de su relación contractual con el club o sociedad anónima deportiva cuando haya permanecido en el mismo equipo o entidad ininterrumpidamente, como jugadora profesional.

* Por otra parte se recogen dos conceptos, si bien se excluye el carácter salarial:

- Derechos de imagen colectivos, constituidos por la cantidad estipulada entre las partes como retribución por la cesión de los derechos de imagen colectivos (ver anexo III a este Convenio), cuya naturaleza no será salarial salvo disposición legal en contrario.
- Dietas, las cuales se podrán pactar entre las jugadoras y los clubes siempre que se cumplan las condiciones y se respeten los límites fijados por la normativa vigente.

d. Balonmano profesional

El Convenio Colectivo del Balonmano Profesional establece como conceptos salariales, en su art. 22, el sueldo mensual, las gratificaciones extraordinarias, las primas de fichaje, las primas especiales, las primas de partido y, en su caso, los derechos de explotación de imagen.

Así, este convenio en su art. 23 bajo el título de la estructura retributiva, fija el salario mínimo interprofesional de los jugadores profesionales de balonmano, quedando este en 9000€ para la primera temporada, y disponiendo la actualización anual de dicho importe conforme a las variaciones del IPC en fecha 30 de junio de cada temporada de vigencia del Convenio.

Los arts. 24 y 25 contemplan la prima de contratación, fichaje o permanencia en la categoría y a la prima de partido respectivamente. Así, la prima de contratación, fichaje o permanencia en la categoría es la cantidad estipulada de común acuerdo entre el club o entidad deportiva y cada jugador profesional por el hecho de suscribir el correspondiente contrato de trabajo, debiendo constar por escrito en dicho contrato tanto su cuantía como los periodos de pago.

Por lo que se refiere a la prima de partido, se establece que su cuantía y condiciones de percepción se pactará, en su caso, por cada club o entidad deportiva con su plantilla de jugadores profesionales o con cada jugador profesional de forma individual, y deberá constar siempre por escrito firmado por el representante del club o entidad deportiva y el jugador o representante de la plantilla.

e. Fútbol Sala

Por su parte el Convenio Colectivo del Fútbol Sala establece la estructura retributiva, así como la retribución mínima garantizada en su art. 18, estableciendo la estructura de la retribución salarial:

- El Salario base del convenio. De aplicación a los jugadores afectados por el Convenio, por el que se les garantizará mensualmente, como

mínimo, el Salario Mínimo Interprofesional durante el periodo de tiempo que estuviere en vigor el contrato con el club.

- La Prima de contratación, de fichaje, de permanencia en la categoría o de consecución de otros objetivos, cantidad estipulada de común acuerdo entre el club y el jugador profesional por el hecho de suscribir el correspondiente contrato de trabajo. Su cuantía deberá constar por escrito en el mismo, así como los períodos de pago.
- Los Derechos de imagen individuales, aquellos que se refieren directamente a la imagen del jugador como persona (su intimidad) o a su imagen como deportista en general (es decir, vistiendo deportivamente y apareciendo ante el público fuera del horario laboral, siempre y cuando no lleve los distintivos e indumentaria del club o entidad con el que tiene suscrito contrato, ni cualquier otra que pueda provocar confusión con aquéllos).
- Los Derechos de imagen colectivos, aquellos en los que la imagen del jugador aparece relacionada con el equipo al que pertenece en competición oficial, vistiendo la indumentaria del mismo, o cuando participe en actos públicos organizados por el club o entidad o por la LNFS.
- Otras retribuciones. Los clubes o entidades deportivas y jugadores podrán pactar cualquier forma de retribución distinta siempre que no suponga cuantía inferior a los mínimos establecidos en el presente Convenio. El importe referido será obligatoriamente sujeto a la cotización de la Seguridad Social, como mínimo, en la cuantía fijada como anual y reglamentariamente como Salario Mínimo Interprofesional.

f. Ciclismo Profesional

Por último el Convenio Colectivo para la actividad del Ciclismo Profesional recoge los conceptos salariales en su art. 17, estableciendo que la retribución del ciclista profesional la componen el sueldo mensual, los derechos de imagen, las pagas extraordinarias y la ficha o prima de contratación, contemplando que el retraso en el pago del salario dará lugar a los intereses contemplados en el contrato tipo incorporado en el convenio colectivo. Respecto a la prima de contratación o ficha, la define como la cantidad estipulada de común acuerdo entre el equipo y ciclista profesional, por el hecho de suscribir contrato de trabajo, contemplando que su cuantía, en caso de que exista, habrá de constar por escrito en el contrato. Asimismo se establece que el abono figurará en la nómina del corredor de forma independiente al salario ordinario, bajo el concepto “prima de contratación”; y que en caso de no figurar de forma diferenciada se tendrá por no abonada.

El sueldo mensual por su parte, aparece regulado en el art. 20 del referido , que establece que será la cantidad que percibe el ciclista profesional con independencia de que participe o no en competiciones oficiales y el número de las mismas, debiendo figurar con carácter inexcusable en el contrato de trabajo, y contemplando que cada corredor percibirá, por cada año de su contrato, doce sueldos mensuales, siendo la cantidad mínima a percibir, en concepto de sueldo mensual, por cada ciclista profesional, será la cantidad resultante de dividir las percepciones mínimas garantizadas por 14.

Respecto a las pagas extraordinarias, se establece en el art. 21 del convenio que los ciclistas profesionales tendrán derecho a percibir, además de las doce mensualidades, dos pagas extraordinarias, por importe cada una de ellas del sueldo mensual pactado, y que a falta de determinación, dichas pagas extraordinarias serán satisfechas durante los meses de marzo y septiembre, asimismo se contempla que por acuerdo entre corredor y equipo, todos los conceptos retribuidos, en lo referido a su abono, podrán ser prorrateados en un máximo de catorce pagos.

En lo que se refiere a los derechos de imagen, en el art. 22 quedan definidos como la cantidad que percibe el corredor por la cesión de sus derechos de imagen con fines publicitarios, remitiendo a pacto individual las condiciones particulares.

El art. 23 de este Convenio regula las primas especiales, estableciendo respecto que se podrá pactar entre equipo y corredores cualquier otra retribución económica distinta, cuya cuantía y condiciones de vencimiento se establecerán entre equipo y su plantilla o con los corredores afectados de forma individual.

g. Valoración

De lo expuesto sobre las retribuciones de los deportistas profesionales, podemos concluir que las mismas se estructuran de la siguiente manera:

- El salario base y las gratificaciones extraordinarias, que son la parte de la retribución ligada a la prestación laboral del deportista.

La mayor parte de los convenios prevén dos pagas extraordinarias, una en Navidad y otra en verano y que no suelen incluir otros conceptos que el sueldo y en alguna ocasión el plus de antigüedad. También prevén algunos convenios la posibilidad de prorratear dichas pagas en las doce mensualidades del año o en un máximo de 14 pagos.

- Los conceptos salariales, son:
 - Complementos salariales relativos a las condiciones personales del deportista, entre los que se incluyen:
 - La prima de contratación o fichaje, complemento que se refiere a las condiciones del deportista y que en cierta forma retribuye su calidad.
 - El plus de antigüedad, que retribuye el tiempo de prestación de servicios en un mismo club o entidad deportiva.
 - El premio de antigüedad, mediante el cual se premia la fidelidad del deportista, la cual, si bien se retribuye ordinariamente a través del plus de antigüedad, excepcionalmente también se retribuye a través de estos premios, que no deben confundirse con el premio de fin de carrera deportiva profesional establecido en el Convenio Colectivo para la actividad del Baloncesto Profesional de la Liga Femenina, que tiene naturaleza extrasalarial ya que, aunque también premia la fidelidad, encuentra su base en la protección que se pretende otorgar a la jugadora profesional frente a la situación de inactividad deportiva que se produce al finalizar su carrera.
 - Complementos salariales relativos al trabajo realizado, entre los que se incluyen:

- Las primas por partido jugado, las cuales son percibidas por los deportistas atendiendo al número de partidos disputados durante una temporada, de forma que se articulan como un estímulo para los mismos considerados de forma individual y al margen del rendimiento del equipo. Por esta razón el club o entidad deportiva no puede dejar sin efecto unilateralmente este complemento salarial por el descenso de categoría del equipo.

Respecto a este complemento noticiar que su cuantía y condiciones de percepción se pactan por los clubes o entidades deportivas con la plantilla o con cada deportista individualmente, circunstancia que obedece al hecho de que los acuerdos de empresa y los pactos individuales otorgan una mayor libertad y flexibilidad al negociar los criterios que se van a tener en cuenta al devengar este tipo de complementos que en ocasiones se alcanzan por completo cuando el deportista profesional disputa el número de partidos acordados, mientras que en otras ocasiones esta prima se cuantifica de forma variable y escalonada a medida que aumenta el número de partidos jugados.

- Las primas por partido ganado, por ascenso o permanencia en la categoría o por títulos alcanzados, complementos que se abonan atendiendo al rendimiento colectivo del equipo.

Por lo que a las primas por partido ganado se refiere, en principio las mismas únicamente se pagarían a aquellos jugadores que jugaron o fueron convocados en el partido en cuestión, dado que de lo contrario se convertirían en una retribución ordinaria.

Respecto a los premios por ascenso y permanencia, los mismos retribuyen la prestación de servicios a lo largo de una temporada en función del resultado obtenido por el equipo al finalizar la misma.

IV. DEBERES DE LOS TRABAJADORES

El artículo 5 ET lista seis deberes básicos de los trabajadores³⁸⁰: 1º) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia. 2º) Observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten. 3º) Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas. 4º) No concurrir con la actividad de la empresa. 5º) Contribuir a la mejora de la productividad. 6º) Cuantos se deriven, en su caso, de los respectivos contratos de trabajo.

1. Trabajo y puesta a disposición

El trabajador, en virtud de la celebración del contrato de trabajo se constituye en deudor y el contenido de su débito consiste en “trabajar”, formulación genérica que precisa de las correspondientes precisiones jurídico-positivas³⁸¹. La doble dimensión personal (especial vinculación de la persona del trabajador en la prestación) y organizativa que acompaña indisolublemente a la relación laboral puede explicarse plenamente desde el Derecho común de los contratos y desde la concreta regulación positiva del contrato de trabajo, afianzada por una doctrina judicial que no duda en afirmar cómo entre las obligaciones del puesto de trabajo se incluyen, por ejemplo, las derivadas de la uniformidad³⁸² o el deber de cumplir el calendario laboral³⁸³. Además, el objeto de la prestación laboral no sólo es complejo, sino también dinámico o variable, porque la delimitación inicial del objeto queda supeditada al ejercicio de un intenso poder empresarial de adaptación y variación, naturalmente, siempre dentro de unos límites legal o convencionalmente fijados.

Si bien lo normal es que el trabajador se obligue a realizar un trabajo determinado y que éste se ajuste durante su desarrollo a las órdenes o instrucciones del empresario, bastando el genérico pacto sobre la categoría profesional, grupo o nivel asignados al trabajador para que se entienda fijado, de inicio, el contenido de la prestación laboral puede ocurrir también, de manera excepcional, “que la índole del trabajo contratado, u otras circunstancias imprevistas, impidan que el trabajador desenvuelva una actividad laboral en sentido natural”, cumpliendo su obligación por el mero hecho de “ponerse a disposición del empresario”, sin necesidad de tener que desempeñar una concreta función para hacerse acreedor del percibo del salario estipulado³⁸⁴.

³⁸⁰ La primera cuestión que plantea el examen conjunto de estas obligaciones es si tienen sustantividad propia frente al genérico deber de trabajar (de realizar una obra o servicio) o, por el contrario, son puras obligaciones modales que contribuyen a configurar la forma de ser de la prestación laboral, sin que la respuesta pueda ser idéntica para cada uno de ellos, pues su esencia puede consistir tanto en una simple modalización de la deuda (v. gr. la diligencia, como condición inseparable de la prestación laboral) como en una obligación distinta de la principal y accesoria, por tanto, respecto de la misma (como ocurre con el deber de secreto, dotado de autonomía frente al deber de trabajar).

³⁸¹ A.MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 316.

³⁸² O deber de llevar uniforme que, a falta de acuerdo en otro sentido, puede considerarse incluido en el ámbito de las facultades de dirección empresarial. STS 23 enero 2001 (RJ 2001, 2063).

³⁸³ STSJ Galicia 19 julio 2004 (JUR 2004, 266385).

³⁸⁴ A.MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 317.

A) Contenido de la prestación laboral

La prestación laboral a cuya realización se obliga contractualmente el trabajador es una “prestación de hacer” consistente en el despliegue de una actividad: el despliegue por parte del trabajador de un conjunto de energías orientadas a lograr el interés perseguido por el empleador al constituir el vínculo, comprometiendo un esfuerzo diligente (no la realización efectiva de tal interés), pues esto depende de otros muchos factores externos.

La fijación por pacto contractual del contenido de la prestación laboral –se haga abreviadamente a través de la asignación de categoría, nivel o grupo, o directamente mediante la relación circunstanciada de los cometidos o tareas que competen al trabajador; o utilizando concurrentemente ambos sistemas– no puede precisar de una vez por todas y *ab initio*, la serie, abierta e indeterminada, de concretas obligaciones que tendrá que ir cumpliendo el trabajador a lo largo de su relación laboral. Por ello es por lo que la ley acude al poder directivo del empresario (en su vertiente más típica: el dictado de órdenes o instrucciones), con el fin de especificar una obligación que, de otro modo, no lograría salir de una inconveniente genericidad. El art. 20.2 ET contempla esas órdenes –mandatos imperativos– o instrucciones –indicaciones o advertencias, predominantemente técnicas– sólo como fuentes (junto a otras más generales) de la diligencia y colaboración que el trabajador debe en su prestación laboral. Pero es indudable que tales órdenes y/o instrucciones, de obligada observancia por el trabajador, son el instrumento a través del cual el poder directivo del empresario marca no sólo la diligencia debida por el trabajador, sino la actividad misma que éste debe realizar y la disciplina que debe observar en el lugar de trabajo, en ocasiones incluso, también fuera de él³⁸⁵.

Los arts. 22 y siguientes ET, conforman la Sección III del Capítulo II del Título I, bajo el epígrafe “Clasificación profesional y promoción en el trabajo”. Establece el art. 24 del ET que los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador, así como las facultades organizativas del empresario, asimismo regula que los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar las situaciones de discriminación.

Es el art. 25, el que regula la promoción económica, disponiendo que el trabajador, en función del trabajo desarrollado, ostentando el derecho a una promoción económica en los términos fijados por convenio colectivo o contrato individual.

De lo expuesto en los preceptos transcritos del Estatuto de los Trabajadores puede concluirse que el trabajador es contratado para realizar una prestación de servicios en la empresa, donde conocerá de manera precisa la prestación que ha de llevar a cabo, y le será puesto en conocimiento conocer la retribución que percibirá como contraprestación.

³⁸⁵ A.MONTOYA MELGAR: “El poder de dirección del empresario (En torno al artículo 20)”, *REDT*, núm. 100, 2000, monográfico *El Estatuto de los trabajadores veinte años después*, págs. 584-585.

B) La clasificación profesional

Por tal concepto cabe entender tanto el procedimiento de fijación unitaria del conjunto de funciones o tareas que integran todo el entramado organizativo de la empresa (fijación de la plantilla), cuanto el más concreto acto jurídico singular a través del cual se actualiza la necesidad de una especificación inicial del objeto de cada contrato de trabajo, más allá del genérico pacto sobre la categoría profesional, grupo o nivel asignados inicialmente a través de aquel procedimiento de encuadramiento profesional. El artículo 22 ET, muy afectado por la Reforma de 2012, suministra las pautas de su regulación.

a. Sistema de clasificación por grupos

El sistema de clasificación profesional obedece a criterios objetivos con la finalidad de determinar una serie de grupos profesionales y así establecer unas categorías o niveles retributivos, que se lleva a cabo a través de convenio colectivo o en defecto del mismo, mediante acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, debiendo ponerse en valor:

- El grupo profesional, que es aquel en el que se integran quienes ostentan las mismas o similares aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación y en el que se podrán incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales. Este concepto, más amplio que el de categoría profesional otorga al empresario una mayor flexibilidad al hacer uso de su poder de dirección, al eliminar los requisitos que ha de cumplir para poder proceder al cambio de puesto trabajo de los trabajadores. La definición o pertenencia a cada grupo profesional suele realizarse en función de criterios de lo más variopinto como la autonomía, la formación, la iniciativa, la dirección, la responsabilidad, etc.
- El de categoría profesional, que no aparece expresamente como tal en el Estatuto de los Trabajadores pero que puede definirse como aquella en la que se integran aquellas funciones específicas para las que se requiere una misma aptitud y que normalmente tienen un mismo nivel retributivo.

En el marco normativo actual la categoría profesional desaparece y el grupo profesional pasa a ser la “única referencia” en materia de clasificación profesional³⁸⁶; la desaparición se justifica en la necesidad de “sortear la rigidez (...) y hacer de la movilidad funcional ordinaria un mecanismo de adaptación más viable y eficaz”, tal y como se indica en la Exposición de Motivos. La movilidad funcional “ordinaria” se desarrolla dentro del grupo profesional, sin ninguna restricción en cuanto a su duración o contenido. Se mantienen dos cautelas “históricas” en el art. 39.3 ET:

- Correlación entre funciones efectivamente realizadas y retribución correspondiente a las mismas, salvo que la movilidad sea descendente, en cuyo caso se mantendrá la retribución de origen: “el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que

³⁸⁶ Dispone el art. 22.1 ET que mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales.

efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen”.

- No invocación de “las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional”. Que no deban invocarse estas causas no impide que efectivamente se invoquen, con los efectos propios del despido improcedente (indemnización de 33 días con un máximo de 24 meses, sin salarios de tramitación).

Coherente con este planteamiento de mayor movilidad es la exigencia a la empresa de un deber más intenso de formación a los trabajadores, de ahí que sea preciso considerar la nueva letra d) del art. 23.1 ET, a cuyo tenor el trabajador tendrá derecho “A la formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo. La misma correrá a cargo de la empresa, sin perjuicio de la posibilidad de obtener a tal efecto los créditos destinados a la formación”. Este tiempo (el destinado a la formación) “se considerará en todo caso tiempo de trabajo efectivo”.

b. Asignación al trabajador: grupo profesional preponderante

La fase subjetiva supone la asignación concreta de un trabajador a un grupo o categoría profesional determinados, operación que suele llevarse a cabo teniendo en cuenta factores como los conocimientos, la experiencia, la iniciativa, etc.

El art. 22.2 ET define al grupo profesional como aquél “que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador”. Tareas y responsabilidades son términos nuevos que transmiten una mayor implicación del trabajador en la organización y un alejamiento del parapeto formal de las categorías profesionales. A lo anterior se añade, sin que sea ninguna novedad (art. 22.3 ET) que la definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres. En fin, desaparece la “equiparación a la categoría, grupo profesional o nivel retributivo previsto en el convenio colectivo” (viejo art. 22.5 ET) para dar paso –también por acuerdo entre el trabajador y el empresario– a la asignación al trabajador de un grupo profesional y al establecimiento como contenido de la prestación laboral “la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas”. Se admite el acuerdo de polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, en cuyo caso “la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo” (art. 22.4 ET).

Desaparece, como se ve, la protección que brindaba la categoría profesional y se abre un nuevo escenario basado en amplias funciones y cometidos, especialmente si los grupos profesionales son pocos.

En fin, la preponderancia que resulta de la aplicación del último inciso del art. 22.4 ET atiende a un criterio lógico y racional que probablemente sea difícil de concretar en la práctica, más aún en un escenario de movilidad sin causa como el que dibuja el art. 22.1 ET, lo cual supone admitir que nos encontramos ante una materia abonada a la litigiosidad.

c. Movilidad: omisión de categorías equivalentes

La movilidad funcional se enuncia en positivo: “se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador”. Desaparece la referencia a las “limitaciones (...) exigidas por las titulaciones académicas o profesionales (...) y la pertenencia al grupo profesional”.

La defunción de la categoría profesional trae consigo la de las “categorías profesionales equivalentes” a que se refería el art. 39.1 *in fine* como elemento de movilidad “a falta de definición de grupos profesionales”.

d. Plazo de adaptación

Según la D.A. 9ª de la Ley 3/2012, los convenios colectivos en vigor deberán adaptar en el plazo de un año su sistema de clasificación profesional al nuevo marco jurídico previsto en el artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores. Quiere el precepto que el 8-07-2013, como máximo, los convenios colectivos hayan sustituido los sistemas de clasificación profesional basados en categorías profesionales por otros basados en grupos profesionales. Este deseo tiene su fundamento normativo en el nuevo art. 84.1 ET, que permite por acuerdo modificar los convenios durante su vigencia.

Pese a que el art. 22.1 ET impone un sistema de clasificación profesional basado en grupos, el art. 85.3 ET no recoge dicho sistema como parte del contenido mínimo que debe integrar todo convenio colectivo “estatutario”. Lejos de tratarse de un olvido o de una incoherencia, debe pensarse que el sistema de clasificación profesional puede establecerse en convenio o por acuerdo de empresa, lo cual es muy frecuente. De ahí que no pueda fundarse en tal motivo (la ausencia de regulación convencional) una impugnación de un convenio por ilegalidad o lesividad.

La falta de adaptación en el plazo indicado de un año no viene acompañada de un mecanismo sancionador ad hoc, que viniera a ejercer una función coercitiva sobre los sujetos negociadores. Es cierto que la negociación colectiva es libre y también que los sujetos negociadores no son habitualmente “sujetos infractores” desde el prisma del derecho sancionador público. Sin embargo, debiera haberse ideado algún modo de hacer eficaz dicha adaptación.

e. Ascensos

Otro concepto de referencia en el ET son los ascensos, que suponen el cambio de una categoría profesional a otra superior y que constituye uno de los elementos de la llamada carrera profesional del trabajador a la que refiere el art. 35.1 de la Constitución.

El establecimiento de un sistema de ascensos, bien a través de convenio colectivo, o en el marco de un acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores impide que pueda acudir a cualquier otro mecanismo para proveer una plaza o un puesto de trabajo en la empresa de manera directa, desde el exterior, reconociéndose al trabajador la acción para exigir el cumplimiento de lo acordado, aunque no se le reconozca el derecho directo a obtener el ascenso.

En este sentido, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de enero de 1999, FJ Tercero, establece que la promoción interna o de cobertura de vacantes del

personal laboral que no sea de nuevo ingreso se regirá por sus convenios colectivos o normativa específica.

La doctrina jurisprudencial se encarga de precisar respecto a los ascensos, que han de tenerse en consideración dos reglas de derecho necesario que deben ser respetadas:

- Los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, los méritos, la antigüedad del trabajador y las facultades organizativas del empresario.
- Los criterios para determinar los ascensos dentro de la empresa contemplarán reglas comunes para los trabajadores de ambos sexos.

Adicionalmente para determinar el sistema de ascensos como para determinar el encuadramiento en cada uno de los grupos o categorías profesionales se tendrá en cuenta determinados factores como:

- Los conocimientos y la experiencia, que hace referencia a la formación básica necesaria, la experiencia adquirida y la dificultad para la adquisición de los conocimientos y la experiencia.
- La iniciativa, que hace referencia al grado de seguimiento de las normas o directrices.
- La autonomía, que hace referencia al grado de dependencia jerárquica.
- La responsabilidad, que hace referencia al grado de autonomía de acción del titular de la función concreta a desarrollar, el nivel de influencia sobre los resultados y la relevancia de la gestión sobre los recursos empresariales.
- El mando, que hace referencia al grado de supervisión y la ordenación de las funciones, la capacidad de interrelación, las características del colectivo y el número de personas sobre el que se ejerce.
- Y la complejidad, que hace referencia al número y al grado de integración de todos los factores.

C) Particularidades de la clasificación deportiva

Esta la regulación de la clasificación profesional regulada en el ET, y que se establece con carácter general, entremos al análisis de la regulación que sería de aplicación a los deportistas profesionales en virtud de la remisión efectuada por el artículo 21 del Real Decreto 1006/1985, que dispone que en ausencia de regulación en el RD 1006 será 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.

a. Difícil juego supletorio del ET

La laboralización del contrato de los deportistas profesionales no queda exenta de problemática, pues la especialidad de los deportistas profesionales no permitía articular la prestación de sus servicios a través de un contrato de trabajo sometido a las normas laborales generales, ni siquiera con especialidades, por no resultar de aplicación determinados preceptos jurídicos típicamente laborales como las normas relativas a la jornada máxima legal, el descanso dominical, la clasificación profesional, la antigüedad, los ascensos, los incrementos salariales por años de servicio, la participación en beneficios, las excedencias, etc.

Si bien estas circunstancias no impidieron que finalmente el contrato de trabajo de los deportistas profesionales se calificase como contrato laboral, con sus especialidades, ello no implica que no persistan determinadas materias reguladas en el derecho laboral general de difícil aplicación a este colectivo, como lo es precisamente la clasificación profesional. Cuando en el ámbito deportivo se habla de “categoría”, no se está haciendo referencia al concepto laboral sino a otras circunstancias relacionadas con la valía del deportista, con sus logros alcanzados, con el nivel del club en el que milita, etc.

Y ni siquiera entran dentro del concepto de categoría, tal y como el mismo se define en el ámbito laboral, las distintas profesiones que se encuentran en el ámbito deportivo como pueden serlo la de jugador, árbitro, entrenador, monitor, etc., puesto que entre las mismas no existe realmente una jerarquía o una posibilidad de ascenso sino que hacen referencia a profesiones determinadas dentro del deporte, algunas de las cuales siguen presentando serios problemas respecto a su calificación en el deporte profesional o cuanto menos respecto a la posibilidad de incluir a aquellos que desempeñan esa actividad dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto 1006/1985. No obstante, si se observa en cada una de las profesiones implicadas en el deporte a las que se ha hecho referencia, y casi se ha detallado, puede observarse una distinción de categorías y un régimen de ascensos.

b. Categorías peculiares

Interesa una mención específica a la figura del entrenador de fútbol. Respecto a esta actividad, o profesión, reseñemos que se conoce como carné de entrenador el título o licencia que se obtiene tras superar determinados cursos, que dan derecho a conseguir progresivamente tres niveles diferentes, a saber:

- Nivel 1: Instructor de Fútbol Base o Técnico Deportivo Elemental. Da derecho a entrenar hasta equipos juveniles de ámbito autonómico, e inferiores de cualquier orden o categoría (alevín, cadete, etc.), y fútbol femenino.
- Nivel 2: Entrenador Territorial o Técnico Deportivo Base. Para cualquier selección territorial, así como hasta equipos de 3ª División e inferior. Es necesario estar en posesión del Nivel 1 y haber realizado durante un año, o en el transcurso de una competición completa, las funciones propias de instructor (entrenador), reconociéndose como tales las realizadas como titular, y no como auxiliar o ayudante.
- Nivel 3: Entrenador Nacional o Técnico Deportivo Superior. Para cualquier equipo federado y selecciones. Es el necesario para entrenar en segunda y primera división. Para obtenerlo se debe estar en posesión del Nivel 2 y haber realizado durante un año, o en el transcurso de una competición completa, las funciones propias de un entrenador territorial, reconociéndose como tales las realizadas como técnico titular.

En otro orden, y en lo que respecta al colectivo arbitral, en el caso del fútbol, para ser árbitro es necesario obtener una licencia por parte de la Federación Española de Fútbol y quienes deseen prepararse para desempeñar esta función deben de tener una edad mínima de 15 años. Se suele empezar a arbitrar en el nivel “Fútbol 7”, y se asciende según la valía demostrada; si bien para evaluar la progresión, la Federación cuenta con unos controladores de árbitros, observadores arbitrales –figura que suelen desempeñar árbitros que ya no están en activo– y que asisten a los partidos, toman

notas, que sirven para elaborar un informe en el que queda asignado a cada colegiado una puntuación, que se utiliza para la elaboración de un ranking y un posicionamiento de los colegiados a nivel interno, del colegio arbitral.

D) Obligaciones aparentemente extralaborales

Resulta relevante, con la posibilidad de imponer obligaciones extracontractuales a los deportistas profesionales, el planteamiento de CARDENAL CARRO, para quien el hecho de que la prestación del deportista profesional dependa de su estado físico hace que influyan un número de circunstancias que determinarán hasta qué punto el contrato de trabajo es un marco apto para obligar –y por ende vigilar y eventualmente sancionar– a permanecer en el propio domicilio a partir de una hora determinada, a no ingerir ciertos alimentos y bebidas o acudir a locales de ocio, a utilizar unos determinados medios de transporte, a acudir a determinados facultativos en caso de enfermedad, a seguir un régimen de vida durante el disfrute de las vacaciones, y a otras tantas medidas que suponen contenido habitual de los reglamentos de régimen interior de los clubes deportivos, de obligado cumplimiento³⁸⁷.

Podemos concluir que el poder directivo configurado en el Real Decreto 1006/1985 es de una enorme amplitud pues que el rendimiento que se exige al deportista, condicionado a sus personales condiciones físicas y técnicas, permite que cualquier disminución del nivel óptimo, puede tener su origen en la conducta del trabajador, y ser considerada un incumplimiento contractual, así su art. 17.2 se refiere a las conductas extradeportivas, que pueden ser objeto de sanción, a las que “repercutan grave y negativamente en el rendimiento profesional del deportista”.

2. Diligencia

A) Regulación general

No existe un deber de trabajar, por un lado, y un deber de ser diligente, por otro, sino que la obligación del trabajador es, indisolublemente, la de trabajar con diligencia. El trabajo prestado sin la misma hace incurrir al trabajador, no en el mero incumplimiento de su deber de diligencia, sino, más radicalmente, en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de su prestación laboral³⁸⁸.

Las fuentes reguladoras de la diligencia exigible al trabajador son las disposiciones legales, los convenios colectivos, las órdenes e instrucciones legítimas dictadas por el empresario en el ejercicio regular de sus funciones directivas y, en defecto de todas ellas, los usos y costumbres, a los cuales habrá que añadir, desde luego, el contrato de trabajo pues el trabajo diligente es el “convenido”. La diligencia debida es ante todo la contractual, que queda incorporada al contrato constituyendo una verdadera declaración tácita de voluntad³⁸⁹. Recordemos que el

³⁸⁷ M.CARDENAL CARRO: *Deporte y Derecho...*, op.cit., pág. 199.

³⁸⁸ La legislación laboral manifiesta una preferencia clara por el criterio de la diligencia objetiva sobre la subjetiva, hasta el extremo de que el ET solo la invoca en el caso de los trabajadores disminuidos, cuya capacidad “real” debe tener en cuenta el empresario para exigirles el cumplimiento de sus obligaciones (art. 20.3).

³⁸⁹ G.BARREIRO GONZÁLEZ: *Diligencia y negligencia en el cumplimiento*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1981, págs. 174-175.

art. 20.2 ET, establece que en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres.

Con frecuencia la negociación colectiva incluye en su articulado preceptos que intentan precisar, de modo descriptivo, la diligencia debida por el trabajador, remitiéndola a nociones tan vagas como la “actividad normal” o “rendimiento normal”. En ocasiones la diligencia debida se deduce de la exigencia de un resultado cuantificable, como ocurre en los destajos, sin perjuicio de que en ellos también sea exigible, además de una cantidad, una calidad adecuada. Otras veces se acota mediante el establecimiento de sistemas de trabajo medido (criterio de organización científica del trabajo), basados en análisis de tareas, tiempos y movimientos que contribuyen a la fijación de los estándares exigibles, traducidos en índices convencionales.

Por último, y con independencia de lo anterior, el empleado debe resarcir los daños y perjuicios que su comportamiento negligente o doloso pueda causar, en virtud de lo establecido en los arts. 1.102 y 1.103 CC; responsabilidad indemnizatoria³⁹⁰ independiente de la penal en que el trabajador hubiera podido incurrir por dolo o imprudencia punibles³⁹¹.

B) Regulación específica

a. La norma especial

El art. 7 RD 1006/1985 establece que “el deportista profesional está obligado a realizar la actividad deportiva para la que se le contrató en las fechas acordadas, aplicando la diligencia específica que corresponda a sus personales condiciones físicas y técnicas, y de acuerdo con las reglas del juego aplicables y las instrucciones de los representantes del club o entidad deportiva”.

Asimismo, el art. 1.1 RD 318/1981, se hacía eco de la primera cláusula de los contratos-tipo contemplados en el Reglamento de Entrenadores y Jugadores de 1961³⁹², lo que nos lleva al análisis del deber de diligencia que recoge el art. 7.1 RD 1006/1985, y 5.a del ET en conexión con el deber de obediencia.

³⁹⁰ En tal sentido el empresario puede exigirle la indemnización de los daños causados como ocurre, por ejemplo, en un caso de falta de diligencia del trabajador que se tradujo en la destrucción de tarjetas magnéticas de control de asistencia. STSJ Cataluña 4 mayo 2000 (AS 2000, 1920).

³⁹¹ STS, Penal, 20 noviembre 1980 (RJ 1980, 4523).

³⁹² En estos contratos-tipo se establecía que “*el jugador se obliga a jugar con el Club de un modo eficaz y en la mejor forma que pueda exigirse a su habilidad y condiciones físicas; a asistir al campo de juego del Club o a cualquier u otro lugar que este o quien obre en su representación le indique, con objeto de actuar en partidos o entrenamientos; a efectuar cuanto sea necesario para hallarse en las mejores condiciones físicas y de juego posibles en todo momento; a cuidar de todo lo que personalmente le corresponda realizar con referencia a su adecuado régimen de vida, y a cumplir, a tal fin, cuantas instrucciones le comunique el Club, sus directivos, el entrenador o persona delegada de aquel*”.

b. Los convenios colectivos

El Anexo II del Convenio Colectivo del Balonmano Profesional³⁹³, configura como obligaciones del jugador la de entrenarse en el marco de la estructura técnica del Club y cuidar su buena condición física al objeto de lograr el mejor rendimiento posible en su actividad; la de jugar en todos los partidos, oficiales o amistosos, que dispongan los servicios técnicos del Club; la de aceptar y cumplir las normas generales y de disciplina del Club, una vez que le sea entregada la copia de las mismas; la de utilizar la indumentaria y material deportivo que le provea el Club, con excepción del calzado deportivo, materia sobre la cual Club y jugador podrán alcanzar acuerdos particulares.

Por su parte, el Convenio Colectivo de Trabajo ACB-ABP para la actividad del Baloncesto Profesional recoge en su Anexo I un contrato tipo cuya cláusula primera establece que el jugador se compromete y obliga a desempeñar su actividad de jugador profesional de baloncesto, durante un número de temporadas deportivas formando parte del primer equipo del Club; para a continuación, en su cláusula segunda establecer que en desarrollo de la actividad contratada, el jugador deberá entrenarse a las órdenes de los servicios técnicos del Club, cuidando de su buena condición física al objeto de alcanzar el mejor rendimiento posible en competición; utilizar la indumentaria y material deportivo que le sea facilitado por el Club, estableciendo como única excepción a esta norma, que el jugador podrá emplear el calzado deportivo que considere más conveniente; finalmente el jugador se obliga a acatar los reglamentos o normas internas del club.

c. Concordancia de bloques normativos

Para Rubio Sánchez, el deber de diligencia no se sujeta a los criterios objetivos contemplados en el artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, sino que su cumplimiento o incumplimiento se valora atendiendo a criterios claramente subjetivos, si bien dicho deber no implica la exigencia de un determinado resultado, razón por la cual resulta muy difícil determinar cuándo el rendimiento individual puede depender de factores externos tales como la calidad del adversario, las decisiones arbitrales, la presión ambiental, el estado del terreno de juego, la actuación de sus compañeros, la dirección técnica o el planteamiento táctico, las lesiones, etc.". En virtud de ello, continúa glosando el autor que *"de lo único que puede responder el deportista profesional es de su esfuerzo individual, nunca de sus compañeros de equipo, lo cual imposibilita la valoración en función de los resultados deportivos obtenidos en partidos o competiciones, puesto que el resultado positivo o negativo de cada encuentro o el obtenido al final de la competición no es siempre significativo para evaluar individualmente el rendimiento de cada deportista, ya que una cosa no es necesariamente consecuencia de la otra"*³⁹⁴.

³⁹³ El Anexo II del Convenio Colectivo del Balonmano Profesional recoge un modelo de contrato cuya cláusula primera establece que "el objeto del presente contrato es la integración del deportista en la plantilla de jugadores profesionales de balonmano del Club, participando en sus actividades deportivas bajo la dirección y organización del mismo, y aportando su colaboración y capacitación como jugador.

³⁹⁴ F.RUBIO SÁNCHEZ: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, 2002, Ed. Dykinson.

C) Consecuencias del incumplimiento

Como se ha expuesto, el deportista profesional está obligado a realizar la actividad deportiva para la que se le contrató, aplicando la diligencia específica de acuerdo con las reglas del juego aplicables, configurándose esta exigencia como un parámetro para valorar la diligencia del deportista profesional y con la fatal consecuencia de que su incumplimiento no sea considerado solamente como una infracción deportiva, sino que pueda además constituir un incumplimiento laboral que permita al Club o entidad deportiva adoptar medidas-represalias de índole disciplinario.

Así, y dentro de estas consecuencias disciplinarias, deber de diligencia con carácter general, se incluye la posibilidad de despido contemplada en el art. 54.2.e) ET al establecer que se considerarán incumplimientos contractuales la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado, entendiendo por trabajo normal el que en condiciones normales ha desarrollado o viene desarrollando el deportista con valoración de sus condiciones físicas y técnicas en concurrencia con otros factores externos que puedan afectar a su desempeño.

3. Buena fe

Conforme indica el art. 20.2 ET “en cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus relaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”, convirtiéndose así en principio general del Derecho que impone un comportamiento adecuado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7.1 y 1.258 CC), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones³⁹⁵.

A) Significado general

Para la jurisprudencia es consustancial al contrato de trabajo y se traduce en una exigencia de comportamiento ético, acorde a una serie de valoraciones objetivas, que limita o condiciona el ejercicio de derechos subjetivos, y que se concreta en valores que pueden traducirse por “lealtad, honorabilidad, probidad y confianza” exigible a las partes que conforman una determinada relación laboral³⁹⁶, aun cuando no cabe hablar de un genérico deber de lealtad del trabajador hacia el empresario, esto es, de sujeción absoluta del trabajador a los intereses empresariales³⁹⁷.

En este contexto, y según jurisprudencia constitucional reiterada³⁹⁸, cabe negar “la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicompreensivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la

³⁹⁵ SSTs 22 mayo 1986 (RJ 1986, 2609); 27 diciembre 1987 (RJ 1987, RJ 9042) o 4 marzo 1991 (RJ 1991, 1822).

³⁹⁶ SSTs 18 mayo 1987 (RJ 1987, 3722); 30 octubre 1989 (RJ 1989, 7462); 14 febrero 1990 (RJ 1990, 1086) o 26 febrero y 4 marzo 1991 (RJ 1991, 875 y 1822). STSJ Comunidad Valenciana 12 septiembre 2002 (JUR 2003, 170251).

³⁹⁷ STC 120/1983, de 15 de diciembre (RTC 1983, 120).

³⁹⁸ Una revisión extraordinaria en C.MOLINA NAVARRETE: “Hacia una revisión constitucional de la función de la buena fe contractual en las relaciones jurídico-laborales”, *RL*, 1992, T. I, págs. 338 y ss.

propia existencia del conflicto, cuya legitimidad general ampara el texto constitucional³⁹⁹. Con todo, aun cuando la obligación de buena fe no deba entenderse como sumisión absoluta del trabajador a los intereses empresariales, modaliza el ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo⁴⁰⁰, imponiendo límites no existentes en otros ámbitos⁴⁰¹.

B) Deber de sigilo

Aunque sin reflejo normativo actual, el trabajador debe mantener los secretos relativos a la explotación y negocios de su empresario, obligación que no se extingue con el contrato de trabajo, sino que perdura tras su extinción. La prohibición *ex post* de la revelación de secretos es absoluta e incondicionada, dando al secreto su sentido estricto de algo no conocido ni conocible sin acceder a la intimidad de quien lo posee, prevaleciendo quien viola la prohibición de la facilidad de acceso proporcionada por el contrato de trabajo⁴⁰².

C) Prohibición de ingresos atípicos

Pese a la inexistencia de regla prohibitiva expresa, de nuevo la prohibición de sobornos (al igual que la responsabilidad indemnizatoria derivada de su incumplimiento) subsiste, con el genérico sustento otorgado por los arts. 1.102 y 1.103 CC, como lógica consecuencia derivada del deber de buena fe.

Asimismo, debe abstenerse de aceptar propinas, regalos o cualquier otra ventaja que constituya soborno para hacerle incumplir sus deberes derivados del contrato de trabajo. No obstante, las propinas prohibidas son las que constituyen soborno y no las admitidas por uso cuando el trabajo consiste precisamente en dar un servicio a un cliente⁴⁰³. Por otro lado, si el empresario ha permitido las propinas no puede apropiárselas, ni “compensarlas” mediante disminución del salario, compensación imposible porque las propinas no son salario, por no proceder del empresario⁴⁰⁴.

D) Prohibición legal de concurrencia

El ET [arts. 5.d) y 21] no proscribiera indiscriminadamente todo tipo de concurrencia, sino sólo la ilícita o desleal, esto es, la contraria “a los usos honestos en materia comercial o industrial”⁴⁰⁵ que es causa de despido disciplinario [art. 54.2

³⁹⁹ STC 120/1983, de 15 de diciembre [RTC 1983, 120].

⁴⁰⁰ Según el criterio jurisprudencial, el art. 54.2.d) ET impondría al trabajador un deber de buena fe en su sentido objetivo que “constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible o, mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos, con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones”. STS 4 marzo 1991 (RJ 1991, 1822).

⁴⁰¹ STC 126/2003, de 30 de junio [RTC 2003, 126].

⁴⁰² M.ALONSO OLEA, M. y M^aE.CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, cit., págs. 450-451.

⁴⁰³ Nada parece oponerse a que el empresario las prohíba en todo caso, o a la prohibición establecida por convenio colectivo. M.ALONSO OLEA y M^aE,CASAS BAAMONDE: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 446.

⁴⁰⁴ STS 1 marzo 1986 (RJ 1986, 1177).

⁴⁰⁵ J.CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Madrid (MTAS), 1977, pág. 130.

d) ET]. La prohibición de concurrencia desleal se refiere a “actividades que se desarrollan dentro del mismo plano en que efectúa las suyas la empresa principal, por incidir sobre un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes, realizándose aquéllas de manera desleal, con olvido de las exigencias de la buena fe, mediante aprovechamiento de datos internos de la empresa que son conocidos por su trabajo en ésta y que cuando se refieren a un sistema organizativo o de producción o versan sobre la relación de sus proveedores o clientes, pueden ocasionar un potencial perjuicio a aquélla, por alterar el juego de la libre competencia”⁴⁰⁶.

Tal ilicitud existe cuando se produce la competencia económica con el empresario, “aunque no haya originado un perjuicio objetivado”⁴⁰⁷, si bien la doctrina judicial parte de la presunción de lesividad de la concurrencia en actividades iguales o análogas, presunción que se destruye cuando el empresario autoriza o consiente, incluso tácitamente, tal concurrencia. La regla se extiende a la actividad concurrente “por cuenta propia”⁴⁰⁸.

La clave del quebrantamiento de esta prohibición no radica en el hecho mismo de trabajar para la competencia directa, sino en hacerlo sin consentimiento del empresario⁴⁰⁹. Para medir la gravedad del incumplimiento resulta decisivo el alcance potencial de la lesión.

Los tres elementos de la concurrencia desleal tradicionalmente reiterados por la jurisprudencia son: a) realización de labores esencialmente idénticas a las contratadas; b) sin consentimiento, ni conocimiento empresarial; y c) causando un daño, real o potencial, al empleador⁴¹⁰.

E) Respeto a compromisos publicitarios

El principio de buena fe contractual queda consagrado en el Estatuto de los Trabajadores que en su art. 5.a) establece como uno de los deberes laborales básicos de los trabajadores cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia; prohibiendo por el art. 5.d) que el trabajador concorra con la actividad de la empresa, y disponiendo en el art. 20.2 que en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y la obediencia a las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección.

Dentro del capítulo de obligaciones y deberes, recoge el convenio colectivo del Baloncesto profesional que los jugadores deberán abstenerse de participar en manifestaciones publicitarias de productos que sean competencia de otros similares que patrocinen a la ACB o a sus clubes o SAD, así como de promocionar empresas cuya actividad sea competencia directa de la de las empresas patrocinadoras de la

⁴⁰⁶ STS 29 marzo 1990 (RJ 1990, 2367).

⁴⁰⁷ STS 5 junio 1990 (RJ 1990, 5020).

⁴⁰⁸ SSTs 22 septiembre 1988 (RJ 1988, 7097) o 7 marzo 1990 (RJ 1990, 1773). En el mismo sentido, entre muchas, SSTSJ Asturias 19 abril 1996 (AS 1996, 1254), Baleares 22 marzo 1997 (AS 1997, 1009) o Aragón 5 abril 2004 (AS 2004, 2589). En la doctrina, por todos, AGRA VIFORCOS, B.: *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral (estudio del art. 21.1 del Estatuto de los Trabajadores)*, León (Universidad de León), 2003, págs. 285 y ss.

⁴⁰⁹ STSJ País Vasco 20 julio 2004 (JUR 2005, 42847).

⁴¹⁰ Insistiendo en estos criterios véase la STS de 24 de septiembre de 1990 (RJ 1990\7042).

ACB o de sus clubes o SAD, exceptuando la colaboración publicitaria de los jugadores con empresas fabricantes de prendas deportivas cuando el contrato haya sido suscrito con anterioridad al correlativo a la ACB o de sus clubes o SAD –o se trate de una renovación del mismo– y con el patrocinador del partido anual que pudiese organizar la ABP. La incompatibilidad se limita a los patrocinadores de la ACB que tengan vinculación directa de las competencias o eventos organizados por esta entidad; disponiéndose que si en el futuro la ACB adoptara el acuerdo de unificar las prendas deportivas de los equipos, la incompatibilidad alcanzaría también a la empresa que sea concesionaria de esa exclusiva. En relación con el calzado deportivo, se establece que se estará al acuerdo que alcancen los jugadores y sus clubes o SAD según lo dispuesto en el anexo 1 del II Convenio Colectivo del sector (contrato tipo)⁴¹¹.

⁴¹¹ El texto de este contrato tipo es el siguiente:

En _____, a _____ de _____ de _____

REUNIDOS

De una parte, don _____, mayor de edad, con documento nacional de identidad número _____

Y de otra, don _____ mayor de edad, con NIF número _____ y domiciliado en _____.

ACTUAN

El primero, en su calidad de _____ de la entidad denominada (en adelante, el club), con NIF número _____ y domiciliada en _____, obrando en nombre y representación de la misma.

Y el segundo, en su condición de jugador profesional de baloncesto obrando en nombre e intereses propios.

Reconociéndose mutuamente la capacidad legal necesaria para contratar y obliga, y la suficiente para lo que es objeto del presente acto, en las respectivas calidades con que actúan, de su libre y espontánea voluntad

MANIFIESTAN

I. Que el club se halla interesado en contratar los servicios de don _____ como jugador profesional de baloncesto, a fin de incorporarle a la plantilla de su primer equipo.

II. Que don _____ está también interesado en la concertación de su prestación de servicios para el club, y

III. Que tras la oportuna negociación habida, se ha llegado por las partes a la suscripción del presente contrato de trabajo, que se regirá por las siguientes

CLAUSULAS

Primera.-Por medio del presente contrato, don _____ (en adelante, el jugador) se compromete y obliga a desempeñar su actividad de jugador profesional de baloncesto, durante las temporadas deportivas, formando parte del primer equipo del club.

Segunda.-En desarrollo de la actividad contratada, el jugador deberá también:

2.1 Entrenarse a las órdenes de los servicios técnicos del club, cuidando de su buena condición física al objeto de alcanzar el mejor rendimiento posible en competición.

2.2 Utilizar la indumentaria y material deportivo que le sea facilitado por el club. Como única excepción a esta norma el jugador podrá emplear el calzado deportivo que estime más conveniente.

2.3 Acatar los reglamentos o normas internas del club a que se refiere el epígrafe 1.2 del anexo 4 del II Convenio Colectivo del sector.

Tercera.-El club se compromete, por su parte, a facilitar al jugador el acceso a sus instalaciones deportivas en las sesiones de entrenamiento y en los encuentros que en ellas se disputen, prestándole en todo momento la asistencia técnica adecuada para su formación y perfeccionamiento profesionales.

...

4. Obediencia

El deber de obediencia aparece configurado como una característica manifestación de la dependencia del trabajador respecto de su empresario y, al

Cuarta.-Como retribución de los servicios prestados por el jugador, el club se compromete a abonarle las cantidades brutas que a continuación se especifican:

Temporada / euros.

Temporada / euros.

Temporada / euros.

Las indicadas cantidades deberán ser satisfechas por el club distribuidas en diez mensualidades consecutivas (2), la primera de las cuales se satisfará el día de del año en curso.

(2) Opcionalmente, las partes podrán modificar el número de mensualidades a abonar, si bien éste no podrá ser nunca inferior a ocho ni superior a doce al año.

Quinta.-El club garantizará al jugador la asistencia sanitaria gratuita a través de sus propios servicios médicos, o de los que tuviera concertados, en su caso, con terceras entidades, públicas o privadas.

Se exceptuará de esta garantía la asistencia odontológica y la de toda aquella enfermedad que no se derive directamente de la práctica de su actividad como deportista.

El jugador profesional que durante la vigencia del contrato incurriera en baja por incapacidad laboral transitoria por cualquier causa, tendrá derecho a que el club o SAD le complete la prestación de la Seguridad Social o Mutua Patronal hasta el 100 por 100 de sus retribuciones, manteniendo esta situación hasta su alta o finalización del período contractual, salvo en aquellos supuestos previstos en el párrafo tercero de la cláusula quinta del anexo I del presente Convenio

Si el jugador optase por la designación de médicos de su libre elección para el seguimiento de sus enfermedades o lesiones, el club, además de negarse a sufragar los gastos originados, podrá acordar hasta la obtención del alta médica, la suspensión de la retribución que completa la prestación de la Seguridad Social o Mutua Patronal hasta el 100 por 100 de sus percepciones, siempre que la recuperación de la dolencia de que se trate exceda del tiempo máximo previsto para la misma en el cuadro diseñado al efecto y que figura como anexo número 5 al texto del Convenio Colectivo.

Sexta.-Cuando a causa de su comportamiento fuera el jugador sancionado con multa por los órganos competentes, conforme a las normas de disciplina deportiva, podrá el club imputarle el importe de dicha multa.

Si la sanción impuesta comportara, además, la suspensión para participar en encuentros oficiales por más de un mes, el club podrá también descontar al jugador la parte proporcional de la retribución pactada correspondiente al tiempo en que permanezca inactivo, siempre que simultáneamente le libere de prestar cualquier servicio, de asistir a los entrenamientos y de estar a disposición del Club o SAD durante el tiempo de cumplimiento de la sanción.

En caso de que el jugador fuera reincidente en falta grave o muy grave, el club podrá resolver el contrato unilateralmente, sin que ello dé derecho a indemnización ninguna para el jugador.

Séptima.-El club podrá también resolver el presente contrato cuando el jugador adquiera compromisos de cualquier índole, sin su consentimiento, con otro club.

En tal caso, el jugador deberá abonar al club la mitad de la retribución pactada para la última temporada de contrato, en concepto de indemnización por daños y perjuicios, y

Octava.-Si el club procediera a rescindir unilateralmente el presente contrato sin causa justificada, el jugador tendrá derecho a percibir, en la anterior cláusula cuarta.

Y para que así conste y en señal de conformidad, afirmándose y ratificándose en el contenido del presente documento, que prometen cumplir leal y fielmente, lo firman por quintuplicado ejemplar (3) en el lugar y fecha arriba indicados.

(3) Ejemplares para el club, el jugador, la ACB, la ABP y el INEM.

tiempo, una prueba de que la desigualdad socioeconómica va acompañada también de una desigualdad jurídica: el empresario ordena y el trabajador obedece.

a. Contenido y límites

La consagración legal del deber de obediencia del trabajador se genera con el art. 5.c) ET cuando enuncia entre los deberes básicos del trabajador el de “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus funciones directivas”. Salvo supuestos excepcionales, el trabajador no puede desatender, bajo pretexto de improcedencia, las órdenes de quien en la empresa tiene el poder de cursarlas en razón de la facultad de dirección que le incumbe, sin perjuicio de reclamar ante las instancias correspondientes, si estima que sus derechos han sido conculcados⁴¹².

En la práctica se asume la presunción de legitimidad de las órdenes empresariales, con la cautela de que la orden de contenido manifiestamente irregular (imponiendo un comportamiento antijurídico, o ignorando derechos fundamentales del trabajador) no atrae sobre sí el deber de ser obedecida. La regla general es la de la obediencia de las órdenes empresariales en razón de que el empresario es el titular legítimo de la organización empresarial a quien el Derecho reconoce expresamente una serie de poderes de mando para que aquélla pueda desenvolverse adecuadamente. Dicha regla general podrá ceder excepcionalmente cuando se esté en presencia de irregularidades patentes, graves y dañosas en la orden emitida, que resulten de clara apreciación por el trabajador y, en su caso, de prueba no complicada ante el juez.

Hay que incidir en la conflictiva situación que puede generarse por el hecho de que por el club o entidad deportiva (por sus técnicos, entrenadores o directivos) se dicten órdenes que deben cumplir los deportistas profesionales y que afectan a su vida privada. Algún sector doctrinal encuentra justificado este actuar, pues entiende que a diferencia de lo que sucede en otras actividades laborales, en el deporte son determinables a priori las actividades que influirán negativamente en el rendimiento, por cuanto considera lógico que el RD 1006/1985, expresamente se aparte de la delimitación ordinaria del poder directivo y permita las sanciones por conductas extralaborales, establece el art. 17 RD 1006/1985 por los incumplimientos contractuales del deportista disponiendo que podrá ser sancionados por el club o entidad deportiva según su gravedad, sin que se le pueda imponerse sanciones por actuaciones o conductas extradeportivas, salvo que repercutan grave y negativamente en el rendimiento profesional o menoscaben de forma notoria la imagen del club o entidad deportiva⁴¹³.

b. Supuestos de desobediencia legítima

La rigurosa doctrina de que al trabajador no le está permitido “determinar en cada caso si las órdenes laborales que recibe son adecuadas o no, ya que ello equivaldría a erigirse en definidor de su propio derecho”⁴¹⁴ queda corregida y atenuada por la propia jurisprudencia y doctrina judicial al admitir el *ius resistentiae*. Si no se prueba por el trabajador la irregularidad (intrínseca o la fuerte apariencia de

⁴¹² STSJ Castilla y León/Burgos 8 marzo 2007 (AS 2007, 1487).

⁴¹³ F.RUBIO SÁNCHEZ: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, 2002, Ed.Dykinson.

⁴¹⁴ STSJ Castilla y León/Valladolid 2 octubre 1998 (AS 1998, 4484).

irregularidad que justifique su error) de la orden⁴¹⁵, su desobediencia resultará culpable y, según las circunstancias del caso, podrá desencadenar sanciones que pueden llegar al despido disciplinario⁴¹⁶.

*La relación laboral no impone un deber de obediencia que excuse la realización de actividades delictivas⁴¹⁷, por lo que el trabajador tiene el deber de desobedecer si no quiere incurrir en responsabilidad penal.

*No existe obligación de obedecer mandatos que lesionen derechos irrenunciables⁴¹⁸ o cuyo cumplimiento entrañe un daño o perjuicio patente para el propio trabajador o terceros, quebrantando, por ejemplo, el derecho de éste a la integridad física y

*El art. 21.2 LPRL reconoce al trabajador el derecho a paralizar su actividad ante riesgo grave e inminente, que le habilita para desobedecer las instrucciones empresariales que puedan exigirle la continuación de su prestación de servicios sin que sea posible la posterior sanción.

*La doctrina judicial ha reconocido el derecho del trabajador a desobedecer una orden empresarial ilegal en caso de desplazamiento o traslado cuando el empresario no facilita con la antelación suficiente los correspondientes gastos de viaje o dietas⁴¹⁹.

*La no discriminación por razón de sexo exime de cumplir la orden de que el personal sanitario femenino lleve uniforme específico (cofia, delantal con peto, falda y medias) sin posibilidad de optar por el pijama sanitario que visten los varones⁴²⁰.

*Por último, también resulta lícito el incumplimiento de órdenes claramente infundadas desde el punto de vista técnico, cuya ejecución llevaría a un resultado dañoso y atentaría además contra el prestigio profesional del trabajador⁴²¹ y la *lex artis* (desobediencia técnica).

*El poder directivo empresarial aparece referido oportunamente en el art. 20.1 ET al “trabajo convenido”, por lo cual resulta justificada, sin que derive incumplimiento contractual alguno para el trabajador, la desobediencia a órdenes sobre aspectos ajenos a la relación laboral y sin repercusión alguna sobre ella. Pero la jurisprudencia ofrece incontables ejemplos donde la imagen libremente elegida por el trabajador desencadena consecuencias laborales perjudiciales: el camarero despedido por negarse a rasurar su barba⁴²²; el profesor que cumpliendo sus tareas como responsable de la biblioteca de un centro público portando un pantalón corto fue

⁴¹⁵ La carga de la prueba se desplazará hacia el empresario cuando existan indicios de que la orden es atentatoria contra derechos fundamentales del trabajador, MONTOYA MELGAR, A.: “El poder de dirección del empresario...”, cit., pág. 589.

⁴¹⁶ R.AGUILERA IZQUIERDO: *Las causas de despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, Pamplona (Aranzadi), 1997, págs. 123 y ss., con un completo estudio sobre la evolución de la doctrina judicial sobre desobediencia del trabajador.

⁴¹⁷ STS, Penal, 7 noviembre 2001 (RJ 2001, 9684).

⁴¹⁸ STS 7 marzo 1986 (RJ 1986, 1277).

⁴¹⁹ SSTSJ Andalucía 25 septiembre 1995 (AS 1995, 3373) y Galicia 9 mayo 1995 (AS 1995, 1893).

⁴²⁰ STS 19 abril 2011 (RC 16/2009).

⁴²¹ STS 27 noviembre 1989 (RJ 1989, 8261) considera justa causa para resolver el contrato a instancias del trabajador la encomienda de trabajos no habituales para los que carecía de competencia.

⁴²² La STC 170/1987, de 30 de octubre [RTC 1987, 170], cuyo origen se sitúa en la STS 12 febrero 1986 (RJ 1986, 749), le deniega el amparo afirmando la intrascendencia constitucional del tema.

obligado a regresar a su domicilio para cambiarse de ropa⁴²³; el “ujier del pendiente”, trasladado de su puesto en el hemicycle de las Cortes por consideraciones vinculadas a su apariencia⁴²⁴ o la teleoperadora cuya empresa rescindió su contrato porque el uso de idéntica prenda en el centro de trabajo no se acomodaba a las exigencias estéticas de la entidad⁴²⁵.

Del mismo modo, los aspectos relacionados con el comportamiento del trabajador fuera de la jornada de trabajo, en principio, no pueden quedar sometidos a la obligación de obediencia, sin perjuicio de que en los supuestos en que tales actitudes pueden afectar la prestación de trabajo, el empresario pudiera hacer uso de éstas para justificar la adopción de ulteriores medidas disciplinarias.

Los trabajadores al servicio de empresas de tendencia (partidos políticos, sindicatos, instituciones religiosas, empresas periodísticas afectas a un determinado ideario, etc.) no pueden actuar (incluso en su vida extralaboral si sus actos tienen trascendencia externa) en contradicción con la ideología de sus empresas. Por tal razón, y con mayor motivo, tampoco podrán hacerlo en la esfera laboral.

5. Seguridad en el trabajo

Si bien el empresario aparece como el máximo responsable en materia preventiva, también recaen sobre el trabajador algunas obligaciones concretas, tal y como reconoce el art. 5.b) ET, configurando un deber “básico” del trabajador de “atención o diligencia en esta materia⁴²⁶”, sin que en modo alguno esté al mismo nivel que el del empleador⁴²⁷.

A) Regulación general

Corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario⁴²⁸. En desarrollo de ese genérico deber, la Ley fija otros específicos:

- Usar adecuadamente, de acuerdo con su naturaleza y los riesgos previsibles, las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y, en general, cualesquiera otros medios con los que desarrollen su actividad.
- Utilizar correctamente los medios y equipos de protección facilitados por el empresario, de acuerdo con las instrucciones recibidas de éste.

⁴²³ STSJ-Cont La Rioja 25 abril 2003 (JUR 2003, 228623).

⁴²⁴ Aun cuando el caso aludido verse sobre una relación funcional sirve para ejemplificar una situación presente, si cabe con mayor frecuencia, en la relación laboral, SERRA CALLEJO, J.: “La discriminación laboral por causas atípicas: el aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas”, *RTSS (CEF)*, núm. 127, 1993, pág. 61.

⁴²⁵ STSJ Madrid 7 mayo 2002 (AS 2002, 2042).

⁴²⁶ STSJ Comunidad Valenciana 27 junio 2003 (AS 2004, 1042).

⁴²⁷ Como indica STSJ Cataluña 8 marzo 2001 (JUR 2001, 151331), el deber de proteger la salud de los trabajadores impuesto a los empresarios, “también tiene como contrapartida la obligación por parte de estos últimos de observar en su trabajo las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene”.

⁴²⁸ Artículo 29.1 de la LPRL.

- No poner fuera de funcionamiento y utilizar correctamente los dispositivos de seguridad existentes o que se instalen en los medios relacionados con su actividad o en los lugares de trabajo en los que ésta tenga lugar.
- Informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores.
- Contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo.
- Cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores.

El incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos constituye un verdadero incumplimiento laboral, sancionable por el empleador (aunque no por la Administración Laboral).

B) Conductas en materia de dopaje

Comenzaremos por realizar un acercamiento normativo. La Ley Orgánica 3/2013, de 20 de Junio, de Protección de Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva establece la obligatoriedad a someterse a controles de dopaje, y es la especialidad de la relación laboral de los deportistas profesionales la que requiere una especial protección en materia de salud, así el artículo 59 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte dispone que la asistencia sanitaria derivada de la práctica deportiva general del ciudadano constituye una prestación ordinaria del régimen de aseguramiento sanitario del sector público y el art. 83 de la Ley General de Sanidad establece que el Consejo Superior de Deportes podrá exigir a las Federaciones deportivas españolas que para la expedición de licencias o la participación en competiciones, sea requisito imprescindible que el deportista se haya sometido a un reconocimiento médico de aptitud. Por su parte el art. 19 ET dispone que el trabajador tendrá derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene, debiendo observar las medidas legales y reglamentarias; quedando obligado el empresario a facilitar una formación práctica y adecuada.

Así, en materia de salud y seguridad e higiene en el trabajo, en el ámbito deporte profesional, partimos de la asunción por quienes practiquen el deporte, del riesgo posible de sufrir accidentes y lesiones, en ocasiones muy graves, inherentes a la propia práctica deportiva; así, los deportistas conocen las contingencias acaecibles en sus respectivos deportes de manera que se entiende que al participar en las respectivas competiciones, están consintiendo implícitamente la probabilidad de sufrir un accidente o una lesión; es por tanto que este consentimiento ha querido en ocasiones buscar una asimilación en el ámbito médico, aunque nunca se haya tratado de igual forma fundamentalmente por dos motivos:

- En primer lugar, y respecto al grado de conocimiento de los riesgos inherentes a la actividad, procede valorar que los deportistas profesionales conocen cuales son los eventuales riesgos que conlleva la práctica deportiva, mientras que son pocos los pacientes concedores de

los efectos perjudiciales que les puede provocar una determinada operación.

- En segundo lugar, y por lo que se refiere a la gravedad del daño, las operaciones quirúrgicas tienen una gran probabilidad de causar algún tipo de lesión que puede ser muy grave, o irreversible, mientras que en la mayoría de los deportes los riesgos son más bajos y habitualmente las lesiones menos graves.

C) Las lesiones como lance deportivo

a. Planteamiento

Se admite mayoritariamente que quien practica un deporte asume, otorga un consentimiento tácito de los riesgos que conlleva la práctica del mismo, y por analogía se cumplen los requisitos del consentimiento informado que se establecería en el ámbito médico, dado que el deportista practica de forma libre y voluntaria el deporte, conociendo el riesgo que implica la práctica del mismo y la posibilidad de caídas o golpes, otorgando por tanto un consentimiento tácito al realizar la práctica del mismo. Por todo podemos concluir que el deportista profesional asume que la práctica del deporte puede suponer un riesgo para su salud y que dicho riesgo excluye la posibilidad de adoptar las medidas ordinarias de seguridad en el trabajo; si bien y pese a ello, ha de tenerse en cuenta que cuando un deportista asume los riesgos inherentes al deporte que practica lo hace siempre *que las conductas de los participantes no se salgan de los límites normales debiendo imperar por tanto en este tipo de actividades las reglas de prudencia que los jugadores deben seguir, y tener en cuenta que los actos de los deportistas en cada manifestación deportiva, aun cuando dirigidos a lograr las más adecuadas jugadas no siempre producen el resultado perseguido*”, Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de octubre de 1992.

Para conocer si en una determinada conducta o lance deportivo se concreta el riesgo asumido por el deportista o si por el contrario puede existir algún tipo de responsabilidad por haberse excedido los límites normales de riesgo de cada deporte en concreto, es necesario determinar hasta qué punto un acto ha de ser considerado como un lance normal del juego⁴²⁹ que debe ser asumido por el deportista o cuándo concurre una negligencia suficiente como para poder exigir responsabilidad a su autor. Para ello, y dada la dificultad de establecer unos límites entre unos y otros supuestos, pueden seguirse los siguientes criterios:

- Para que pueda considerarse que el deportista ha asumido el riesgo, el acto que da lugar a la lesión debe tener lugar durante la realización del deporte y a consecuencia de dicha práctica.
- Ha de tenerse en cuenta si la actuación que origina la lesión ha cumplido o no la reglamentación deportiva del deporte en concreto.
- En el supuesto de que se haya infringido la reglamentación deportiva, debe valorarse si la actuación que ocasiona la lesión puede ser considerada como habitual o normal en el ámbito deportivo concreto, es

⁴²⁹ El Juzgado de lo Penal de Pamplona define el concepto de lance del juego en su Sentencia de 17 de octubre de 2002 como *luchas, disputas y esfuerzos mutuos más o menos intensos y contundentes, pero en cualquier caso accidentales, como fruto del lance disputado del juego, sin que exista voluntad alguna por parte de los jugadores de originar un perjuicio en la salud del contrario.*

decir, si nos encontramos ante una infracción fruto de una negligencia leve o si se trata de negligencia grave o incluso de una conducta dolosa.

- También ha de valorarse la gravedad de la lesión causada, así como la intencionalidad del causante de la lesión puesto que si su comportamiento, aun siendo adecuado a la reglamentación deportiva, se llevó a cabo con la intención clara de lesionar, existiría responsabilidad aunque la misma sería muy difícil de probar⁴³⁰.

b. Breve tipología judicial

Estos cuatro criterios expuestos son los parámetros que pueden servir de guía para apreciar la existencia de responsabilidad atendiendo de una parte al comportamiento del autor causante de la lesión, y de otra, a la circunstancia que permita determinar que dicho comportamiento se ha adecuado a la reglamentación del deporte concreto; eso es, si el acto puede incardinarse dentro de la normalidad de la modalidad deportiva o por el contrario, habiéndose infringido claramente la reglamentación de la práctica deportiva concreta se está ante un comportamiento desproporcionado o inadecuado.

La sentencia 315/2001 del Juzgado de lo Penal de Pamplona, esclarece que el conocimiento por parte de los deportistas de la existencia de un riesgo de lesión y su asunción no implica que se ampare cualquier tipo de actuación en el desarrollo de una actividad deportiva, no pudiendo servir de exención de castigo acciones como actos de agresión directos y contundentes contra la salud del contrario, pues esto rebasa los límites del riesgo permitido y asumible en el ejercicio ordinario de tal deporte; y así, y aun cuando estuviera motivado por la finalidad de obtener una ventaja deportiva, no se elimina el dolo lesivo, pues quien golpea consciente de que puede originar un importante efecto dañoso en la salud del contrario es perfectamente imputable en su resultado doloso. Aun así, la jurisprudencia penal en relación con reclamaciones de deportistas que han sido víctimas de una agresión física o verbal en el ámbito deportivo es muy escasa.

Si nos referimos a un deporte en concreto como el fútbol, en el que la existencia del contacto corporal implica en numerosas ocasiones situaciones violentas y ajenas a las reglas del juego, los tribunales han entendido que dichas

⁴³⁰ Caso del ex jugador del Manchester United, Roy Keane, que durante un partido de fútbol lesionó a un jugador rival, concretamente a Alf Inge Haaland del Manchester City, no siendo sancionado por dicho comportamiento en el terreno de juego. Sin embargo, posteriormente en su autobiografía, Keane reconoció que la lesión había sido intencionada, Roy Keane, **el jugador más expulsado en la historia del fútbol inglés** de acuerdo a datos de la cuenta Juez Central, sufrió una dura entrada del noruego **Alf-Inge Haaland** de Leeds United en 1997. El diagnóstico tras esa flagrante falta fue una **rotura de ligamentos** que lo dejó fuera el resto de la temporada. En un principio, el futbolista noruego le llamó mentiroso a Keane, lo cual provocó su molestia. Cuatro años más tarde, en un partido donde se jugaba el derby de Manchester y los dos jugadores se enfrentaron una vez más, Roy Keane en la primera oportunidad que tuvo lesionó a Alf-Inge Haaland este futbolista **fue operado en cuatro ocasiones de la rodilla derecha**, pero nunca quedó bien. El noruego, que en ese entonces pertenecía al Manchester City, tuvo que retirarse del fútbol. Roy Keane recibió solamente tres partidos de suspensión y una **multa de 5,000 libras esterlinas**. Un año más tarde, el férreo jugador de Irlanda publicó su autobiografía, diciendo que **fue directamente a lesionar. Tras sus declaraciones, fue suspendido cinco partidos y multado ahora con 150 mil libras esterlinas.**

agresiones han de ser resueltas dentro del ámbito estrictamente deportivo⁴³¹, al entender que quienes practican ese deporte tienen conocimiento de que esas acciones pueden producirse y que asumen los riesgos que pudieran acaecer. Esta consideración conlleva que tanto respecto a las sanciones arbitrales como respecto a posteriores sanciones federativas, se establece que lo que sucede en el terreno de juego tiene sus propias reglas, que son de carácter exclusivamente deportivo y este tipo de incidentes se aceptan y asumen como un riesgo propio del juego y asumido por los participantes.

Sí encontramos la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 22 de febrero de 2001, en la que un juzgador es condenado por una falta de lesiones por propinar un puñetazo a un jugador de Fútbol Sala, entendiéndose que concurría dolo en el agresor dado que la agresión se propinó mientras el juego estaba detenido, incrementando así el riesgo permitido. Esta resolución judicial pone de manifiesto cómo la regla general en la práctica, es la impunidad de las agresiones deportivas y la excepción la punibilidad, explicando de forma minuciosa que la frontera entre la impunidad y la punibilidad tiene que estar, forzosamente, en la observancia de las reglas de juego, de la *lex artis*, así si la lesión no se produjo ni fue causada en un lance del juego y por accidente, sin intencionalidad, sino fuera de la misma, cuando el balón, y eso es lo importante, no estaba en disputa, porque derribado por una zancadilla o patada se levantó del suelo y detenido el juego fueron expulsados ambos del campo, siendo cuando enfurecido e irritado, propinó el puñetazo al apelante, con evidente *animus laedendi*, y habida cuenta que al fútbol sala no se juega con los puños lanzándolos contra el jugador contrario, sino con los pies, no cabe suponer más que la intención que atentará contra la integridad física del contrincante, al menos con dolo eventual.

6. Mejora de la productividad y colaboración en el trabajo

El art. 5.e) ET establece el deber del trabajador de contribuir a la mejora de la productividad, como concreción del más general deber de buena fe y cooperación del deudor con el pleno resultado útil de la prestación, que requieren un especial deber de esmero y esfuerzo. Serán el contrato y la negociación colectiva, así como el propio poder de organización empresarial, las fuentes de este deber⁴³².

Por muy amplios que sean los poderes directivos del empleador y su capacidad de precisar la actividad a ejecutar por el trabajador, la productividad, perfección y eficacia del esfuerzo laboral del asalariado depende en gran medida de su disposición personal a ejecutar el trabajo debidamente. La formulación legal es muy genérica y debe concretarse un poco:

⁴³¹ Cabe destacar la autonomía del ordenamiento deportivo que en esta materia se concreta en el establecimiento en la Ley del Deporte de un régimen disciplinario propio y la opción de recurrir a la vía del arbitraje en caso de discrepancias, siguiendo la misma línea la FIFA y las Federaciones Deportivas, excluyéndose a priori la vía jurisdiccional ordinaria, y es por cuanto esta solución no debe sorprender puesto que se busca una solución rápida a las controversias por el deportista, lo que no conseguirá en la vía jurisdiccional ordinaria.

⁴³² El art. 64.1.11 ET llama a los representantes de los trabajadores a colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad; el art. 82.2 indica que los convenios pueden regular las condiciones de trabajo y productividad; el art. 38 CE señala que los poderes públicos garantizan y protegen la libertad de empresa y la defensa de la productividad.

- Ni el estancamiento de la productividad ni su reducción constituyen automáticamente incumplimientos contractuales del trabajador.
- Es un deber de configuración variable, cuyo alcance deberá determinarse caso por caso atendiendo a la cualificación profesional del trabajador, las tareas que realiza, su posición jerárquica, etc.
- La negociación colectiva puede contribuir de forma muy significativa a delimitarlo, especialmente previendo complementos retributivos.

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

1. *Novaciones modificativas*

A) Movilidad geográfica

Se trata del traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia (art. 40.1).

a. Causas

Tanto para la movilidad geográfica como para la MSCT, tras la Reforma las causas son más genéricas y se desvinculan de la finalidad exigida tradicionalmente. Se hace referencia a que estén “relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”, aunque sigan estando vinculadas a “razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen”, como establecía y establece el art. 40.1 ET⁴³³. La omisión de los condicionantes teleológicos de la medida implica otorgar a la empresa una mayor libertad e implícitamente supone una menor carga probatoria en el momento en que se plantee un conflicto o una reclamación, porque la fórmula tradicional se diluye, relajándose la carga de la prueba notablemente pues la competitividad, la productividad y la adecuada organización técnica del trabajo son factores esenciales para la pervivencia de cualquier empresa.

b. Desaparición de la intervención administrativa

La Ley 3/2012 suprime del art. 40.2 la potestad administrativa de ampliar el plazo de incorporación de los trabajadores “a la vista de las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justifiquen” y, con ello, de posponer la decisión de traslado hasta seis meses.

c. Prioridades de permanencia

Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en los puestos de trabajo a que se refiere este artículo. Mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de trabajadores de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.

Por otro lado, y con el fin de hacer efectivo su derecho de protección a la salud, se otorga preferencia a los trabajadores víctimas del terrorismo y a los discapacitados que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con su discapacidad para ocupar con preferencia otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento, en los mismos términos y condiciones

⁴³³ Se suprime el párrafo conforme al cual se entiende “que concurren las causas (...) cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

establecidos para las trabajadoras víctimas de violencia de género y para las víctimas del terrorismo.

d. Garantías individuales

La decisión de traslado deberá ser notificada por el empresario al trabajador, así como a sus representantes legales, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.

Notificada la decisión de traslado, el trabajador tendrá derecho a optar entre el traslado, percibiendo una compensación por gastos, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. La compensación a que se refiere el primer supuesto comprenderá tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, que nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos.

Sin perjuicio de la ejecutividad del traslado en el plazo de incorporación citado, el trabajador que no habiendo optado por la extinción de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente. La sentencia declarará el traslado justificado o injustificado y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser reincorporado al centro de trabajo de origen.

e. Impugnación

La LRJS establece en su art. 184 [que se modifica para incorporar los supuestos de suspensión del contrato y reducción de jornada] que las demandas en materia de movilidad geográfica “se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente (...), dando carácter preferente a dichos procesos y acumulando en ellos (...) las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas con las propias de la modalidad procesal respectiva”. Lo que determina la atracción hacia esta modalidad procesal especial regulada en el art 138 LRJS es la materia (movilidad geográfica), al margen de que la empresa haya cumplido el procedimiento establecido en el art. 40 ET.

B) Modificaciones sustanciales

a. Concepto

Actualmente el concepto, ámbito y modalidades de la MSCT es bien distinto de cuanto hasta la Reforma de 2012 se había venido sosteniendo. En síntesis:

*Causas: la dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

*Materias: tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.

- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.

*Fuente.- Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos.

*Convenios.- La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 ET (“descuelgue”).

*Movilidad geográfica.- En materia de traslados se estará a lo dispuesto en las normas específicas sobre el particular.

b. Garantías individuales

La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad.

La decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el período de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación.

En los supuestos previstos en los enumerados párrafos a), b), c), d) y f), si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que no habiendo optado por la rescisión de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.

C) Cesión del deportista

Por más que ahora interese abordar el régimen jurídico aplicable a las cesiones de deportistas profesionales, su adecuado encuadramiento requiere el previo examen (bien que sumario) de los términos en que el artículo 43 ET viene prohibiendo similar negocio respecto del común de los trabajadores (apartado 1). A partir de estas premisas procederá el estudio primario del artículo 11 del RD 1006/1985, la norma decisiva sobre el tema y cuya redacción permanece inalterada desde su promulgación (apartado 2). Para cerrar este primer núcleo expositivo atenderemos a las razones o fundamentos que inducen a que la relación laboral especial sea tratada de un modo tan distinto a la común (apartado 3).

a. La genérica prohibición de la cesión de trabajadores

PROHIBICIÓN GENERAL.- Conforme al artículo 43.1 ET “*La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan*”. Quiere el precepto que, conforme al principio de realidad, quien es verdadero empresario asuma tal condición y no eluda sus obligaciones laborales; de ahí la prohibición de tráfico de mano de obra. No se piense que las cesiones de personal *definitivas* están permitidas puesto que, con mayor razón, quedan asimismo proscritas, pese a la expresión (“*temporalmente*”) del legislador. Conviene diferenciar varias posibilidades para mejor comprender el alcance de la prohibición.

CESIÓN A TRAVÉS DE ETT.- La cesión de trabajadores a través de Empresas de Trabajo Temporal se encuentra admitida y regulada por la Ley 14/1994, de 1 de junio, y su desarrollo reglamentario (en general, RD 735/1995, de 5 de mayo; en temas de salud laboral, RD 216/1999, de 5 febrero). Es verdad que la ETT pone a disposición de otra empresa usuaria, temporalmente, trabajadores por ella contratados; pero esta cesión se rodea de una serie de cautelas, controles y responsabilidades de los intervinientes, de modo que inspiran al ordenamiento la suficiente confianza como para pensar que está justificada y que mediante ella no serán burlados los derechos de los trabajadores. Tales garantías, además, quedaron enormemente reforzadas por el criterio jurisprudencial conforme al cual por venir sujeto a término cierto, constituye despido improcedente la extinción *ante tempus* del contrato eventual concertado con una ETT, no pudiendo ésta alegar, como justa causa de extinción, la resolución del contrato de puesta a disposición por haber finalizado la causa (acumulación de tareas) que lo motivó (SSTS 4 febrero y 22 octubre 1999 [RJ 1999, 1594 y 7893]); igualmente, las Leyes 29/1999 y 45/1999 introdujeron diversas reformas a fin de hacer más soportable –para los trabajadores implicados– esta posibilidad de “*cederlos temporalmente a otras empresas*”.

CESIÓN IRREGULAR A TRAVÉS DE ETT.- Puesto que la prohibición estatutaria sólo remite en los casos en que la cesión de trabajadores se instrumenta a través de una ETT y se haga “*en los términos que legalmente se establezcan*”, surge la duda de qué sucede cuando el esquema tripolar diseñado para tales casos (ETT, empresa usuaria, trabajador) se utiliza incumpliendo alguna previsión legal de relevancia (en general, acudimiento indebido a los supuestos que legitiman esta contratación).

Conforme al art. 16.3 LETT existe responsabilidad solidaria de la empresa usuaria con la ETT respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social que ésta última haya contraído con los trabajadores, cuando se hayan vulnerado los mencionados arts. 6 y 8. Por eso la doctrina mayoritaria consideraba que “el art. 16.3 de la Ley 14/1994 es el precepto que específicamente regula el supuesto de incumplimientos en el contrato de puesta a disposición y sus consecuencias para la empresa usuaria, sin que pueda aplicarse el art. 43.2 del Estatuto de los Trabajadores, el cual queda exclusivamente para los casos de cesión de trabajadores que se realicen sin presencia de una empresa de trabajo temporal” [por todas, STSJ Madrid 5 julio 1999 (AS 1999, 2171)]. En otros casos, de manera opuesta, se aplicaba el art. 43.2 ET a supuestos de cesiones producidas por ETTs autorizadas con infracción del art. 6 LETT (se trataba en concreto de contratos temporales fraudulentos), declarando la responsabilidad solidaria de la ETT y la EU en las consecuencias derivadas de la

declaración de improcedencia del despido del demandante; por todas, SSTSJ Comunidad Valenciana 10 junio y 20 julio 1999 (AS 1999, 3714 y 4703).

Finalmente, la importantísima STS 4 julio 2006 (RJ 2006, 6419), en doctrina muchas veces reiterada, ha clarificado el tema al sostener que la puesta a disposición de trabajadores en supuestos no permitidos legalmente nos sitúa ante una cesión ilegal, por las siguientes razones:

- Esta es la interpretación lógica del artículo 43.1 ET, pues cuando una ETT pone un trabajador a disposición de empresa usuaria fuera de los casos legalmente permitidos, se aplican las mismas consecuencias que en el caso de la cesión ilegal.
- La expresión legal “los términos que legalmente se establezca” implica que surge la cesión ilegal cuando se desconocen aspectos relevantes fijados por norma con rango de Ley; quedan al margen determinaciones reglamentarias y elementos accesorios que no alcanzasen la sustancial regulación efectuada por la Ley.
- El art. 43 ET es de aplicación a los contratos de puesta a disposición en supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el art. 8 LETT.
- Desde luego, en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, supuestos en los que el contrato de puesta a disposición se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 CC.
- El tenor del artículo 16.3 Ley de la 14/1994 no puede llevar a entender que la responsabilidad “solidaria” de la empresa usuaria, cuando el contrato de puesta a disposición se ha celebrado de modo ilegal, se limita a las deudas “salariales”. Por el contrario, cuando el contrato de puesta a disposición no se ajusta a las previsiones legales, las consecuencias del despido improcedente han de afrontarse de modo solidario por la ETT y la empresa usuaria, sin que la responsabilidad solidaria de las empresas en cuestión (ETT y usuaria) implique la existencia de un único empleador.

Desde una perspectiva diversa, también afronta la sentencia examinada la coherencia de que se exija responsabilidad a la ETT cuando la ilegalidad sea achacable por completo a la empresa usuaria, escapando al control de la primera. Esa línea discursiva se rechaza por varias razones:

- Limitar las obligaciones de la ETT a que el contrato de puesta a disposición obedezca formalmente a causa legal justificativa, invitaría a reducir la diligencia de la indicada empresa en orden al cumplimiento de las previsiones legales, con la consiguiente desprotección para los intereses del trabajador.
- La defensa de tales intereses ha llevado a la jurisprudencia a sostener la aplicabilidad analógica del art. 43 ET incluso en supuestos de válida circulación de empleados entre las diversas empresas de un grupo.
- La exigencia de responsabilidad de que estamos tratando es tan sólo laboral y precisamente la solidaria de la empresa usuaria –e infractora– respecto de las obligaciones de la ETT [art. 12 LETT].

- No se excluye la reclamación –de todo orden– que la citada ETT puede efectuar frente a la empresa usuaria e incumplidora.
- Esto no significa que la ETT se limite a ser simple empresario aparente; lo único que cabe afirmar es que existe una cesión ilegal y que las dos empresas implicadas resultan solidariamente responsables de abonar la indemnización del despido improcedente.

TIPOLOGÍA DE CESIONES ILÍCITAS.- Bajo la prohibición quedan los fenómenos de reclutamiento o mediación ejercida fuera del marco que para las agencias privadas de colocación contemplan el art. 16.2 ET y el RD 735/1995, de 5 de mayo. En tales casos el empresario cedente se limita a buscar y proporcionar mano de obra o a contratarla y cederla; se presume que ello dificulta el ejercicio de los derechos laborales (problemática identificación del empleador, posibles insolvencias, elevada precariedad, etc.); en puridad esa es “*la contratación de trabajadores para cederlos*” referida en la norma, que implícitamente prohíbe la utilización de trabajadores cedidos en esas condiciones. En otras ocasiones quien realmente recibe los servicios del trabajador se mantiene oculto y formalmente al margen de toda vinculación; hay una interposición (temporal o permanente) que impide detectar a la contraparte del contrato. La elusión de responsabilidades sociales que ello puede propiciar se encuentra en la raíz de la tradicional prohibición normativa.

Tras su modificación de 2006, el artículo 43.2 ET prescribe “en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario”. Se condensan en esas previsiones las líneas interpretativas dominantes en las muchísimas sentencias que han venido ocupándose de perfilar el concepto.

DIFERENCIA CON LA EXTERNALIZACIÓN La determinación de cuándo estamos ante una cesión ilegal ha sido supuesto frecuentemente debatido, de modo que la jurisprudencia ha podido elaborar toda una tabla de indicadores para la resolución de cada caso:

- Los principales datos o criterios a barajar para apreciar la ausencia de contrata y paralela cesión ilegal de trabajadores son: falta de infraestructura empresarial de la supuesta contratista (titularidad de los medios materiales de producción, facultades de decisión y disposición sobre ellos, etc.); carencia de facultades en orden a la dirección y gestión del negocio; no asunción de un verdadero riesgo empresarial; falta de gestión empresarial respecto de sus propios trabajadores (limitaciones que afectan a su capacidad de organización, dirección o mando sobre el personal empleado).
- Por el contrario, suelen considerarse indicios de solvencia y legalidad los siguientes: justificación técnica de la contrata, autonomía de su objeto, aportación de medios de producción propios, ejercicio de facultades empresariales, realidad empresarial del contratista (capital, patrimonio, solvencia, estructura, cartera de clientes), actividad

empresarial propia, asunción de beneficios o responsabilidades inherentes a la condición de empresario, aportación de un grupo considerable de trabajadores al proceso productivo principal, etc.

El tema posee una fuerte impronta casuística, que obliga a ponderar las circunstancias concretas en cada supuesto a fin de determinar quién es el empresario efectivo; cuando se discute si existe una verdadera contrata entre empresas o una cesión ilegal de trabajadores hay que individualizar al máximo el análisis de los datos, por lo que resulta muy problemática la existencia de supuestos idénticos (SSTS 19 y 25 octubre 1999 [RJ 1999, 7553 y 8152]). Incluso ha llegado a sostenerse que los datos en cuestión del caso (especialmente el desempeño de las facultades empresariales) no han de ponderarse de manera general sino en relación a cada concreto trabajador (STS 19 enero 1994 [RJ 1994, 352]).

b. Delimitación del supuesto

CESIONES LÍCITAS.- Pese a la examinada y general prohibición del artículo 43 ET, además de la cesión a través de ETT, el ordenamiento admite algunos supuestos particularísimos de cesión. Señaladamente los que se contemplan respecto de los estibadores portuarios (art. 10 del Real Decreto-Ley 2/1986, de 23 de mayo), de ciertos altos cargos pertenecientes a un grupo de empresas (art. 9.1 *in fine* del RD 1382/1985, de 1 de agosto) o de los deportistas profesionales (art. 11 del RD 1006/1985, de 26 de junio); como se observa, los tres casos pertenecen a la categoría de relaciones laborales de carácter especial.

Generalmente la doctrina judicial sostiene que no caen bajo la prohibición los supuestos de circulación de mano de obra en el seno de un grupo de empresas, en cuyo caso solamente estaremos ante una responsabilidad solidaria de todas ellas en su condición de empleadoras; sin embargo, el criterio no está del todo claro. La misma solución, por analogía, se predica respecto de la cesión de trabajadores entre Administraciones u órganos administrativos (basada en los principios de coordinación, cooperación y colaboración) que se manifiesta a través de convenios o de normas en cuya virtud se ponen en común competencias y medios de ejecución (STSJ Canarias-Las Palmas 17 febrero 2006 [AS 2006, 749]).

CARACTERIZACIÓN DEL SUPUESTO.- Conforme al artículo 11.1 del RD 1006/1985, *durante la vigencia de un contrato los clubes o entidades deportivas podrán ceder temporalmente a otros los servicios de un deportista profesional, con el consentimiento expreso de éste*. De esa previsión derivan las principales características de la cesión en estudio; de forma sumaria puede resaltarse lo siguiente:

- Sólo es posible la cesión una vez que el contrato de trabajo ya esté en vigor, no de forma anticipada o coetánea a su conclusión.
- La prestación de servicios para empresa distinta de la propia sólo cabe de forma temporal.
- La duración del préstamo humano nunca puede ir más allá de la prevista como de vigencia del contrato de trabajo (necesariamente temporal).
- Además del deportista, los sujetos implicados empresarialmente han de ser clubes o entidades deportivas.
- La actividad del trabajador en la empresa cesionaria sólo puede consistir en sus servicios como deportista.

- El negocio jurídico triangular que se diseña requiere el triple concurso de voluntades (empresas y empleado).

Es muy importante que estos requisitos se cumplan en cada caso pues la cesión temporal no está autorizada incondicionalmente, sino sólo con arreglo a un concreto diseño y previo cumplimiento de determinados requisitos. Habida cuenta del modo en que la jurisprudencia enfoca la cesión de trabajadores por parte de una ETT cuando se incumplen las exigencias legales del caso, bien puede pensarse que aquí ha de procederse análogamente. El incumplimiento de una exigencia sustancial, por tanto, nos sitúa fuera del marco legal de las cesiones (legales) de deportistas y nos aboca a la regulación del artículo 43 ET (cesiones ilegales), que en este punto entraría en juego como normativa supletoria.

¿Qué efectos prácticos tendría esa hipótesis de cesión de deportista incumpliendo las previsiones del artículo 11 RD 1006/1985? Lógicamente, las previstas en el artículo 43 ET. Ahora bien, si se repasan las mismas y se medita brevemente sobre ellas se llegará a una sorprendente conclusión:

- En primer lugar, dispone el art. 43 ET que los empresarios implicados “responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social”, pero ese resultado equivale a la garantía que para las cesiones lícitas contiene el artículo 11.3 del RD 1006/1985.
- En segundo término, “los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria”, pero esa consecuencia es claramente incompatible con la naturaleza especial de la relación laboral de deportista (art. 24 RD 1006/1985) pues sabido es que su duración siempre será determinada (art. 6º RD 106/1985).
- Por último, los derechos y obligaciones del trabajador “en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”, previsión que sólo excepcionalmente (si hay convenio de empresa) puede tener cierta repercusión práctica y que por la vía de los acuerdos previos habrá sido desplazada.

En consecuencia, dejando al margen las eventuales sanciones administrativas por incumplimiento de las normas laborales, si se habla sólo desde el punto de vista de la relación laboral y sus efectos, la verdad es que la cesión ilegal de deportistas apenas diferirá en sus consecuencias prácticas de la legal o permitida. Esta conclusión sirve, al tiempo, para entender por qué se contemplan y toleran estas cesiones: entre otras cosas, porque no van a comportar minoración de derechos para el trabajador; seguidamente se amplía esta reflexión sobre el fundamento de la institución.

c. Fundamento de la tolerancia normativa

Puesto que las cesiones temporales aparecen como una excepción a la prohibición general del artículo 43 del ET sobre las cesiones de mano de obra o prestamismo laboral, a salvo la posibilidad de que entren en juego las empresas de trabajo temporal, es conveniente poner de manifiesto la *ratio essendi* de tal tolerancia; no se trata sólo de un ejercicio de cultura jurídica sino también de contar

con un importante elemento interpretativo a la hora de disipar las dudas prácticas que surjan sobre el tema.

La actitud de la norma especial viene siendo bien aceptada por la doctrina laboralista [Sala Franco (1983), Cabrera Bazán (1987), Roqueta Buj (1996), Rodríguez Ramos (1997)], lo que equivale a constatar que existen razones muy poderosas para justificarla. Aunque se trata de materia no explicitada por el Reglamento, la mayoría de los análisis coincide en identificar estas razones por referencia a las siguientes:

- Las consecuencias de la cesión legal, como se ha adelantado, son similares a las que el artículo 43 ET instrumenta como garantías para los supuestos en que se produzca una cesión ilegal de mano de obra.
- La peculiaridad de la actividad deportiva provoca que diversos derechos vinculados al contrato de trabajo (promoción profesional, formación, retribución progresiva, etc.) queden mejor salvaguardados cuando se cambia temporalmente de empresa (con la expectativa de intervenir más asiduamente en la competición) que cuando se permanece en la propia (por más que se respeten los derechos básicos de ocupación y remuneración).
- La temporalidad inherente a la relación laboral deportiva casa bien con el cambio de empresa por un período transitorio; aquí la estabilidad en el empleo no se identifica con fijeza, de modo que la cesión tampoco se concibe como un ataque a ese principio.
- La necesidad del consentimiento por parte del trabajador implica que las cesiones opacas u otras formas de prestamismo ilícito quedan tan prohibidas como en el campo de las relaciones laborales comunes.

Para buena parte de la doctrina judicial y científica, la excepción al régimen común de las cesiones temporales en el ámbito del deporte resulta de las características propias de la relación laboral especial de los deportistas profesionales. La protección de la estabilidad en el empleo que se pretende alcanzar con la prohibición del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores carecería de sentido en el caso de los deportistas profesionales, pues por la propia naturaleza temporal de sus contratos de trabajo resulta contraindicada la fijeza en la prestación de sus servicios; la “inestabilidad” laboral propia de estos profesionales justifica la inobservancia de medidas como la recogida en el artículo 43 del ET sobre la cesión ilegal de trabajadores. No significa esto que sus derechos laborales se vean afectados ya que su situación en el club cesionario (como se verá) es idéntica a la de sus compañeros, sin que se produzca la discriminación propia de las cesiones prohibidas por el ET.

En definitiva, se trata de una institución que se adapta perfectamente a las peculiaridades específicas de la realidad del deporte profesional, beneficiando a todas las partes implicadas en la relación laboral (Sagardoy Bengoechea y Guerrero Ostolaza, 1991). Explicación:

Ventajas para el deportista cedido.- De todo lo anterior deriva la existencia de una clara singularidad en la institución estudiada: cuando un club cede uno de sus deportistas a otra entidad está persiguiendo no sólo el beneficio propio, sino también el del trabajador implicado. Al menos en una consideración general y teórica, los resultados perseguidos con el prestamismo laboral de los deportistas profesionales son distintos a los propios de la cesión prohibida en la normativa laboral común. En la cesión ilegal de mano de obra únicamente resulta beneficiado el empresario,

mientras que en el ámbito del deporte se aprovechan tanto el empresario como el deportista profesional. En principio (sin perjuicio de lo que realmente suceda en cada caso concreto) el deportista cedido tendrá la oportunidad de perfeccionar su aprendizaje mediante la regularidad de la práctica que le ofrece *a priori* la cesión a un club distinto, normalmente de una categoría o proyección inferior, y que sería muy difícil de alcanzar en su club de procedencia.

Eso, sin desconocer que complejidad de los pactos que acompañan a este tipo de contratos hacen que a veces el deportista no obtenga beneficio económico o deportivo de las cesiones. En este sentido suele citarse el *caso Nando* pues para recuperar al deportista cedido era imprescindible abonar una cantidad específica e incluso se sancionaba al club que hubiese recuperado los servicios de su deportista si este llegaba a traspasarlo a otro sin contar con la aprobación del cesionario.

Ventajas para el club cedente.- La empresa cedente puede obtener también importantes beneficios merced a este negocio. En la medida en que el contrato de trabajo subsista, una vez finalizada la cesión del deportista éste retornará al club cedente aportando una mayor experiencia y una mejor formación; lo normal, en contraposición, sería que la permanencia en el club originario arrastrase la devaluación de un profesional poco activo en competición. Asimismo se libera al club cedente de los costes, o de gran parte de los mismos, derivados del mantenimiento de la relación laboral que le une al deportista objeto de la cesión temporal. Adicionalmente, no debe ignorarse que muchas veces se propicia una situación conflictiva cuando un deportista permanece en su club de origen sin participar regularmente en las competiciones oficiales, lo que significa que también ha de ponderarse la ventaja que implica la desaparición de ese malestar (real o potencial).

Ventajas para el club cesionario.- Obviamente resulta beneficiado el club cesionario que incorpora a la plantilla a un deportista de su agrado, las más de las veces con gran ahorro de costes respecto de los que hubiera debido afrontar en *el mercado* abierto; además, la limitación temporal del compromiso permite que el mismo opere como una especie de período de prueba prolongado, propiciando a su término la contratación directa o la renovación del acuerdo cesionario.

Eso no significa que en algunos casos concretos puedan apreciarse inconvenientes para cualquiera de las partes implicadas. La empresa cedente podría precisar de los servicios del trabajador cedido a media temporada (como consecuencia de lesiones, cambio de dirección en el club, etc.) o resultar perjudicada (directa o indirectamente) por el gran éxito del trabajador en beneficio de un club competidor. La entidad cesionaria podría haberse visto abocada a sufragar gastos por los servicios de un deportista que apenas le aporta nada en realidad, o sufrir con el éxito (y revalorización) de quien en realidad no pertenece a su plantilla, cuando no tener que prescindir de él en enfrentamientos directos con el club cedente, etc. En fin, es claro que el deportista aparece en una especie de extrañamiento respecto del medio natural en que debía desenvolver su actividad, que será ajeno a los éxitos (deportivos o económicos) de su club de origen o que disfrutará de una dirección técnica y proyección por debajo de lo que quizá habría alcanzado en su originario destino.

Frente a todas estas y otras muchas posibles objeciones, la norma ofrece un antídoto inmejorable: siempre que entra en juego el artículo 11 del RD 1006/1985 es porque ha existido acuerdo entre las tres partes implicadas, bastando la oposición de

cualquiera de ellas para abortarlo; la única posibilidad de que la cesión se imponga, además, opera a instancias del trabajador afectado, como luego se expondrá. Además, la autonomía de la voluntad posee amplias posibilidades de modular los derechos y obligaciones dimanantes de la cesión, como también se verá más adelante.

d. Elementos esenciales de las cesiones

Un estudio pormenorizado de la realidad social en que se hallan inmersos los deportistas profesionales muestra que estamos ante práctica habitual, que no se entiende como negativa o contraria a los derechos de los afectados y que, bien administrada, puede solucionar problemas de diversa índole, por lo que resulta acertado que se haya introducido por el RD 1006/1985. Ahora bien, para evitar eventuales consecuencias negativas o que por esta vía se introduzcan figuras próximas a las consideradas como merecedoras de sanción general, el ordenamiento adopta diversas cautelas, que bien pueden examinarse bajo la óptica de los elementos esenciales o presupuestos materiales de la cesión de deportistas.

Para empezar, el triángulo relacional está necesariamente tipificado en sus vértices: el trabajador especial ya vinculado a una entidad deportiva, ésta misma y otro sujeto empresarial del mismo giro de actividad, siendo inexcusable que concurra la voluntad de todos ellos (apartado 1). Por otro lado, surgen unas relaciones tanto entre las empresas cuanto de cada una de ellas con el trabajador cedido que generan derechos y obligaciones disciplinados tanto de forma autónoma cuanto como consecuencia de la norma estatal (apartado 2). La atención a la funcionalidad de la institución en estudio entronca con la asunción de los fines, en parte coincidentes con lo expuesto al hilo de su fundamentación (apartado 3). Puesto que estamos ante cuestión tan trascendente como delicada para los sujetos afectados, en especial para el trabajador, es normal que se atienda a su formalización externa (apartado 4). Por consiguiente, procede ahora examinar las peculiaridades que estos acuerdos intersubjetivos presentan atendiendo al consentimiento, objeto, causa y forma del negocio jurídico.

1º Consentimiento tripartito y sujetos activos

* El contrato de cesión de deportistas, como queda dicho, es un negocio jurídico tripartito en el que intervienen dos empresarios (el club cedente, el club cesionario) y un deportista. Con buen criterio deja la norma en la penumbra los tratos preliminares e imprescindibles negociaciones que requiere el surgimiento de un pacto tan singular; por desdoblado, ello en modo alguno equivale a que estemos ante cuestiones ayunas de regulación sino a que las mismas quedan sujetas a las normas generales del Derecho de obligaciones.

Del mismo modo que en el contrato de trabajo constituye elemento esencial la voluntad concorde de los sujetos en orden a su celebración, lo que sucede aquí es que el acuerdo entre las tres partes concurrentes se erige como requisito “sine qua non” para la existencia de este negocio jurídico. Tanto da que se hable de contratación multilateral como de cesión a tres bandas o de contrato tripartito; lo seguro es que el consentimiento de cada una de ellas resulta imprescindible, aunque con la singularidad del supuesto que más adelante se verá sobre cesiones forzadas para el club de origen. En la hipótesis común, por tanto, tan relevante resulta la decisión del deportista afectado cuanto la de cualquiera de los otros dos clubes; las tres voluntades aparecen en el mismo plano de relevancia, de modo que se condicionan recíprocamente; ni puede pensarse que estando dos de las tres partes conformes, la

tercera pueda ser obligada a consentir, ni puede enfocarse el asunto como un acuerdo trabajador-empresas, ni es acertada la impresión de que el concilio de las entidades deportivas arrastra al trabajador.

Otra cosa es la radiografía o intrahistoria del negocio en cuestión. El procedimiento habitual que se sigue para formalizar estas cesiones temporales muestra que en un primer momento el club cedente y el deportista acuerdan la cesión de éste a otro club (cesionario), el cual, a su vez, debe consentir la cesión temporal del trabajador a su plantilla. Pero nada impide que la secuencia sea diversa, del mismo modo que resulta indiferente un cúmulo de circunstancias que puede afectar al plano de las motivaciones: situación previa, edad del deportista, dimensión de la plantilla, planes de los equipos técnicos, duración pendiente del contrato, situación familiar, perspectivas económicas de las empresas implicadas, etc.

* Es indudable que las únicas **personas que pueden aceptar la cesión** temporal de otra empresa son aquellas que cumplen los requisitos del art. 1º del RD 1006/1985, es decir, los deportistas profesionales. Debemos estar ante trabajadores en sentido técnico-jurídico. La inexistencia de una relación laboral, de entrada, ya impide que entre en juego la construcción en estudio; así sucede si estamos ante una persona que presta su actividad por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra (art. 1º de la Ley 20/2007, del estatuto del Trabajo Autónomo), con independencia de si media arrendamiento de servicios o de obra, contrato de agencia o cualquier otro tipo de vinculación. La cesión es inaplicable al trabajo autónomo, al arrendamiento de servicios o a cualquier otro tipo de relación extraña al régimen laboral. (Rodríguez Ramos, Mª J., 1997).

No sólo ha de tratarse de una persona vinculada mediante contrato de trabajo, sino que éste ha de ser, precisamente, de los catalogados como relación laboral especial de deportistas profesionales, lo que remite al estudio del artículo 1º del RD 1006/1985. Por pensar en el deporte mayoritariamente seguido en España, la decisión de si cabe ceder a un futbolista, preparador físico, psicóloga, fisioterapeuta, ojeador, médico, técnico arbitral, entrenador, administrativo, periodista, relaciones públicas, jardinero, utillero o conductor, por ejemplificar, depende de la calificación que se haya hecho de su relación laboral. Quede claro, por tanto, que si la práctica del deporte constituye el objeto de la prestación laboral pero quiebra alguno de los presupuestos que delimitan la aplicación de las normas sobre deportistas profesionales será imposible poner en juego esta construcción; en tal caso, estaremos ante una cesión ilegal de mano de obra, ante una cesión de contrato, ante un cambio pactado de empresario o ante cualquier otro supuesto distinto al contemplado en el artículo 11 del RD 1006/1985. Además, la condición contractual de deportista profesional ha de ser la existente tanto entre el trabajador y la empresa cedente como entre aquél y la empresa cesionaria.

* **En cuanto a los empresarios** el artículo 11 del RD 1006/1985 establece que “los *clubes o entidades deportivas* podrán ceder temporalmente a otros los servicios de un deportista profesional, con el consentimiento expreso de éste.” De la lectura de este precepto se desprende claramente la consecuencia de que las únicas entidades que podrán ceder a sus deportistas serán los clubes y entidades deportivas, excluyéndose de este modo a las empresas organizadoras de espectáculos públicos, a las sociedades o firmas comerciales que actúan como verdaderos empresarios, a las Federaciones, a las Administraciones Públicas y a cualesquiera otros sujetos, todo ello según lo dispuesto en el artículo 1º del mismo Real Decreto 1006/1985.

A veces se ha pensado que esta limitación del espectro subjetivo de empresarios vinculados por la cesión es errónea y que la deficiencia normativa debería corregirse mediante una interpretación extensiva de la regla, máxime teniendo en cuenta que, como se expuso, las consecuencias de la cesión del artículo 43 ET están asumidas por el RD 1006/1985 desde la óptica de las garantías del trabajador. Sin embargo, conviene no olvidar que los supuestos ilícitos poseen una vertiente de Derecho Público (sanciones administrativas, cuando no penales) y que si se incurriese en la cesión ilegal algunas de ellas no podrían obviarse; otra cosa es que se articule la voluntad concorde de los tres sujetos de un modo admisible. Sectores doctrinales relevantes descartan que pueda considerarse como válida la cesión de deportistas profesionales por cualquiera de dichas empresas pues las cesiones lícitas de trabajadores, como excepción a la prohibición del artículo 43 del ET han de entenderse como *numerus clausus*, por lo que no cabe aplicar la analogía en los supuestos, y el artículo 11 RD 1006/1985 es taxativo al aludir a clubs o entidades deportivas como sujetos activos de la cesión de deportistas profesionales, sin dejar una puerta abierta a otros sujetos (Rodríguez Ramos, 1997).

El carácter consensual del complejo negocio en cuestión ha servido a la doctrina judicial más solvente para resolver un complejo problema, en el que as normas federativas y las laborales parecían llevar a soluciones diversas. Se trataba de precisar el momento en que debe entenderse perfeccionada la cesión, si al firmarse el pacto escrito por las tres partes implicadas o al inscribirse federativamente el deportista con su nuevo club. La STSJ La Rioja de 23 de abril de 1993 advirtió, una vez más, sobre la imposibilidad de que unas prescripciones de ínfima jerarquía, como los reglamentos federativos, interfiriesen en la determinación de si existe o no el contrato de trabajo pues “un trabajador lo es con independencia de si a nivel federativo se exija o no unos determinados requisitos burocráticos para poder disputar partidos oficiales de competición”. En definitiva, el contrato comienza a producir sus efectos en el momento en que las tres partes acuerdan la formalización de la cesión temporal siempre y cuando se cumplan con los requisitos de la misma.

2º Entramado relacional

Como se ha visto, las tres partes del contrato de cesión deben llegar a un acuerdo entre ellas; la doctrina duda a la hora de identificar el resultado: como un contrato multilateral complejo; como tres negocios autónomos e interdependientes; como un supuesto legalmente tipificado y autónomo; etc. Dejando al margen esa polémica, lo cierto es que el resultado sí parece claro, por cuanto surgen derechos y obligaciones que se aglutinan alrededor de tres relaciones: a) del mismo modo que existe un acuerdo entre el club cedente y su deportista, surgen derechos y obligaciones en ese eje; b) puesto que el club cesionario y el club cedente han de haber acordado diversos extremos para cerrar el acuerdo, también este segundo vínculo aparece normado; c) ya que la prestación de servicios final discurre entre el club cesionario y el deportista profesional, es claro que la misma genera también respectivas facultades y deberes.

De modo similar a como sucede con las ETTs, las empresas usuarias y los trabajadores cedidos, en nuestro caso se establece todo un entramado de relaciones jurídicas, de diversa naturaleza (laboral, mercantil), con distinta intensidad (suspensión, ejecución), de ejecución variada (de trato único, de tracto sucesivo), sometidas a ramas del Derecho distintas (mercantil, civil, laboral), desembocando los

eventuales litigios ante órdenes jurisdiccionales variados (social, civil) y mereciendo una consideración autónoma.

LA RELACIÓN ENTRE EL CLUB CEDENTE Y EL DEPORTISTA PROFESIONAL.- No cabe duda de que si entra en juego la novación contractual estudiada lo que sucede es que los servicios del deportista varían de beneficiario, pues el trabajador pasa a realizar su actividad deportiva total en el club cesionario (Roqueta Buj, 1996). Sin embargo, el deportista no queda desvinculado por completo de su empleador originario; el contrato de trabajo que discurría entre ambos no se extingue sino que se aletarga o suspende, ya que una de las características fundamentales de este tipo de acuerdos consiste en que se presupone el retorno del deportista a su club de origen o, al menos, que la relación laboral entra en situación suspensiva.

Pese al censurable silencio del artículo 12 del RD 1006/1985 sobre esta causa de suspensión (la norma se limita a remitir tanto las causas cuanto los efectos a la regulación común del Estatuto de los Trabajadores) parece bastante claro que la relación laboral entre el club cedente y el deportista profesional queda suspendida, surgiendo una situación similar a la de las excedencias. El deportista, aunque cedido al club cesionario, sigue indirectamente y sin una inmediata sujeción sometido a la disciplina del club cedente (STSJ Murcia 10 de enero de 2000; AS 2000, 17).

Parte de la doctrina asume la concepción italiana sobre este vínculo afirmando que la relación laboral que une al deportista profesional con el club cedente deriva del propio contrato de cesión temporal y no del contrato de trabajo (Benedetti, 1965; Rodríguez Ramos, 1997). Tal explicación, sin embargo, tiene un punto débil que inclina a su relegación: la posibilidad de concluir este tipo de contratos viene condicionada a la existencia de una previa vinculación laboral entre la entidad cedente y el deportista profesional, lo que viene a demostrar que la relación entre estos dos sujetos viene sustentada por un contrato de trabajo. A partir de esa necesaria premisa o presupuesto, cuando surge la cesión se mantiene la naturaleza laboral del contrato que une al deportista profesional y al club cedente, aplicándose a esta relación lo previsto tanto en el RD 1006/1985 cuanto en el ET sobre suspensiones contractuales.

Aunque la Ley no define la suspensión del contrato de trabajo, sí que enumera sus causas y señala su efecto principal y, en consecuencia, se puede identificar como una situación anormal de la relación laboral, caracterizada por la temporalidad, la ausencia de trabajo y remuneración, así como la continuidad y pervivencia del negocio jurídico que, por la concurrencia de una causa suspensiva sufre tan sólo una especie de aletargamiento (SST 25 junio 2001 [RJ 2001, 7079] y 14 diciembre 2002 [RJ 2002, 2980]). Conforme al artículo 45.2 ET “*la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo*”; mientras perdura la suspensión también las partes del contrato de trabajo vienen exoneradas del cumplimiento de sus principales deberes y, se haya o no contratado a un interino para cubrir este período, en el momento en que desaparece la suspensión lo normal será que se reanuden de manera inmediata tales efectos. Tanto la redacción cuanto el contexto (estamos en “suspensión” de un contrato vivo) han conducido a minimizar el alcance de lo prevenido en este precepto: las restantes obligaciones (silenciadas) no aparecen inicialmente afectadas y la *congelación* de esos efectos principales sólo puede afectar a los supuestos contemplados en el art. 45.1 ET, donde (por descontado) el supuesto que nos interesa en modo alguno aparece. Quedan

subsistentes aquellas otras relaciones y expectativas no paralizadas o destruidas por la suspensión, entre ellas “los beneficios que deriven de los sucesivos Convenios Colectivos (...), salvo que otra cosa se deduzca de su propio articulado” (STS 19 noviembre 1986 [RJ 1986, 6478]).

Pero es claro que además de esa principal consecuencia, la suspensión contractual tamiza otros muchos temas incluso dentro del terreno laboral, sin adentrarnos en el de Seguridad Social. Que el contrato no se extinga, sino que perviva implica que durante la suspensión subsisten ciertos deberes, como el de buena fe (art. 5.a), que no van exclusiva e intrínsecamente unidos al intercambio de trabajo por salario; aunque el contrato esté suspendido, por poner el ejemplo más frecuente, el trabajador no es libre para realizar una competencia desleal. Asimismo el trabajador cuyo contrato está suspendido ha de ser considerado como perteneciente a la empresa a los efectos de eventuales reducciones de plantilla, promociones, traslados colectivos, etc.

Pese a la arraigada creencia en contra, durante la suspensión del contrato pueden operar cualesquiera causas extintivas, comenzando por la llegada del término final si es que se trataba de vínculo de duración determinada. Por cierto, el art. 7 del RD 2720/1998 (contratos temporales de carácter estructural) y el art. 19.2 del RD 488/1998 (contratos formativos) establecen que las causas de suspensión no comportan ampliación de la duración del contrato, pero permiten el pacto en contrario. El artículo 13.1 del Reglamento General de Cotización a la Seguridad Social, aprobado mediante RD 2064/1995, de 22 de diciembre, señala como norma general que subsistirá la obligación de cotizar mientras el trabajador realice su actividad o preste sus servicios; puesto que el art. 13.2 fija una serie de excepciones a esta regla general (Incapacidad Temporal, maternidad, ejercicio de funciones sindicales, etc.), puede pensarse que la regla general es que durante la suspensión del contrato cesa la obligación de cotizar (STSJ Andalucía/Málaga 30 septiembre 1999 [AS 1999, 2965]).

Como se observa, el vínculo entre la empresa de origen y el trabajador sigue vivo y puede propiciar tanto el surgimiento de derechos cuanto de conflictos acerca de los mismos; puesto que estamos ante un verdadero contrato de trabajo, no cabe duda de que los litigios que se susciten respecto del mismo habrían de ventilarse ante la jurisdicción social (art. 2.a LPL), con independencia de que se demande también al nuevo empleador cuando se considere pertinente.

LA RELACIÓN ENTRE EL CLUB CEDENTE Y EL CLUB CESIONARIO.- Mediante su acuerdo, los empleadores cedente y cesionario transfieren la relación laboral del uno al otro, al menos en sus aspectos más sustanciales. En el supuesto de las ETTs esta relación entre la empresa que contrata y la usuaria se formaliza a través de un contrato mercantil, llamado “contrato de puesta a disposición”, mediante el cual la ETT se compromete a suministrar (temporalmente) a la empresa usuaria mano de obra, y esta última asume la obligación de pagar a la primera el precio correspondiente por dicho servicio; el contrato aparece regulado por la legislación específica de estas empresas reclutadoras de personal y por la legislación civil y mercantil, que actúa como supletoria (DA 1ª Ley 14/1994); en estos casos, la naturaleza mercantil del contrato de puesta a disposición no impide que posea importantes repercusiones sobre la relación laboral entre ETT y trabajador cedido, pues (como consecuencia y por expresa disposición legal) se produce un reparto de los poderes empresariales entre las dos

organizaciones productivas en juego, de modo que el trabajador queda sometido al poder de dirección de un empresario distinto del que lo contrató. También en el caso de los deportistas la empresa cedente suministra a la empresa cesionaria mano de obra que se integra en la plantilla de este empresario y para ello se hace preciso el perfeccionamiento de un negocio jurídico bilateral que por la naturaleza de los sujetos, ambos empresarios, puede ser de naturaleza civil o mercantil. Sin embargo, no se cuenta con una regulación (ni directa, ni remitente) que discipline la vinculación entre las empresas implicadas, existiendo tan sólo unas sumarias indicaciones al respecto.

Desde luego, el contrato de cesión se perfecciona entre dos clubes o entidades deportivas y a su través surge un acuerdo por el cual un club abastece de mano de obra al segundo, que asume el derecho a utilizar los servicios del deportista profesional, produciéndose la lógica transferencia temporal de los poderes empresariales (Rodríguez Ramos, 1997). El objeto del contrato de puesta a disposición es la cesión (onerosa o gratuita) de mano de obra entre dos clubes, aunque la misma no puede producirse bajo cualquier circunstancia sino sólo cuando concurren los presupuestos (objetivos y subjetivos) más arriba glosados; eso significa que la causa del contrato de cesión únicamente puede ser una necesidad temporal de mano de obra por parte de la entidad cesionaria, pudiendo afirmarse que el contrato mercantil se configura como “un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de la contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal” (STS de 4 de febrero de 1999 [RJ 1999, 1594], referida al contrato de puesta a disposición).

Tema delicado es el de si estamos en un ámbito abierto a la negociación colectiva; por ejemplo, es discutible si un convenio (sectorial o de empresa) puede eliminar la posibilidad de que haya cesiones, precisar los límites máximos o mínimos de éstas, fijar las retribuciones mínimas a percibir, establecer la prohibición de que el cedido se enfrente con su club originario, o viceversa), etc. La tendencia a brindar una respuesta negativa con el argumento de que los convenios carecen de competencia para regular contratos entre empresas debe ceder ante la evidencia de que disciplinando la relación laboral (respecto de la cual opera la novación) no se invade terreno vedado, por más que de ese modo se condicione el tenor de los pactos extralaborales. Por lo tanto, hay que abrir las puertas a que los convenios colectivos complementen la regulación estatal, operando aquí los habituales principios de norma mínima y respeto al contenido esencial de la institución.

La determinación de la jurisdicción competente para conocer de los litigios que deriven del vínculo entre las entidades deportivas que hayan acordado la cesión temporal está directamente relacionada con la naturaleza de la relación entre ambos empresarios, y ya se ha dicho que la misma es civil o mercantil. Que sea, por tanto, la jurisdicción civil la sede ante la que han de plantearse esos litigios constituye consecuencia ineludible y concordante con el criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo; en el *caso Nando* se discutió la competencia jurisdiccional para conocer de la reclamación presentada por el Fútbol Club Barcelona respecto del incumplimiento del contrato de cesión por parte del Sevilla y se afirmó que aunque resulta inaplicable el principio de *vis atractiva*, el orden jurisdiccional civil funciona como residual (art. 9.2 LOPJ) para materias no atribuidas a otro; el conflicto dista de surgir entre el deportista y su club (ambos demandados solidariamente), por lo que tampoco rige la regla positiva sobre competencia de la jurisdicción social (STS-CIV 21 abril 2003; RJ 2003, 3095).

Queda la incógnita del papel que pueden desempeñar los organismos extrajudiciales propios de la esfera deportiva, especialmente el Tribunal de Arbitraje del Deporte (TAS). De momento no han entrado a resolver ningún conflicto pero la materia, al no poseer naturaleza laboral y corresponder su conocimiento a la jurisdicción social en exclusiva) puede dar lugar a que a través de esta vía de resolución de conflictos se incida de manera indirecta en materias que sobrepasan sus competencias.

LA RELACIÓN ENTRE EL CLUB CESIONARIO Y EL DEPORTISTA PROFESIONAL.- Resulta de singular interés el vínculo existente entre el club cesionario y el deportista profesional, dado que el deportista profesional mantiene una relación laboral con el club cedente pero presta sus servicios bajo el poder de dirección de la empresa cesionaria. La vinculación entre el trabajador y la empresa donde ejerce su actividad presenta las mismas notas identificadoras que en el caso de las empresas usuarias en el contexto de las Empresas de Trabajo Temporal, donde se ha optado por flexibilizar el requisito de dependencia para afirmar la naturaleza laboral de la contratación del trabajador cedido. Eso comporta una adaptación de la noción del poder del empresario, entendido éste como la posibilidad de dar órdenes e instrucciones sobre cómo haya de realizarse el trabajo, en cuanto ejercicio de funciones de control y vigilancia sobre cómo el mismo se realiza, y como facultad de decidir sobre cómo el empresario organiza la actividad de su empresa (Sempere y Lasaosa, 2004).

Sin perjuicio de cuanto más adelante se diga, conviene recordar que las facultades propias de un empleador laboral pueden, excepcionalmente, disociarse; es lo que sucede en el caso citado de las ETTs, donde, resumidamente, se dispone que quien ha contratado retiene el poder disciplinario, mientras que quien aparece como cesionario de la mano de obra pasa a ejercer las facultades de dirección que se requieren para llevar a cabo la especificación de la prestación laboral.

Lo seguro es que los problemas que surjan como consecuencia del trabajo desempeñado por el deportista son reconducibles al ámbito de su contrato de trabajo, de modo que se ventilan ante la jurisdicción social, con independencia de quiénes resulten demandados (empresario cedente, empleador cesionario, ambos, otros sujetos).

3º Función socioeconómica

Suele explicarse que la posibilidad de cesiones entre clubes deportivos encuentra su finalidad principal en el derecho del deportista a buscar un equipo con el que competir realmente, como reflejo de la particular relevancia que en esta relación laboral especial adquiere el derecho a la ocupación efectiva (Rubio Sánchez, 2005). El deportista que en su club de origen no participa habitualmente en las distintas competiciones deportivas se ve negativamente afectado, por cuanto se reduce su valoración en el mercado, lo que supone una merma tanto a nivel profesional como económico y ello repercute en la falta de ocupación efectiva, entendida ésta como ocupación adecuada. Se sabe que el derecho a la ocupación efectiva se respeta con tal de permitir la participación del deportista en las sesiones de entrenamiento y todas aquellas actividades preparatorias de competición (art. 7.4 RD 1006/1985), pero ahora se trataría de conseguir que ese derecho sea efectivo en su más amplia dimensión, entroncando ya con la promoción y formación profesional (art. 4.2.b ET, en relación con el art. 7.5 del RD 1006/1985), aumentando las

expectativas profesionales del trabajador con respecto a su situación en el mercado de trabajo.

Es paradójico que para alcanzar ese objetivo se recurra a una medida que en el régimen común no sólo se considera contraria a la estabilidad en el empleo, sino que es ignorada (supuestos de cambio pactado de empleador, con pacto de suspensión y reserva de puesto) o prohibida (cesiones opacas o impuestas). Sin embargo, la precariedad temporal que es inherente a la relación laboral especial de los deportistas contrarresta esas críticas: aquí no importa tanto la estabilidad en el empleo (descartada de antemano, en el tradicional sentido de duración contractual indefinida) cuanto la *visibilidad* del deportista ante las empresas competidoras, la afición y los medios de comunicación; la presencia en el ámbito competitivo es un bien superior a la permanencia en la *trastienda* de la empresa de origen y de ahí la opción normativa. Además, bien mirado, resulta que la participación en competiciones incide de forma directa y favorable en la estabilidad profesional de los deportistas pues de ella depende su futura permanencia en ese singular mercado de trabajo.

No se alcanza razón alguna que impida considerar como integrante de la causa perseguida por el pacto de cesión la consecución de objetivos e intereses empresariales. Una cosa es que, en la *mens legis* y en las decisiones interpretativas sobre la regulación, prime la visión tuitiva de los derechos profesionales propios del deportista y otra cosa que se excluya la satisfacción de fines propios de los clubes; al reflexionar sobre el fundamento de la institución ya se pusieron de relieve cuáles son esos intereses y, en cuanto no colisionen con los propios del trabajador, es claro que también acceden a la condición de fines o funciones de la cesión.

4º La forma del negocio jurídico

Sabido es que (a diferencia de los señalados en el artículo 1261 CC, consentimiento, objeto y causa), la forma no se considera un elemento esencial de los negocios jurídicos sólo cuando así se disponga de manera expresa. El revestimiento externo que debe adoptar el contrato de cesión temporal es cuestión omitida por el Real Decreto 1006/1985; la norma se limita a prescribir que el deportista debe otorgar *expresamente* su consentimiento (art. 11.1), indicando que *en el acuerdo* debe constar expresamente la duración de la cesión (art. 11.3). De esas prescripciones deriva una clara preferencia por la plasmación escrita del acuerdo de voluntades; la constancia expresa de la duración y del consentimiento hacen pensar que la forma más apropiada de estos acuerdos sea la escrita. El recurso a la plasmación por escrito constituye el camino más seguro y cómodo para cumplir con las condiciones y exigencias del RD, así como para posibilitar que la autorregulación (sumamente relevante en estos casos) no genere incertidumbres acerca de lo realmente pactado; a nadie escapa la dificultad de acreditar la existencia de un consentimiento expreso, la duración de estos contratos, su régimen económico o cualesquiera otros datos configuradores de su alcance.

Nada extraña, por tanto, que cuando la negociación colectiva ha afrontado el tema haya optado, sin ambages, por la exigencia de esta plasmación escrita. De modo destacado, tanto el Convenio Colectivo que regula la actividad fútbol profesional (2008) cuanto el del balonmano (2006) indican que la cesión debe “constar necesariamente por escrito” (arts. 15 y 18, respectivamente).

e. Clases de cesiones temporales

De la lectura del artículo 11 del RD 1006/1985 cabe concluir que existen varias modalidades de cesiones temporales: cesiones con contraprestación económica, cesiones recíprocas, cesiones gratuitas y cesiones impuestas por el propio deportista profesional; en ocasiones se niega la categoría de modalidad a la última de las mencionadas y se proclama que son tres las clases resultantes. En todo caso, lo importante es que cada una de ellas comporta la aplicación de un régimen específico (con mayores o menores beneficios para los sujetos afectados, en especial para el deportista) y que no está descartado que en una misma cesión sean simultáneamente aplicables varios regímenes económicos (Cardenal Carro, 1996).

A efectos expositivos se considera preferible examinar en primer lugar el excepcional supuesto en que la cesión puede surgir con la sola concurrencia de dos voluntades, imponiéndose la misma aunque el empleador originario no preste su consentimiento (apartado 1). No estando en cuestión el carácter retribuido de la prestación deportiva laboral (art. 1.2 RD 1006/1985), cuando se habla de cesiones onerosas (apartado 2) o gratuitas (apartado 3) se alude a la existencia de una contraprestación económica satisfecha por el empresario cesionario al empleador cedente. Las cesiones recíprocas comportan una especie de intercambio o permuta de destinos, con la peculiaridad de que se varía la identidad del empresario, quedando implicados al menos cuatro sujetos (apartado 4).

1º Cesiones forzosas

El artículo 11.2 del RD 1006/1985 se identifica como el exponente máximo del carácter proteccionista que la institución examinada proyecta sobre la estabilidad profesional del deportista: las cesiones temporales aparecen como un instrumento en manos del trabajador cuando considere que su valoración puede deteriorarse si se mantiene en el club que no ha contado con él a efectos competitivos. Se trata de una modalidad de cesión temporal preceptiva (Rodríguez Ramos, 1997) mediante la cual el deportista podrá exigir al empresario que tolere su marcha a otro club; la entidad deportiva cedente estará obligado a consentirlo cuando no haya utilizado al deportista en ninguna ocasión durante un período de un año, lo que evidencia claramente que la función principal de las cesiones temporales será la de servir de instrumento a los deportista para poder progresar en su carrera profesional.

PRESUPUESTO FÁCTICO.- Puesto que estamos ante cesión, es obvio que en ella han de concurrir sus elementos esenciales, procediendo ahora examinar tan sólo lo que de singular concurre en ella. De modo específico, el presupuesto que legitima para instar la cesión es el siguiente:

Ha de atenderse exclusivamente a lo ocurrido *en competición oficial ante el público*, de modo que la ordenación deportiva pasa a primer plano a la hora de identificar cuáles son las competiciones oficiales en la correspondiente modalidad de deporte profesional. Ha de competir y hacerse de forma “oficial”, lo que requiere que la correspondiente Federación sea quien ha organizado los eventos (no otras instituciones), siendo irrelevante lo acaecido en encuentros de tipo amistoso o de exhibición, así como en competiciones desarrolladas al margen. La referencia a que el “público” no debe llamar a engaño pues no cabe duda de que los partidos “a puerta cerrada” (por ejemplo, a causa de una sanción) entran en la delimitación normativa, del mismo modo aquellos que pudieran desarrollarse sin que un solo espectador acudiese; la norma quiere aludir a la posibilidad de que haya gente presenciando el encuentro o medios de comunicación social que lo retransmitan; son “ante el

público” los eventos en función del diseño que se haya hecho al planificarlos, que no al disputarse realmente.

Lo principal es la acreditación por el deportista de que *no hayan sido utilizados sus servicios para participar*, locución que apunta no ya a la presencia en la convocatoria o a la disponibilidad para participar en el encuentro, sino a la efectiva intervención en el mismo. De este modo, por ejemplificar, un guardameta que siempre haya sido convocado y permanecido (suplente) en el banquillo estaría en la hipótesis del precepto; y lo contrario sucedería con un jugador de campo que sólo hubiera sido convocado a lo largo de la liga en una ocasión si acabó participando.

Llama la atención que no exista criterio de ponderación o proporcionalidad, de modo que una nimia participación en partidos oficiales ya destierra la hipótesis; la construcción confiere seguridad jurídica, pero no debería preservar frente a las conductas fraudulentas o abusivas (alinear al deportista unos minutos en un solo encuentro). Eso se explica porque la óptica acogida para ponderar la intensidad de la infracción no es otra que el lapso temporal durante el cual permanece inédito el deportista: *a lo largo de toda una temporada*, locución que nuevamente requiere la precisión de cuándo se desarrolla la misma (muchas veces coincidiendo con el curso escolar). Aunque la letra de la norma lleva a pensar que una única convocatoria en cualquiera de las competiciones en las que participe la entidad deportiva bastaría para romper el supuesto de hecho contemplado en el artículo 11.2, la interpretación más sensata evidencia que ello abre la puerta a un posible fraude que los jueces deberán determinar con la debida cautela y por la vía presuntiva (Rubio Sánchez, 2005).

CONSECUENCIA JURÍDICA.- Concurriendo las exigencias expuestas, el deportista puede instar su cambio de club, de modo que *el club o entidad deportiva deberá consentir la cesión temporal del deportista a otro club o entidad deportiva*. El precepto posee toda su lógica (permitir nuevas oportunidades de competición y de revalorización profesional) pero cuenta con un punto sumamente débil: sólo al propio empleador se le puede imponer la cesión, de modo que el destino queda del trabajador queda en la trastienda normativa.

Por eso suele afirmarse que la figura resulta de difícil aplicación práctica; el deportista no puede obligar al club cesionario a consentir la prestación de sus servicios en su plantilla, por lo que se hace indispensable que todas las partes implicadas lleguen a un acuerdo. En efecto, la cesión implica necesariamente el acuerdo entre las tres partes: club cedente, deportista y club cesionario. Por ello, aun cuando el jugador o deportista incurso en el supuesto contemplado en el artículo 11.2 del RD 1006/1985 se encuentre facultado para imponer a su club la cesión para prestar servicios en otra entidad deportiva, su paso al club cesionario no puede materializarse sin un previo acuerdo con éste. Al margen del papel que desempeñe el trabajador (puede tomar la iniciativa ante su club, o también con el de destino; puede permanecer pasivo aunque concurra la hipótesis del precepto), resulta imprescindible que haya coincidencia volitiva entre el club de origen y el de destino tanto respecto a la cesión misma cuanto sobre las condiciones económicas o de otra índole que compensen al club cedente por la pérdida temporal del deportista, puesto que éste no puede imponer la prestación temporal de sus servicios a un club con el que carece de relación contractual (Sagardoy Bengoechea y Guerrero Ostolaza, 1991).

2º Cesiones onerosas

Se considera onerosa una cesión, a estos efectos, aquella en la que el club cesionario abona una cantidad al cedente a fin de que el mismo permita la utilización temporal de los servicios de unos de sus empleados. Conforme al artículo 11.4 del RD 1006/1985, “si la cesión tuviera lugar mediante contraprestación económica, el deportista tendrá derecho a percibir la cantidad acordada en el pacto individual o colectivo, que no podrá ser inferior al 15 % bruto de la cantidad estipulada”. Su detallado examen muestra las siguientes consecuencias:

- El deportista tiene un derecho económico sobre la cantidad que se ha acordado entre el club cedente y el club cesionario; la compensación deja de existir, por tanto, si no se produce ese desplazamiento patrimonial entre los clubes. Sólo si media contraprestación económica entre los empleadores aparece el derecho del trabajador, siendo inexistente en caso de cesión gratuita.
- La norma obliga a que el trabajador perciba una cantidad con fundamento en que su club se enriquece al cederlo a otro; sólo con carácter supletorio y mínimo entra en juego la regla del quince por cien: cabe la mejora mediante acuerdos individuales o colectivos, pero no es posible socavar ese suelo.

¿Quién es responsable de materializar ese pago y abonarlo al trabajador? El Real Decreto permanece en silencio en este sentido por lo que hay que atenerse a lo dispuesto en la negociación colectiva; para los distintos convenios colectivos que han tratado específicamente esta materia la entidad responsable del pago será el club cesionario (arts 19, 19 y 16 de los Convenios de los jugadores de balonmano, baloncesto y de la actividad del fútbol respectivamente). Esa solución suele considerarse lógica porque hace recaer la obligación sobre el club de destino en cuanto entidad que directamente se beneficiará con la prestación de los servicios del deportista, aunque también se ha pensado que será igualmente responsable solidario el club cedente en virtud de lo previsto en el artículo 11.3 del RD 1006/1985 (Sagardoy Bengoechea y Guerrero Ostolaza, 1991). La técnica de la retención de pagos o del abono en la fuente quizá esté en la base de una opción normativa que está construida sobre el presupuesto de que se negocia una cuantía por el traspaso temporal y de ella se descuenta la parte del trabajador (no añadiéndose, sino trayéndose); puede considerarse acertado este modo de pensar, pero tampoco pasa de eso: de una manera de concebir la operación, que bien puede ser desplazada por otra diversa.

Ya se ha explicado más arriba cómo en las cesiones temporales, aparentemente, las tres partes intervinientes obtienen beneficios de índole diversa, de modo que aunque el club cedente no se beneficie directamente por la prestación de los servicios del deportista mantiene la posibilidad de *recuperarlo* si su cotización aumenta, aprovechándose de las ventajas de una mejor experiencia y formación o de un eventual traspaso en el futuro; aunque es el club cesionario quien obtiene directamente el rendimiento del deportista, a largo plazo es el club cedente quien se beneficia de él. Por consiguiente, si la razón fundamental para que una de las dos entidades quede obligada al pago de la cantidad al deportista reside en el beneficio que puede aportar a una de ellas, ese enfoque debe abandonarse.

De ahí que interesa resaltar cómo una cosa es sobre quién recae la obligación del pago y otra bien diversa si sólo ese es el sujeto responsable de su materialización.

La opinión mayoritaria apunta que el sujeto obligado al abono de la cuantía es el empresario que va a beneficiarse de los servicios del cedido, pero que también el cedente responde del mismo. No en vano el club de origen recibe una contraprestación económica, lo que supone también un beneficio añadido a la conclusión de este tipo de contratos; dicha cantidad compensa el beneficio obtenido por la empresa cesionaria al recibir en su plantilla al deportista; el artículo 11.3 del RD 1006/1985 establece la responsabilidad solidaria “del cumplimiento de las obligaciones laborales” y parece claro que nos estamos refiriendo a una de ellas. Es lógico que la responsabilidad del pago de la cantidad sea compartida, pudiéndose dirigir el deportista a cualquiera de las dos entidades deportivas para reclamarlo, pues eso significa la responsabilidad solidaria de ambas empresas, sin perjuicio de las acciones internas para ajustar su verdadera obligación a lo pactado. Por otra parte nada impide que se pueda acordar en el mismo contrato de cesión la entidad deportiva obligada al pago del importe, siempre y cuando respete lo dispuesto en el convenio colectivo.

Este resarcimiento económico tiene la naturaleza de una indemnización y, desde luego, ya no puede basarse en la idea de que el objeto de tráfico era la libertad del deportista (de forma convincente, Cardenal Carro, 1996). Se ha llegado a proponer que este derecho del trabajador se podría considerar como una forma de participación en los beneficios económicos que su cesión produce al empresario, aunque eso casa más con su naturaleza salarial y no con la extrasalarial que aquí se postula. Desde luego, la doctrina mayoritaria también considera que las cantidades percibidas por el deportista afectado por la operación de cesión, en cualquiera de las modalidades indicadas, tendrán carácter indemnizatorio y no salarial (Sagardoy Bengoechea y Guerrero Ostolaza, 1991; Rubio Sánchez, 2005).

¿Es posible pactar una compensación similar cuando no haya abono de cuantía de un club a otro? Sea por existir una cesión recíproca, sea por su carácter gratuito, lo cierto es que en muchos casos el club cesionario no abona cantidad alguna al cedente; en tales supuestos no surge el derecho conferido por la norma reglamentaria, pero es evidente que el deportista puede cobrar un plus por tal motivo si así se ha pactado. Esta especie de *incentivo a la cesión* podría considerarse como una indemnización por los perjuicios que le pueden producir un posible desplazamiento a otra localidad, o el jugar en alguna entidad de categoría inferior (Rodríguez-Piñero Royo, 1991), aunque probablemente todo va a depender del tenor de los acuerdos alcanzados.

3º Cesiones gratuitas

El Real Decreto no alude de manera directa a las cesiones gratuitas, pero la posibilidad de su existencia está implícita en el carácter condicional que se asigna a la contraprestación económica (“*si la cesión temporal tuviera lugar mediante contraprestación económica...*”), de donde claramente se desprende que el préstamo de deportistas puede tener lugar de forma gratuita. Se quiere decir que el trabajador cambia de empresa y que por tal circunstancia no se abona ninguna cuantía a la cedente, pero en modo alguno se alude a que el club originario haya de continuar satisfaciendo las retribuciones o, mucho menos, a que el contrato de trabajo se haya destipificado por desaparecer la remuneración del trabajo.

El silencio reglamentario sobre esta modalidad de cesión implica que el trabajador carece del derecho al porcentaje mínimo garantizado por la norma, pero no destierra la posibilidad de que surja por otros cauces (negociación colectiva, pacto

individual, concesión unilateral o bilateral por parte de las empresas implicadas). Por ejemplo, el artículo 19 del Convenio Colectivo aplicable en el ámbito del balonmano profesional reconoce a todo deportista cedido el derecho, como mínimo, a la cantidad resultante de dividir por doce la totalidad de las retribuciones percibidas del club en la temporada inmediata anterior. Por su parte el Convenio para el fútbol, en su artículo 16, estipula que “en el supuesto de que no se pactara cantidad alguna, el Futbolista tendrá derecho a percibir como mínimo el importe que resulte de dividir por doce la totalidad de las retribuciones percibidas del Club/SAD en la temporada inmediata anterior, multiplicado por uno y medio por cien”; pese a la confusa redacción, lo que quiere este convenio es fijar una cuantía mínima y permitir que los pactos individuales la superen. En ambos convenios se asume la construcción de que la entidad obligada al pago será el club cesionario, pues así está implícito en el precepto que obliga al club cesionario a pagar el porcentaje impuesto para los casos en los que exista una contraprestación económica.

4º Cesiones recíprocas

Otro tipo de cesión temporal es el que comúnmente se denomina “canje de cromos” y que aparece contemplado en el precepto reglamentario como *cesión recíproca de deportistas*; aunque la norma omita su definición es claro el significado de la institución: se asiste a un intercambio de trabajadores entre dos entidades deportivas mediante un contrato de cesión prevaleciendo el interés de ambas en recuperar, una vez finalizado el período pactado, a sus originarios deportistas. La coetaneidad del doble préstamo (cuando no múltiple) es requisito imprescindible para que surja la figura, por lo que pueden existir casos en los que la inmediatez en el tiempo sea elemento de discusión y deban examinarse todas las circunstancias fácticas antes de determinar si existía el supuesto en cuestión pero se había camuflado. La cuestión tiene interés porque ahora el precepto cambia su solución general (supeditar la contraprestación a favor del trabajador cedido al hecho de que la misma sea onerosa) y adopta una específica (establecer el derecho a una percepción económica en todo caso, por lo que ya no puede calcularse sobre la base de lo pagado entre los clubes).

En concreto, el artículo 11.4 del RD 1006/1985 dispone que cada uno de los deportistas “tendrá derecho, como mínimo, frente al club de procedencia, a una cantidad equivalente a una mensualidad de sus retribuciones periódicas, más una doceava parte de los complementos de calidad y cantidad de trabajo percibidos durante el último año”. Como se observa, la entidad deportiva encargada de hacer el pago aquí no genera duda alguna: corresponde al club de procedencia. Por otro lado, la cantidad reflejada en el RD 1006/1985, para estos casos, se entiende que es susceptible de mejora mediante acuerdo individual o convenio colectivo, dado que nada se dispone en sentido contrario si por acuerdo individual o a través de convenio colectivo se pretende aumentarla.

Como se ha adelantado, surge una diferencia cuantitativa entre las distintas cantidades percibidas por el deportista, según se vea implicado en una cesión con contraprestación económica o en cesión recíproca; destacados sectores doctrinales consideran que el resultado final es difícilmente explicable y que origina situaciones discriminatorias, pues no se encuentra explicación capaz de justificar estas diferencias (Rodríguez Ramos, 1997). Sin embargo la equiparación por parte de la norma seguramente hubiera ido en perjuicio de los trabajadores afectados por cesiones onerosas comunes; en ese caso desaparecería el mínimo del 15% y sabido es

que en algunos casos va a resultar muy superior a la cifra ahora obtenida; que en un caso aparezca una base cuantitativa derivada del acuerdo entre clubes y en otro caso no suceda así constituye una diferencia bastante como para justificar la diferente óptica de la norma, sin perjuicio de que pudiera haberse optado por la equiparación pura y simple (a partir, claro, de las retribuciones del trabajador).

La cuestión que más dudas puede crear en cuanto a las cesiones recíprocas se refiere fundamentalmente a aquellas situaciones en las que se haya acordado el mencionado intercambio de deportistas pero se haya añadido una contraprestación económica a cargo de uno de los clubes (por lógica, el que aparezca como más favorecido por el intercambio, valorado ello desde la óptica de la competición). Esta fórmula se ha criticado, tanto porque da lugar a dos regímenes completamente diferentes, como porque es posible que ambas contraprestaciones se mezclen, laguna difícilmente colmable pues ambos regímenes están diseñados como excluyentes (Cardenal Carro, 1996). Parte de la doctrina afirma que en estos casos el deportista se beneficia de ambos regímenes: del 15% de la cantidad acordada para la cesión onerosa y de la doceava parte de los complementos de calidad y cantidad de trabajo más el mes de salario propios de las recíprocas (Sala Franco, 1983; Rubio Sánchez, 2005). La mayor dificultad que entraña la acumulación de ambos beneficios se refleja en los distintos entes obligados al pago de estas cantidades, puesto que el deportista deberá ejercer su derecho frente a ambas entidades por importes distintos.

f. Regulación

Como se ha venido explicando, la relación laboral entre el deportista y el club cedente persiste debido a que la cesión temporal pervive exclusivamente de la existencia de un vínculo entre la entidad y su trabajador. No se entendería una situación de prestamismo laboral sin que concurra una relación laboral previa entre el que presta la mano de obra y el que realiza la prestación de los servicios.

1º Suspensión temporal

Ya se ha visto cómo el RD 1006/1985 quiere que en el acuerdo de cesión se haga constar de forma expresa *la duración de la misma*. Este alcance aparece doblemente condicionado: 1º) por un lado, se advierte que *no podrá exceder del tiempo que reste de vigencia del contrato del deportista profesional con el club o entidad de procedencia*; 2º) por otra parte se señala que “durante la vigencia de un contrato los clubes o entidades deportivas podrán ceder temporalmente a otros los servicios de un deportista profesional”. De ello deriva que las cesiones han de poseer carácter temporal o limitado y que su horizonte máximo viene fijado por la vigencia del contrato de trabajo del deportista con el club cedente.

La imposición de ese tope que relaciona la vigencia del contrato de trabajo con la cesión del deportista encuentra su fundamento en la circunstancia de que la originaria relación laboral entre el deportista y el club cedente no se extingue sino que permanece suspendida. Equivale a una excedencia especial que se le concede al deportista para que durante un período determinado preste sus servicios para otra entidad; si se entendiera esta contratación como una extinción contractual de la relación entre el deportista profesional y la empresa cedente no se estaría ante una cesión temporal sino más bien ante una cesión definitiva o un traspaso. La relación laboral entre el deportista y el club cedente persiste debido a que la cesión temporal pervive exclusivamente de la existencia de un vínculo entre la entidad y su trabajador. No se entendería una situación de prestamismo laboral sin que concurra

una relación laboral previa entre el que presta la mano de obra y el que realiza la prestación de los servicios.

Conviene reparar un poco sobre el tenor normativo en este punto que fija la duración de las cesiones y marca la línea de separación con las definitivas, aquí equivalentes a las de duración indefinida que son imposibles. La vigencia del negocio jurídico que instrumenta la cesión puede alcanzar hasta el mismo día de extinción de la relación laboral que une al deportista profesional con el club cedente, lo que confunde sobremanera si lo que se pretende es diferenciar una modalidad (temporal) de la otra (definitiva). Este problema trae causa de la defectuosa articulación entre cesiones temporales y definitivas, pues la que se extiende hasta el final del contrato pertenece a ambas categorías (Cardenal Carro, 1996). Quizá fuese más lógico que la duración de las cesiones temporales se limitara de tal forma que no llegara a alcanzar precisamente hasta el momento de la extinción del contrato de trabajo, sino que remitiese en un momento anterior; este período se podría corresponder con aquél previsto por las normas federativas para poder realizar nuevas inscripciones federativas lo que obligaría al club cedente bien a recuperar al deportista, bien a novar el contrato de trabajo con el mismo o bien a cederlo definitivamente o traspasarlo a otro club o entidad deportiva. La solución a este dilema podría encontrarse en la negociación colectiva; sin embargo los distintos convenios colectivos se limitan a reproducir en este aspecto las disposiciones del RD 1006/1985 sin modificar en este sentido el régimen de las cesiones temporales.

**Desde otro punto de vista, queda abierta la posibilidad de prorrogar la duración de la cesión al no disponer el Real Decreto 1006/1985 nada en sentido contrario. Es interesante destacar que el Real Decreto aunque no prohíbe de forma taxativa la prórroga de los contratos de trabajo que unen a los deportistas profesionales con sus respectivas empresas, sí que establece como requisito previo a la misma el vencimiento del contrato de trabajo. Esto es desconcertante puesto que la prórroga de un contrato previamente vencido carece de sentido. En todo caso nos hallaremos ante una novación contractual. Sin querer profundizar demasiado en este aspecto el Real Decreto 1006/1985 lo que instituye en su artículo 6 no es la posibilidad de una prórroga sino más bien su imposibilidad. Es por ello que no deja de sorprender que para una modificación de las cláusulas contractuales haya que proceder a una novación contractual, o en su caso atender al vencimiento del contrato y que para acordar una prórroga de las cesiones temporales simplemente sea necesario el consentimiento de todas las partes implicadas.

2º Efecto subrogatorio

3. El cesionario quedará subrogado en los derechos y obligaciones del cedente, respondiendo ambos solidariamente del cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social.

Sin duda uno de los aspectos más controvertidos del régimen de las cesiones temporales es aquél que se refiere a la subrogación del club o entidad cesionaria en los derechos y obligaciones del cedente prevista en el artículo 11.3 del RD 1006/1985. En concreto la disposición establece que “el cesionario quedará subrogado en los derechos y obligaciones del cedente, respondiendo ambos solidariamente del cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social”.

Son muchas las cuestiones que se desprenden del articulado y se resumen fundamentalmente en tres: el alcance impositivo, el alcance de la subrogación y el alcance de la responsabilidad solidaria del cedente.

- A. La garantía mínima.- Introduce el Real Decreto en el apartado tercero del artículo 11 una obligación *ex lege* cuya justificación hay que encontrarla en la intención que tiene esta normativa de proporcionar al deportista profesional una garantía de sus derechos (Rubio Sánchez (2005)). En definitiva, esta obligación que tiene el club cesionario de subrogarse en los derechos y obligaciones del cedente no es más que un mecanismo de protección del que se benefician estos trabajadores para poder reclamar entre otras cosas aquellas cantidades de origen salarial que se les adeuden o las respectivas cotizaciones que se deben efectuar a su favor en la Seguridad Social. Por otro lado, este mismo mecanismo sirve al empresario cesionario para conocer el alcance de sus obligaciones y, más importante, de sus derechos con respecto al deportista.

No obstante, la cuestión que se plantea gira entorno a aquellas cesiones que implican una alteración de las condiciones laborales de las que venía disfrutando el deportista y, en concreto, de aquellas que se refieren a la retribución del deportista. Aunque la práctica general, al concluir este tipo de contratos, suele obviar la parte retributiva del deportista profesional dado que es el club cesionario quién se ocupa de este tema, con más frecuencia se viene observando la participación del club cedente en el pago de las cantidades salariales del deportista cedido. Esto se debe fundamentalmente a que resulta más ventajoso para el club cedente que el deportista mantenga su cotización en el mercado e incluso la aumente para poder beneficiarse en un futuro, si lo estimara oportuno, de un eventual traspaso. En consecuencia, el beneficio de la cesión no reside en la liberación por parte del club cedente de las cargas vinculadas a la relación laboral que le unía con el deportista cedido sino en la participación continua de este en la competición para poder aprovecharse posteriormente, entre otras, de su cotización en el mercado.

Así, aunque sea habitual explicar esta institución como una “cesión de contrato”, en la que por tanto se mantiene íntegro el contenido del pacto entre cedente y jugador, hay que notar que lo cedido, según el artículo 11.1º RD 1006/1985, son los servicios del deportista, de forma que no necesariamente habría de dotarse a la subrogación de la amplitud mencionada; cabe entender, aun forzando la literalidad del precepto, que esa subrogación es meramente formal, es decir, se refiere a las obligaciones y derechos en abstracto corresponden al empresario, pero no al contenido concreto del contrato entre cedente y deportista, permitiendo por consiguiente que cesionario y cedido pacten el contenido de esas obligaciones que estimen oportuno (Cardenal Carro (1996)). Se establece lo que la doctrina viene llamando una garantía mínima (Sala Franco (1985)) susceptible en todo caso de mejora por parte del cesionario, pero con la particularidad de que la subrogación sólo comprenderá hasta las obligaciones y derechos de la relación laboral entre el cedente y el deportista cedido (Sagardoy Bengochea y Guerrero Ostolaza (1991)).

- B. La subrogación del poder disciplinario.- Más compleja resulta la situación del club cesionario en cuanto a la subrogación en las facultades disciplinarias. Se podría considerar que la entidad cesionaria se encuentra también subsumida a aquellas obligaciones y derechos que se derivan de la potestad disciplinaria de la entidad cedente, pero hasta en este punto se encuentra dividida la doctrina que observa como un grave problema aquellas situaciones en las que el cesionario despidió al deportista cedido.

La tesis mayoritaria se basa en la similitud que presenta con el régimen aplicable a las empresas de trabajo temporal y en concreto aquellas disposiciones

contenidas en la ley 14/1994 para las Empresas de Trabajo Temporal. Los defensores de esta teoría consideran que la entidad cesionaria está capacitada para ejercer sobre el deportista profesional su potestad disciplinaria, imponiéndole, llegado el caso, aquellas medidas que considere oportunas para preservar la disciplina del trabajador con respecto a la prestación de sus servicios. No obstante, las facultades extintivas de la relación laboral previstas en los artículos 13 y ss del Real Decreto 1006/1985 se encuentran mediatizadas y limitadas por la naturaleza misma de la figura de la cesión que implica que el deportista continúa vinculado laboralmente con el club cedente (Sagardoy Bengoechea y Guerrero Ostolaza (1991)). Es decir, al estar el club o entidad deportiva cesionario subrogado a los derechos y obligaciones del club cedente con respecto a su relación con el deportista cedido, se entiende que sus facultades únicamente alcanzarán a aquellas que no pertenezcan en exclusiva al club cedente, por lo que quedarán excluidas las facultades extintivas del artículo 13 y ss del RD 1006/1985. El club cesionario podrá extinguir el vínculo que le une con el deportista profesional, que pasará a denominarse “extinción de la cesión”, lo que puede dar lugar a la aparición de un derecho indemnizatorio a favor del deportista si este no ha sido tratado correctamente (Rubio Sánchez (2005)) e incluso a favor del club de origen por los eventuales daños y perjuicios que acarree la frustración de la cesión (Cardenal Carro (1996)).

Choca frontalmente con el criterio mantenido por este importante sector de la doctrina la tesis mantenida por una importante sentencia del Juzgado de lo Social (JS núm 11 de Madrid, de 8 de julio de 2002) que ha sido posteriormente confirmada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ Madrid 812/2002 de 4 de diciembre). Según estas sentencias el club cesionario se encuentra legitimado para despedir a su jugador. El fundamento de esta postura se basa en “la existencia de una doble relación laboral del jugador: por una parte con el cedente, y por otra con el cesionario, con el que mantiene una distinta relación laboral durante el período de la cesión” (Fundamento Tercero Sentencia JS). Asimismo se establece que “la primera queda “en suspenso” durante un período del contrato de cesión, estando viva y activa la relación mantenida con el club cesionario, que actúa como empleador del jugador y, por lo tanto, tiene las facultades inherentes a tal condición y, en consecuencia, también la disciplinaria y sancionadora”. “Lo contrario” dice la sentencia del Juzgado de lo Social “supondría que un tercero, ajeno a la relación laboral que surgió entre el jugador y el club cesionario, y en la que no intervino, pueda ahora intervenir hasta el punto de extinguir dicha relación por hechos ajenos al mismo y sobre los que no podía tener conocimiento”. Por lo tanto una vez más se produce una contradicción entre lo que dicen los jueces y lo que mantiene la doctrina y todo ello parte del hecho de que la legislación positiva no regula de modo expreso esta materia, ya que el artículo 11 del RD 1006/1985 nada dice acerca de quién ostenta la facultad disciplinaria (Del Río González (2003)).

Una última cuestión que se plantea, en cuanto a la subrogación del poder disciplinario, es la de la situación del deportista con el club cedente en el momento en el que se haya procedido a la “extinción de la cesión” con el club cesionario. Una vez extinguida la relación laboral que une al deportista profesional con el club cesionario se vuelve a “activar” la relación laboral que permanecía en suspense entre el club cedente y el deportista. En definitiva el deportista profesional estará nuevamente sometido a la disciplina del club de origen por lo que este le podrá requerir para que acuda a los entrenamientos y comience a prestar sus servicios en esta entidad. Es importante señalar que en caso contrario el deportista puede incurrir

en una serie de faltas calificadas como graves en la medida que abandonar voluntariamente la disciplina de un club, en este caso el cesionario, supone una voluntad extintiva del vínculo que une al mismo y que únicamente puede entenderse como no abandonado el vínculo contractual con el club cedente mediante la puesta a disposición de este al club cedente (TSJ Murcia 28/2000 de 10 de enero). En este mismo sentido se expresa otra sentencia del TSJ de Galicia calificando la no puesta a disposición, una vez extinguida la cesión temporal, como una inasistencia al puesto de trabajo acreedora de una sanción disciplinaria de despido.

C. La responsabilidad solidaria.- El apartado tercero in fine del artículo 11 del RD 1006/1985 prevé que tanto la entidad cedente como el club cesionario responden “ambos solidariamente del cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social”. La doctrina es unánime al considerar como acertada la institución de esta protección al trabajador que podrá dirigirse indistintamente a cualquiera de las dos entidades deportivas con las que acordó el contrato de cesión para reclamar aquellas obligaciones que nazcan del mismo.

El problema que suscita, sin embargo, la imposición de la responsabilidad solidaria de ambas empresas se debe principalmente a la determinación del ámbito económico y la duración de la responsabilidad. (Sagardoy Bengoechea y Guerrero Ostolaza (1991)). Si bien se hace referencia a las “obligaciones laborales y de Seguridad Social” el Real Decreto 1006/1985 no profundiza suficientemente en el alcance de estas obligaciones y en el tiempo durante el cual persistirá la responsabilidad solidaria de ambas empresas.

La responsabilidad solidaria se mantiene durante todo el período de la cesión con respecto a aquellas obligaciones laborales y de seguridad social incumplidas por el cesionario, siempre y cuando no sobrepasen aquellas condiciones laborales a las que el deportista y el cedente estaban sometidos, pareciendo lógico que queden fuera de esta responsabilidad aquellos pactos entre el deportista cedido y el cesionario que aumenten las obligaciones del club cedente. Por otra parte, cabría entender, como hacen algunos autores, que al realizar una aplicación analógica del artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores que prevé la responsabilidad solidaria del empresario principal en el cumplimiento de las obligaciones del subcontratista en el caso de subcontrata de obras y servicios, el club cedente responde de las obligaciones laborales y de la Seguridad Social durante el período de un año inmediatamente después a la finalización de la cesión temporal (Sagardoy Bengoechea y Guerrero Ostolaza (1991)). Las reclamaciones respecto al club cedente tendrán aquellos límites establecidos el artículo 59 del ET (Sala Franco (1983)). Por otra parte, se ha llegado incluso a plantear que el club cesionario pueda ser responsable solidario de aquellas obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social anteriores a la cesión, en aplicación analógica del artículo 44 del ET (Rodríguez Ramos (1997)).

3º Pactos adicionales

La letra del apartado hace pensar que corresponde concertar un contrato de puesta a disposición por cada trabajador cedido, con lo cual si una ETT cede a una misma empresa usuaria varios trabajadores, tendría que celebrar con ella otros tantos contratos de puesta a disposición.

2. Suspensión del contrato de trabajo

Durante la suspensión las prestaciones básicas dejan de intercambiarse entre trabajador y empresario, lo que, dicho sea de paso, explica la subsistencia de ciertos

deberes recíprocos; en algunos casos nacen prestaciones de Seguridad Social para compensar la falta de ingresos salariales. La diferencia es clara con las interrupciones delineadas por el art. 37.3 ET como supuestos en los que hay una causa que justifica la inactividad del trabajador pero sin pérdida de retribuciones o, naturalmente, con los descansos vacacionales (art. 38) y festivos (art. 37.2). A salvo los supuestos en que la suspensión emana del libre acuerdo entre empleador y trabajador, lo que sucede aquí es que ante una incompatibilidad, incapacidad u otro impedimento para que el contrato de trabajo despliegue sus efectos prototípicos la Ley opta por congelar sus principales obligaciones hasta que desaparezca tal óbice.

Aunque la norma estatutaria no define la suspensión del contrato de trabajo, sí que enumera sus causas y señala su efecto principal y, en consecuencia, se puede identificar como una situación anormal de la relación laboral, caracterizada por la temporalidad, la ausencia de trabajo y remuneración, así como la continuidad y pervivencia del negocio jurídico que, por la concurrencia de una causa suspensiva sufre tan sólo una especie de aletargamiento⁴³⁴.

Dogmáticamente, por lo demás, existen muchos temas vidriosos que aquí sólo se traerán a colación en la medida que posean virtualidad práctica; pero quede constancia, por ejemplo, de que no existe acuerdo acerca de si la excedencia voluntaria constituye verdadera modalidad suspensiva del contrato o extinción con derecho preferente al reingreso. Con independencia de su mayor o menor prolongación, toda fase suspensiva es temporal y presupone la voluntad de que se reanude el intercambio de prestaciones; en caso contrario, al margen de cómo se presentara externamente el supuesto, habría que hablar de novación extintiva.

Las causas aparecen listadas en el artículo 45.1 ET; la jurisprudencia viene sosteniendo que la enumeración de las causas de suspensión aquí contenida es tasada o exhaustiva y ha extraído consecuencias prácticas de tal interpretación⁴³⁵. Pero el carácter aparentemente cerrado de la lista se desmorona cuando se observan supuestos omitidos por el artículo 45 y que aparecen en otros lugares del propio ET como los artículos 23.1.b (permisos, con reserva del puesto de trabajo, para fines formativos), 46.2 (excedencia voluntaria), 46.6 (excedencia en supuestos previstos por el convenio), 48.2 (trabajador declarado inválido permanente pero con previsible mejoría) ó 52.b (para que el trabajador realice curso de reconversión o perfeccionamiento profesional).

El art. 12 RD 1006/1985, preceptúa que el contrato de trabajo podrá suspenderse por las causas y con los efectos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, y es el ET el que en su art. 45 regula las causas de suspensión del contrato de trabajo, estableciendo entre otras la maternidad, la paternidad, el riesgo durante el embarazo, el riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento...; por otra parte, el art. 48.1 del mismo texto legal establece expresamente que al cesar las causas legales de suspensión referidas el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado. El art.

⁴³⁴ SST 25 junio 2001 [RJ 2001, 7079] y 14 diciembre 2002 [RJ 2002, 2980].

⁴³⁵ Así, sólo deja de devengarse el salario en los casos contemplados por el art. 45.1, por la remisión tácita que a él hace el número 2; en este sentido, cfr. SSTs 20 y 22 junio 1995 (RJ 1995, 5360 y 5363). Igualmente, la excedencia voluntaria (omitida en el presente apartado) no es verdadera causa de suspensión, de manera que cuando el excedente es despedido por causas económicas no se le debe de abonar indemnización alguna; en este sentido, cfr. STS Sala general 25 octubre 2000 (RJ 2000, 9676).

48.5 ET regula la duración de la suspensión de la relación laboral en el supuesto de parto.

A) Mutuo acuerdo

El contrato se suspende por “*mutuo acuerdo de la partes*”. Respecto de la duración, causas, efectos, conservación del puesto de trabajo y cualesquiera otros temas nada dispone el precepto; mejor dicho, nada excepto que no se garantiza *ex lege* la reserva del puesto de trabajo [art. 48.1, *a contrario*], pese a que doctrinalmente se defiende a veces que por fuerza tiene que existir ese derecho a la reserva del puesto de trabajo. Sin duda alguna, el pacto individual (art. 3.1.c ET) constituye el cauce adecuado para regular lo que es una suspensión contractual convenida precisamente por acuerdo de sus titulares; tal acuerdo será precisamente el que deberá regular el régimen jurídico de la suspensión, siempre dentro de los límites de Derecho necesario, y por tanto la forma y las causas de terminación de aquélla” (STSJ Comunidad Valenciana 8 abril 1998 [AS 1998, 1948]).

Probablemente, finalizada la suspensión y no habiéndose pactado nada al respecto, la situación del trabajador pasa a ser la del art. 46.5 ET: mientras pervive la suspensión, la doctrina judicial suele entender que el trabajador no está “en activo” a los efectos de lucrar eventuales beneficios anudados a tal situación.

Así como el apartado siguiente se ocupa del supuesto en que se suspende el contrato conforme a lo originariamente pactado, ahora se está queriendo decir que, vigente el contrato y de forma sobrevenida, en cualquier momento, cabe que ello también se produzca. En el excepcional supuesto de promoción interna para desempeñar cargo de alta dirección, el pacto suspensivo (que no extintivo) se presume, conforme al art. 9.2 del RD 1382/1985, derivándose la importante consecuencia de que el período correspondiente no puede contabilizarse como de prestación de servicios si ulteriormente hay que calcular la indemnización por despido (STS 28 junio 2002 [RJ 2002, 9083]).

Lo único imprescindible (no hay exigencia de forma escrita, plazos previos o de espera, etc.) es que se produzca un válido intercambio de voluntades entre trabajador y empresario; el consentimiento obtenido de forma dolosa o con cualquier otro vicio arrastraría a la nulidad de la suspensión acordada. Todo lo demás es irrelevante para el legislador, que se limita a respetar el contenido del acuerdo. Corolario de esta idea es que si el empleador impone su voluntad suspensiva en realidad estamos ante un despido tácito o ante el rechazo de ocupación efectiva contemplado en el artículo 30 ET; y si es el trabajador quien por su cuenta entiende suspendido el contrato, fuera de los supuestos legales, lo que estaría haciendo es ausentarse indebidamente del trabajo.

Lo que define la existencia de una suspensión pactada no es la identificación que las partes hagan de la misma, sino el contenido de su acuerdo; por ejemplo, si se acuerda una prejubilación a fin de enlazar con la edad de acceso a la condición de pensionista por jubilación y no se prevé en modo alguno la reincorporación al trabajo lo que hay es una extinción contractual pues se ha introducido el cese definitivo en la actividad. La suspensión lleva consigo la expectativa de reiniciar la prestación laboral, mientras que la prejubilación supone la ruptura definitiva del contrato aunque la empresa se vincule con el trabajador a través de una serie de compromisos que surgen como consecuencia del pacto en que se fijan las condiciones de la

prejubilación (SSTS 25 junio 2001 [RJ 2001, 7079]; 14 diciembre 2001 [RJ 2002, 2980]; 1 junio 2004 [RJ 2004, 5040]).

B) Condición resolutoria

“*Las consignadas válidamente en el contrato*” son causas que pueden propiciar su suspensión; de este modo, la condición prevista por las partes también puede desencadenar la suspensión contractual. Para que el supuesto encaje aquí ha de tratarse de previsión inicial; por analogía con el régimen extintivo del art. 49.1.b ET, parece que el legislador proscribió la posibilidad de que, una vez vigente el contrato, se configure determinado hecho como suspensivo: si se quiere ha de pactarse, entonces, directamente la suspensión y no configurar la causa que la desencadenará; quizá se trata de un perjuicio, pero la posibilidad de que con ello se esté renunciando a algún derecho (art. 3.5 ET) cimienta tal postura. En todo caso, hay que repetir las reflexiones vertidas a propósito de la letra anterior, así como la remisión al art. 48.1.

Por eso se pide que la causa esté consignada *en el contrato*, identificando así, como de forma vulgar y errónea suele hacerse, el documento que lo recoge y el negocio jurídico (cfr. art. 8 y su comentario).

La exigencia de que se pacte *válidamente*, refiere tanto al momento (el inicial) cuanto a la forma (por escrito; es dudosa su eficacia en caso contrario) y al contenido (evitación de abusos, renunciaciones de derechos, etc.). Se trata de adaptar la doctrina de la condición resolutoria –mucho más elaborada– al supuesto en que aparece como suspensiva, en el bien entendido de que por la vía de la letra a) las partes van a poder canalizar posibilidades que aquí les están formalmente cerradas. Ejemplificativamente, se admite la suspensión mientras los empleados del casino están procesados porque el desempeño de tal actividad requiere “unas especialísimas condiciones de honorabilidad y probidad” (STS de 15 julio 1986 [RJ 1986, 4140]).

Por otro lado, cierta doctrina judicial ha encontrado en esta apertura del artículo 45.1 ET la cobertura necesaria a fin de que los convenios colectivos puedan entrar a regular la suspensión del contrato de trabajo, ampliando el elenco legal o modulando alguna de sus variantes.

C) Incapacidad temporal

a. Cuestiones comunes

“*Incapacidad temporal de los trabajadores*” es causa clásica e importantísima de suspensión contractual. La vigente redacción procede de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (BOE del 31) que refundió en la situación de incapacidad temporal las anteriores de incapacidad laboral transitoria (ILT) e invalidez provisional, delineando como autónoma la situación de maternidad⁴³⁶.

Particularmente en esta causa suspensiva, los efectos generales contemplados en el número 2 del presente artículo se interaccionan con otros muy peculiares: en caso de enfermedad común o accidente no laboral la empresa ha de abonar a su cargo

⁴³⁶ Por descontado, el de incapacidad temporal es un concepto técnico-jurídico, cuyos perfiles se remiten íntegramente a las normas de Seguridad Social, de modo que, por ejemplificar, por muy enfermo que se encuentre un trabajador resulta imposible que se abra esta causa suspensiva sin seguir los trámites previstos en aquéllas.

el subsidio económico por IT “desde los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive” (art. 129.1 LGSS), además de proseguir cumpliendo la obligación de cotizar (art. 106.4 LGSS) y tener que afrontar las eventuales mejoras voluntarias de la acción protectora derivadas de la negociación colectiva; en definitiva, la de incapacidad temporal puede ser una causa suspensiva bastante gravosa para el empleador pese a la aparente neutralidad que deriva de su carácter paralizante del contrato de trabajo.

En el art. 48.2 ET se desarrolla un aspecto concreto de su régimen jurídico⁴³⁷; además del mismo, como preceptos concordantes, véase la disposición transitoria décima del propio ET y los arts. 128 ss. LGSS. De todo ello deriva la conclusión de que la letra que se comenta es inexacta: también puede haber suspensión contractual en ciertos casos de incapacidad permanente.

Vistas las cosas desde otra óptica, siendo la incapacidad temporal causa suspensiva provocada por la necesidad de cuidar la integridad física del trabajador (art. 15 CE), produce enorme extrañeza que se considere como improcedente (que no nulo) el despido disciplinario cuando invoca causas ficticias y llega a demostrarse “que el motivo real de la decisión extintiva han sido las bajas médicas de la trabajadora”, sin que el Tribunal Supremo aprecie vulneración de derechos fundamentales en tales casos [STS 12 julio 2004 (RJ 2004, 7075)]. Cierta doctrina judicial, sin embargo, viene entendiendo, de manera acertada, que justamente eso es lo que sucede, con independencia de si la propia empresa es la que reconoce la improcedencia del despido (STSJ Madrid 632 y 633 de 18 julio 2006). Pero nótese que no se trata de la calificación del despido mientras el contrato de trabajo está suspendido, sino del acordado por causa de la propia causa suspensiva (aunque camuflado en otros motivos, o en la ausencia de ellos). En todo caso, lo que no cabe es pretender la nulidad de esos despidos invocando una forzada discriminación por razón de discapacidad (STJCE 11 julio 2006 [TJCE 2006, 192]).

La tentativa de reincorporación del trabajador, una vez finalizada la IT puede suscitar problemas (¿hay despido en la actitud pasiva de la empresa?) que generalmente se afrontan con los mismos criterios que en el caso de la excedencia: sólo la clara oposición del empresario puede equipararse a un despido (STSJ Comunidad Valenciana 21 abril 2005 [AS 2005, 1411]).

Por descontado, la situación de IT suspende el contrato de trabajo, pero no la facultad disciplinaria de la empresa que no tiene obligación alguna de posponer la notificación de la sanción a que finalice, máxime sabiendo que la prescripción sigue corriendo (STSJ Cataluña 2 noviembre 2005 [AS 2006, 352]).

Cuando el trabajador es dado de alta médica tiene la obligación de reincorporarse a su puesto de trabajo de inmediato, pues desaparece la causa de suspensión y el empleador puede considerar injustificada la ausencia, incluso despidiendo de forma procedente (STSJ 2 diciembre 2005 [AS 2006, 146]); tal conclusión deriva de la presunción de validez de los actos administrativos, cualidad

⁴³⁷ En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente.

no dependiente de su firmeza que reconocen los artículos 57 y 94 LRJyPAC (STS 15 abril 1994; RJ 1994, 3249).

Las SSTS de 7 octubre 2004 (RJ 2004, 7889), 2 marzo 1992 (RJ 1992, 1609) y 22 octubre 1991 (RJ 1991, 7745) afirman que el acto administrativo de la gestora denegando la invalidez permanente, al extinguir la situación de incapacidad temporal, priva en principio de justificación a la incomparecencia al trabajo de la misma forma que la baja que había otorgado inicialmente esa justificación.

Que durante la IT sobrevenga una nueva causa de suspensión “nada añade, ni quita a la situación de incapacidad temporal, ni a sus efectos” prestacionales; así, el subsidio y los eventuales complementos a cargo de la empresa se siguen lucrando aunque el trabajador en IT pase a la situación de prisión provisional (STS 16 junio 2006, rec. 5306/2004).

b. Previsiones convencionales

Asimismo, y como es causa de suspensión, de necesario comentario, traemos al análisis la frecuencia de las lesiones en el ámbito deportivo lo que obliga a que por los Convenios Colectivos se contengan previsiones para los supuestos tanto de incapacidad temporal como permanente, lo que supone una mejora en las prestaciones de estos profesionales puesto que incluyen complementos sobre las que perciben de la Seguridad Social:

El Convenio Colectivo del Balonmano Profesional en su artículo 31, y dentro del epígrafe “la retribución durante la incapacidad transitoria”, establece *que el balonmanista profesional que durante la vigencia del contrato sufriera baja por incapacidad transitoria por cualquier causa, tendrá derecho a que el club o entidad deportiva le complete la prestación de la Seguridad Social hasta el 100 por 100 de sus retribuciones, manteniendo esta situación hasta su alta o finalización del contrato*; para de seguido disponer que las partes acuerdan expresamente no establecer ningún otro tipo de garantía, seguro o beneficio para situaciones de incapacidad o fallecimiento.

Ya el art.32 dispone que “las indemnizaciones previstas en el artículo 13 apartado d) del R.D. 1006/1985⁴³⁸, de 26 de junio, que puedan corresponder al balonmanista profesional o sus herederos como consecuencia de accidente y enfermedad no profesional con resultado de muerte, incapacidad absoluta o gran invalidez, se fijan en 12 mensualidades, comprensivas de la totalidad de conceptos salariales percibidos por el jugador con un límite de SESENTA MIL EUROS (60.000 €), todo ello sin perjuicio de las indemnizaciones que pudieran corresponderle por razón de su inclusión en el sistema protector de la Seguridad Social o de aquellas que fuesen incluidas en el contrato que le una individualmente al club en el que preste sus servicios como balonmanista profesional.

Los riesgos indemnizables por los expresados conceptos, incluidos los que pudieran surgir como consecuencia de viajes, podrán ser cubiertos mediante la

⁴³⁸ El art. 13 RD 1006/1985, bajo el epígrafe “extinción del contrato”, establece en su letra d) que la relación laboral se extinguirá por muerte o lesión que produzca en el deportista incapacidad permanente total o absoluta o gran invalidez, disponiendo el derecho del deportista o sus beneficiarios a percibir una indemnización, cuando menos, de seis mensualidades si la muerte o lesión tuvieron su causa en el ejercicio del deporte, y todo y sin perjuicio de las prestaciones de seguridad social a que tuvieran derecho.

suscripción de la oportuna póliza de seguro colectivo cuya prima anual se justificará, junto con sus renovaciones, a ASOBAL quien la hará llegar con la misma periodicidad a la Asociación de Balonmanistas justificando con la póliza el aseguramiento de todos los jugadores que presten sus servicios en clubes o entidades adscritas a ASOBAL y como beneficiarios aquellas personas que expresamente designe cada jugador comprendido en la póliza. (aparte del propio jugador).

Por su parte, el Convenio Colectivo para la Actividad del Ciclismo Profesional establece en su art. 28 que el ciclista profesional que durante la vigencia del contrato sufriera baja por incapacidad temporal, por causa profesional o enfermedad común, tendrá derecho a percibir desde el primer día el 100 por 100 de las retribuciones pactadas en contrato por la totalidad de conceptos retributivos, compensándose y absorbiéndose las prestaciones sociales si las hubiera, y manteniendo esta situación hasta su alta o finalización de la relación contractual. Este mismo convenio colectivo en su art. 29.1 dispone que en cumplimiento del Acuerdo Paritario, el equipo debe contratar su cargo un seguro de fallecimiento en virtud del cual un montante de 100.000 € será entregado a quien el corredor, en la póliza, haya designado con derecho a ello.

El Convenio Colectivo para la Actividad de Baloncesto Profesional de la Liga Femenina recoge en su artículo 26.2 la retribución durante la incapacidad temporal, disponiendo que la jugadora profesional que durante la vigencia de su contrato de trabajo, sufra baja por incapacidad temporal cualquiera que fuera su causa, tendrá derecho a percibir desde el primer día el 100 por 100 de las retribuciones, manteniéndose esta situación hasta que se produzca el alta o la finalización del contrato.

El propio convenio establece que se entenderá por “retribución ordinaria” el salario base, más los conceptos fijos que la jugadora venga percibiendo de forma regular todos los meses, excluyendo del pago de la retribución mensual ordinaria, de los periodos de vacaciones, y aquellos conceptos retributivos variables o que dependan de circunstancias específicas, tales como las primas por partidos, o conceptos retributivos de devengo superior al mes, tales como primas por objetivos, etc., como los conceptos retributivos extrasalariales.

Este convenio de análisis, en su art. 30 establece que las indemnizaciones del art. 13d) RD 1006/1985, que puedan corresponder a la jugadora profesional o sus herederos, como consecuencia de accidente y/o enfermedad profesional con resultado de muerte, se fijan en 60.000 euros y en caso de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez se fijan en 90.000 euros, estableciendo que estas cantidades se actualizarán anualmente en función de las variaciones del I.P.C oficial promedio para el conjunto de España”.

El Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional dispone en su art. 33 que *el Futbolista Profesional que, durante la vigencia del contrato incurriera en baja por Incapacidad Temporal, por cualquier causa, tendrá derecho a que el Club/Sad le complete la prestación de la Seguridad Social o Mutua Patronal hasta el cien por cien (100%) de sus retribuciones, manteniendo esta situación hasta su alta o finalización del período contractual.*

En su artículo 34 establece la indemnización por muerte o lesión invalidante para cualquier actividad laboral, con las siguientes cantidades:

- Para la temporada 2014/2015: 98.000,00 €
- Para la temporada 2015/2016: 98.000,00 € + IPC

El Convenio Colectivo del Fútbol Sala contempla en su art. 22 *que el jugador profesional de fútbol sala que durante la vigencia del contrato sufriera baja por incapacidad transitoria, por cualquier causa, tendrá derecho a que el club o entidad deportiva le abone la diferencia existente entre las cantidades que reciba con cargo a la Seguridad Social y el 100 por 100 de las percepciones pactadas por todos los conceptos salariales, manteniendo esta situación hasta su alta o finalización del contrato.*

D) Eventos familiares

El apartado ha sufrido varias e importantísimas reformas por parte de las Leyes 3/1989, Ley 39/1999 y LO 3/2007, haciéndose eco de las relevantes modificaciones de todas ellas; en realidad, aquí aparecen englobadas hasta cinco distintas hipótesis o causas, bien que todas ellas vengan relacionadas con la incorporación de un nuevo miembro a la familia del trabajador; el legislador denomina “causante” a ese nasciturus, recién nacido, acogido o adoptado.

a. Maternidad

1º En general

La suspensión por *maternidad* no sólo puede afectar a la madre trabajadora, sino también al otro progenitor (generalmente, el padre; también la cónyuge de la madre). Pese a que es el supuesto más veterano de todos, su régimen ha ido evolucionando con el tiempo; la propia LOI amplió la suspensión en dos semanas para los supuestos de hijo o hija con discapacidad, pudiendo hacer uso de esta ampliación indistintamente ambos progenitores. La densa regulación legal muestra las siguientes reglas:

- En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto. En el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.
- No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

- En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente.
- En los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre, o en su defecto, del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre.
- En los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un período superior a siete días, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.
- En los supuestos de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión.
- En caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados.
- En los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los párrafos anteriores o de las que correspondan en caso de parto, adopción o acogimiento múltiples.
- En el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido, la suspensión del contrato a que se refiere este apartado tendrá una duración adicional de dos semanas. En caso de que ambos progenitores trabajen, este período adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida.
- Los períodos a los que se refiere el presente apartado podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen.
- En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

2º Especialidades

La incorporación de los colectivos profesionales a la protección de la Seguridad Social se ha producido de manera gradual por medio de sucesivas reformas que han ido incorporando determinados deportistas (ciclistas profesionales, jugadores profesionales de baloncesto y balonmano); y es con este Real Decreto, y ante la existencia de otros colectivos de deportistas profesionales pendientes de integración, es por cuanto por razones de economía normativa y de seguridad jurídica, se considera conveniente aprobar una norma por la se puedan integrar en el Régimen General de la Seguridad Social.

El RD 287/2003 en su art. 1 incluye en el Régimen General de la Seguridad Social a los deportistas profesionales, comprendidos en el ámbito de aplicación del RD 1006/1985, que no hayan sido incorporados, con anterioridad, de manera expresa en el Régimen General, debiendo apuntarse al efecto que los jugadores profesionales de fútbol se integraron en el mismo mediante RD 2621/1986, de 24 de diciembre. El mismo RD 287/2003 en su art. 2 establece que *la acción protectora dispensada a los deportistas profesionales será la establecida en el artículo 114.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*. Así las cosas, las mujeres deportistas se encuentran amparadas y protegidas por la norma, lo que no exime de conflictos, en que se le plantean a una deportista profesional, en determinadas decisiones, como la de ser madre. La norma establece la protección a través del sistema de la Seguridad Social, en caso de la maternidad, otorgando una tutela de carácter económico (100% de la base reguladora que será equivalente a la que esté establecida para la prestación por Incapacidad Temporal derivada de contingencias comunes) y temporal: con carácter general, dieciséis semanas ampliables en caso de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, de las cuales seis han de ser necesariamente posteriores al parto. Este es el periodo durante el cual el contrato del trabajador se encuentra en situación de suspensión con reserva de puesto de trabajo tal y como establece el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores; así, se hace referencia en el supuesto descrito, a la maternidad biológica, sin olvidar que se protege igualmente la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, así como la tutela de un menor en el caso de que el tutor sea un familiar que no pueda adoptar al menor y siempre que la tutela conlleve convivencia entre el tutor y el tutelado.

b. Paternidad

La suspensión por *paternidad* fue presentada por la LOI como su “medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral”. Se trata de un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento. Sus normas básicas indican lo siguiente:

- En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad regulados en el artículo 48.4.
- En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción o acogimiento, este derecho

corresponderá sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el período de descanso regulado en el artículo 48.4 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro.

- El trabajador que ejerza este derecho podrá hacerlo durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato regulada en el artículo 48.4 o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.

c. Riesgo durante el embarazo

*Lo sustancial de la regulación remitida radica en que cuando, estando embarazada la trabajadora, se hace necesario un cambio de puesto de trabajo o función y este cambio no es posible, se le declara en situación de riesgo durante el embarazo, suspendiéndose el contrato y naciendo la protección económica de la Seguridad Social⁴³⁹. Un mayor detalle de esta situación lleva a explicar lo siguiente:

- El empresario ha de evaluar si la trabajadora en situación de embarazo o parto reciente está expuesta a un riesgo específico para ella o el feto y, en su caso, adoptar medidas que lo eviten, incluyendo la evitación del trabajo nocturno o en régimen de turnos (primer nivel de protección).
- Cuando la adaptación de condiciones fuese imposible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada surge la posibilidad de cambio de funciones, lo que supone acceder a un segundo escalón de protección: hay que buscarle un puesto de trabajo compatible con su estado.
- Por fin, en un tercer nivel, cuando los cambios anteriores sean (técnica u objetivamente) imposibles o haya motivos justificados para implantarlos, podrá declararse el paso a la situación del contrato por riesgo durante el embarazo.

*A fin de que la empresa no considere una carga económica la cotización a la Seguridad Social que durante esta fase suspensiva hay que proseguir abonando, surgen beneficios diversos para la empresa. Por otro lado, los artículos 134 y 135 LGSS disciplinan la protección de Seguridad Social que viene a sustituir a las rentas salariales que la trabajadora deja de percibir como consecuencia de su suspensión contractual; su percepción ya no se condiciona a la existencia de un período previo de cotización (antes de la LOI era de 180 días en los siete años precedentes o 360 días a lo largo de la vida laboral), que estamos ante “prestación derivada de contingencias profesionales” (art. 134 LGSS) y su cuantía es del 100% de la base reguladora, correspondiendo la gestión a la entidad (generalmente, una Mutua) que cubra los riesgos profesionales.

⁴³⁹ La STSJ Baleares 503/2012 de 25 septiembre. JUR 2012\367852 recalca la calificación de la prestación por riesgo en el embarazo como "contingencia de naturaleza profesional" pero no como "accidente de trabajo", lo que posee consecuencias prácticas de diverso tipo.

d. Riesgo durante la lactancia

También procede de la LOI la suspensión por *riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses*, posibilidad complementaria de la anterior que había sido reclamada de manera unánime.

Lo anterior será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Aunque sea discutible, es lógico que la Ley haya fijado el término de la lactancia natural en los nueve meses del menor, tanto por analogía con el permiso que por tal motivo se contempla en el artículo 37.4 ET cuanto por la seguridad jurídica que proporciona el no tener que estar pendientes de la mayor o menor extensión real de esa circunstancia.

Del mismo modo que ha de acreditarse la situación de embarazo para que nazca la específica protección que se le dispensa, la lactancia natural ha de evidenciarse a través de cualquier signo externo; no ha querido el ordenamiento establecer reglas concretas al respecto, pero es seguro que la buena fe y el abuso de derecho han de estar tan presentes como las finalidades tuitivas que animan a la Ley.

e. Consideraciones especiales

Podría pensarse dado el detalle y la minuciosidad de la regulación, la inexistencia de problemas en la aplicación del derecho en las situaciones de maternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de las deportistas profesionales; nada más lejos de la realidad, hay que reseñar una vez más, que es en esta protección y en estas situaciones cuando se aprecia el envejecimiento de la norma, y la necesidad de reformar/renovar el RD 1006/1985, por carecer en su redacción de una protección de los derechos de las mujeres, desprendiéndose de su redacción, tal y como hemos apuntado anteriormente, que no se ha pensado en su aplicación a la mujer, o dicho de otra forma que parece pensada en su aplicación para un público en su inmensa mayoría masculino⁴⁴⁰.

Además, estamos ante un Real Decreto que fue pensado para hombres, y un colectivo en concreto de deporte, el fútbol; es por esta razón, tal y como se ha puesto de manifiesto que contiene una regulación insuficiente e incluso deficiente para el deporte femenino puesto que no contempla específicamente situaciones singulares de las mujeres deportistas profesionales como el embarazo, la maternidad o la lactancia, no amparando la protección ante situaciones discriminatorias, puesto que la condición biológica de la mujer no debe condicionar, en ningún caso, el normal

⁴⁴⁰ Cabero aconseja una relectura del marco normativo aplicable a la relación laboral especial de los deportistas profesionales desde la igualdad efectiva de mujeres y hombres y principalmente del Decreto 1006/1985, de 26 de junio, cuyo artículo 1.2 establece que “son deportistas profesionales, quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular se dedican voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución”. En esta regulación, y teniendo en cuenta las características del mercado del deporte profesional que habitualmente ignora a las mujeres, se observa que está dedicada a un sector que continúa reservado patológicamente a los hombres.

desarrollo de una relación laboral, sea cual fuere. No existe una respuesta en la normativa que regula la relación laboral común, pues ni el Estatuto de los Trabajadores y ni la Ley General de la Seguridad Social pueden dar una solución particular, toda vez que se caracterizan precisamente por su generalidad y sus disposiciones no contemplan distingo alguno que tutele especialmente al colectivo de la mujer deportista profesional.

Instamos nuevamente una urgente reforma y regulación que atienda a las singularidades del deporte femenino valorando que no se le pueden aplicar de igual forma las disposiciones del régimen laboral común, así, la suspensión de la relación laboral entre un club y la deportista por embarazo o maternidad tiene una incidencia en el desarrollo de la competición o en la composición de la plantilla; así, la solución de la relación laboral común consistente en la sustitución de la trabajadora, cuyo contrato se encuentra en suspenso por estos motivos por otra, no tiene una fácil solución en el caso de las deportistas profesionales, supuestos en los que esa sustitución no es factible en la misma medida por el hecho de que la persona de la trabajadora cuyo contrato se encuentra en suspenso tiene unas características propias que son las que al club interesan y las que probablemente dieron lugar a su contratación.

Ciertamente la regulación contenida en la legislación es una regulación de mínimos, que podría mejorarse a través de convenio colectivo; si bien esto no ha ocurrido, pues el único de los convenios colectivos en lo que a deportes femeninos se refiere, el de baloncesto, no contiene tampoco previsiones suficientes para las singularidades que presenta la práctica deportiva por las mujeres en los casos de maternidad, embarazo, lactancia y situaciones similares, de hecho ni siquiera hace referencia expresamente a estas situaciones si exceptuamos cuando en su artículo 16.6 dispone *que las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, y adopción o acogimiento, que afecten a la jugadora durante el período de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes.*

Debe reseñarse que, desgraciadamente, existen determinadas prácticas de firmar contratos laborales con mujeres deportistas profesionales, sin regulación alguna sobre embarazo, maternidad y lactancia que provocan situaciones discriminatorias y que en algunos supuestos se incluyen cláusulas por las que se establecen como causa de extinción del contrato, situaciones como que la deportista se quede embarazada, empleando para ello argumentos, como el que la relación laboral implica la asunción de una serie de obligaciones, impensables en otros ámbitos, como control de alimentación, consumo de fármacos, preparación física, etc.; y aunque, obviamente, dichas cláusulas son como nulas de pleno derecho, suscitan importantes interrogantes ya que resulta innegable que las deportistas profesionales son trabajadoras que como tales ostentan los mismos derechos y libertades que los demás ciudadanos, y desde luego los mismos derechos y libertades que los deportistas profesionales masculinos, de manera que es necesario que se tengan en cuenta sus singularidades y necesidades para ejercer en igualdad de condiciones cualquier actividad deportiva para lo cual resulta indispensable prever y proteger las peculiaridades que presentan las mujeres deportistas.

El legislador protege que la mujer pueda desarrollar plenamente, su embarazo, su maternidad o su lactancia, estableciendo que cualquier conducta que impida de forma expresa o tácita el desarrollo de cualesquiera estos derechos, constituye una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE; en este

sentido, el Tribunal Constitucional ha resuelto de forma estimatoria numerosos recursos de amparo basados no sólo en el despido de las trabajadoras, sino también en la resolución de la relación laboral en periodo de prueba o en la inmotivada la no renovación de un contrato temporal. Esta doctrina es arraigada, y traemos a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/1994, de 7 de junio que declara que *no puede sostenerse en modo alguno que solo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza, y mucho menos cuando esa relación laboral podría haber continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva, y ello no se produce a consecuencia del hecho del embarazo sobrevenido de la mujer. De sostenerse la postura anterior, quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los convenios colectivos, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el artículo 14 CE no cabe dudar (artículo 10.2 CE). Así sucedería con lo establecido en el Convenio núm. 111 de la OIT, que prohíbe también las discriminaciones “en el empleo y la ocupación” (lo que obviamente incluye los momentos preliminares a la contratación). Y así sucedería con lo establecido en el Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (ratificado el 16 de diciembre de 1983) cuyo artículo 11 extiende el compromiso de los Estados firmantes a establecer mecanismos adecuados de tutela contra la discriminación de la mujer en relación con el empleo y el ejercicio del derecho al trabajo, como derecho inalienable de todo ser humano.*

Así las cosas, resulta indispensable dotar al deporte profesional de una regulación y evitar que se deje al arbitrio de la autonomía de la voluntad del empresario, la configuración de la relación contractual en el ámbito del deporte profesional cuando una de las partes, la mujer quede de forma desamparada, al ser la parte débil y vulnerable del contrato produciéndose la merma o vulneración de sus derechos al quedar en situación de inferioridad; en este punto lo que se demanda no es que se privilegie a las mujeres sino garantizar que puedan ejercer, con los mismos derechos, la profesión elegida cuando esta sea la actividad deportiva.

La Ley de Igualdad ya referida anteriormente, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, prevé acciones positivas estableciendo en el punto primero de su artículo 11 que con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional del a igualdad, *los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres.* Obviamente, una deportista profesional, admítase esta expresión, es bastante difícil que pueda seguir practicando el deporte que constituye su actividad laboral estando embarazada, es más, para la mayoría de las deportistas probablemente la práctica de su deporte suponga un riesgo para el embarazo, y aunque se encontrarían protegidas por la correspondiente prestación de la Seguridad Social ante la suspensión de su contrato de trabajo por esta causa, no es fácil que una deportista pueda reiniciar su actividad deportiva una vez que hayan transcurrido dieciséis semanas desde la fecha del parto; ni que la forma física no se va a recuperar con prontitud, y necesitar probablemente algunas semanas más, dado el carácter de exigencia y competitividad del deporte profesional.

A pesar de las previsiones e intentos por propugnar la igualdad, no puede negarse que en este ámbito personal existe una clara discriminación entre mujeres y hombres en el sentido de que estos últimos no ven interrumpida la práctica de su actividad deportiva por un hecho fisiológico como la maternidad o la lactancia. Sin embargo en el caso de las mujeres la lógica nos indica que esta interrupción habrá de ser en la mayoría de los casos de un periodo más amplio que aquel en el que se encuentran protegidas por las disposiciones de la Seguridad Social por el hecho de que la práctica del deporte requiere obviamente un estado físico que puede que no se recupere en ese lapso de tiempo.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la participación en eventos deportivos relevantes depende de la consecución de determinadas marcas en otras competiciones previas, lo que supone que en el caso de una deportista que haya sido madre, y que no pueda participar en las mismas, se verá privada de acceder a dichos eventos con las consecuencias tanto a nivel deportivo como a nivel económico que conlleva.

Tras lo expuesto anteriormente no puede más que concluirse que resulta imprescindible, si se quiere promover una auténtica igualdad en el ámbito del deporte, abordar una reforma de la legislación que propugne la misma teniendo presentes las singularidades propias de las mujeres, sobre todo a tenor de que las mismas tienen cada vez más presencia y cosechan cada vez más éxitos en este ámbito profesional.

f. Propuestas

En este sentido dichas reformas pueden ir encaminadas en tres direcciones:

1.- Establecer una regulación protectora, inspirándose en el marco de la relación laboral común, que reconociera y amparara a las mujeres sus derechos laborales irrenunciables, y en concreto en las en circunstancias puntuales.

2.- Que por los poderes públicos se tomaran las medidas, sobre todo de carácter administrativo que de una vez se acabe con la calificación federativa de los contratos, y se apoye e incentive la verdadera ubicación de los deportistas, fomentando al reconocimiento de la relación laboral de las deportistas profesionales y a la regulación de los deportistas que realmente vean compensada su práctica deportiva con los gastos y no con un salario encubierto con una denominación que no recoge la realidad de la percepción del emolumento recibido, y sobre todo por el perjuicio que produce esta falta de concreción en general, y a las mujeres en particular, así algún Juzgado⁴⁴¹ ha considerado que no existía un vínculo laboral, utilizando para dicha calificación las percepciones percibidas, y el importe de las mismas, en una clara vulneración de protección y de derechos y de posibles prestaciones que sí se reconocerían en una relación laboral. En este sentido Cardenal Carro considera que hubiera sido acertado que el RD 1006/1985 hubiera establecido un umbral de profesionalidad en la percepción del salario mínimo interprofesional de

⁴⁴¹ El Juzgado de lo Social Nº 5 de Zaragoza en sentencia de 22 de julio de 2008, estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción por considerar que no existía relación laboral entre una jugadora de balonmano y su club, a pesar de que la deportista percibía la cantidad de 500€ mensuales y el club satisfacía el alquiler de la vivienda donde residía la jugadora por un importe de 535€ mensuales.

forma que se pudiese establecer claramente que los deportistas que percibiesen ingresos inferiores al mismo fuesen calificados como aficionados⁴⁴².

3.- En último lugar, sería necesario promover un mayor esfuerzo en la negociación colectiva, sobre todo en lo referente a las competiciones femeninas más profesionalizadas, de manera que se pactasen condiciones de desarrollo para el deporte femenino y que se reconociesen no solo unos salarios más dignos para las deportistas profesionales, sino que se contemplasen específicamente sus peculiaridades y el desarrollo de sus derechos.

g. Valoraciones conclusivas

Queda evidenciado que desgraciadamente el deporte sigue observándose desde un punto de vista masculino, siendo necesario un esfuerzo de los poderes públicos, en este sentido, en el año 2009 el Consejo Superior de Deportes presentó el “Manifiesto por la igualdad y la participación de la mujer en el deporte”, documento que se justifica en el hecho de la persistencia de desigualdades en este ámbito a pesar de la promulgación en el año 2003 de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Este Manifiesto establece que a pesar de la aparente igualdad de oportunidades, existen obstáculos que impiden que la igualdad sea efectiva, situación a la que el deporte no es ajeno en absoluto. Conscientes de esta situación, el Manifiesto considera necesario adoptar una serie de actuaciones entre las que cabe citar:

- La inclusión de la perspectiva de género en las políticas de gestión de la actividad física y el deporte con el fin de garantizar la plena igualdad de acceso, participación y representación de las mujeres de todas las edades y condiciones en todos los ámbitos y a todos los niveles: como practicantes, gestoras, dirigentes, entrenadoras, técnicas, árbitras, juezas, periodistas e investigadoras.
- El facilitar el acceso y promoción de las mujeres en el deporte de competición, favoreciendo su incorporación y reconocimiento deportivo y social en el alto rendimiento y posibilitando la conciliación de su formación académica, desarrollo personal y profesional.

Destacar que el Parlamento Europeo en el año 2003 realizó un informe en relación con las mujeres y el deporte, llevado a cabo por la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades en el que se consideraban múltiples factores que inciden en las desigualdades en este ámbito y se efectúan las propuestas que se consideran adecuadas para eliminarlas por estimar que la actividad física y deportiva constituye un vehículo importante en orden a la eliminación de desigualdades sociales.

Reseñar la dificultad para algunos deportistas, en función de la práctica del deporte que realizan, que se produzca o no su inclusión en el RD 1006/1985, así por

⁴⁴² El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en sentencia de 13 de diciembre de 1994 utiliza como criterio para calificar a un deportista como aficionado el hecho de que el mismo percibía de su club una cantidad inferior al salario mínimo interprofesional. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (en sus respectivas sentencias de 20 de febrero de 2007 y 10 de junio de 2005 respectivamente) califican de laboral la relación de un deportista con su club por percibir unas cantidades que excedían en su importe del salario mínimo interprofesional.

ejemplo, en el atletismo, quienes realizan su práctica, los atletas no pueden ser consideradas deportistas profesionales aunque no haya duda de que lo sean, encontramos manifestaciones como las realizadas por la atleta Marta Domínguez, en las que expresa que para los deportistas individuales, el embarazo supone “un castigo” puesto que implica dejar de percibir los ingresos al tener que abandonar la actividad deportiva, sin contar en estos con ayudas institucionales; pero es más *strictu sensu*, si bien se encuentran protegidas por la ley, les resulta difícil que puedan disfrutar de las respectivas bajas.

A este respecto noticiar que la jugadora del equipo de baloncesto femenino Ros Casares, Margo Dydek, descubre su embarazo tres días antes del comienzo de los entrenamientos, situación que provocó que la jugadora renunciase a continuar en el club; este mismo equipo había contado ya con otro caso similar, el de la jugadora Natalia Zasoulskaya, que jugó embarazada la final Four de 1995 para posteriormente romper su contrato y volver a jugar tan solo dos meses después del alumbramiento. Lejos de ejercitar el derecho a la baja se “rompió” su contrato.

Más significativo es el caso de la jugadora Gordana Kovacevic a la que el mismo club rescindió el contrato “por motivos personales de salud” en el momento en el que conoció que la jugadora se había quedado embarazada.

No de menos gravedad es el caso de la jugadora Tania Medved del club El Osito L’Eliana, que en 2001 fue despedida, al conocer el club que había disputado embarazada los cuartos de final de la Liga de Campeones, amparándose en que el contrato incluía una cláusula que especificaba que el embarazo era motivo de rescisión⁴⁴³.

⁴⁴³ Martínez Sospedra en su artículo publicado en El País el 4 de abril de 2001 titulado “Gestación prohibida” establece que la cláusula que impone a una deportista (o a cualquier mujer) la rescisión del contrato en caso de embarazo supone una diferencia de trato por razón de sexo: sólo las mujeres son susceptibles de embarazo, los varones no. Hay pues diferencia de trato por cuanto en el caso de los varones la cláusula es inútil y carece de eficacia, la misma sólo tiene virtualidad predicada de las mujeres porque sólo las mujeres pueden ser gestantes. Esa diferencia de trato no tiene otra base que el sexo, es pues una diferencia de género. En el caso, además, dicha diferencia por razón de género no puede justificarse en términos de mayores costes relativos de la mano de obra femenina, porque en las especialidades deportivas la separación por sexos es completa, en todo caso lo es en el deporte que se halla en cuestión. Si la jugadora juega en equipos y competiciones en los que todos los contendientes son asimismo mujeres, la sombra de racionalidad que el eventual mayor coste relativo del empleo femenino podría proporcionar no se puede dar, porque la referencia es uniformemente femenina. Dicho en otros términos: si todos los jugadores son mujeres y todas las mujeres son susceptibles de embarazo la diferencia de trato por embarazo es irracional. Ese solo hecho bastaría para convertir en constitucionalmente ilícita, por arbitraria, la cláusula. Pero se da la circunstancia suplementaria de que la diferencia por razón de género tiene por destinatario a un colectivo que se halla en posición de inferioridad social en lo que al mercado de trabajo respecta, las mujeres, y que esa diferencia de trato no sólo no corrige, sino que agrava esa peor condición, esa posición de subordinación. La diferencia de trato es, pues, discriminatoria y por ello, y por segunda vez, constitucionalmente ilícita. En ambos casos porque se quebranta el principio de igualdad, en un supuesto porque la diferenciación irracional es *eo ipso arbitraria*, en el otro porque nos hallamos ante un caso de discriminación que, precisamente por serlo, vulnera el derecho a la igualdad del art. 14 CE. A mayor abundamiento la cláusula de exclusión del embarazo, que de eso se trata, afecta negativamente a al menos otro derecho fundamental, el derecho a la integridad física y moral, toda vez que ese derecho protege la incolumidad de las personas y la penalización del embarazo, especialmente en un caso como éste que carece de otro fundamento racional que el interés de los clubes, afecta precisamente a la propia de las mujeres toda vez que les dificulta, en el extremo impide, el acceso a una de las propiedades que marcan la diferencia específica de la

En el caso español únicamente en baloncesto y voleibol hay deportistas femeninas a las que se puede calificar como profesionales, siendo destacable el club de atletismo, Valencia Terra i Mar, cuyos atletas mujeres disponen de contratos por cuenta ajena; no sucediendo así con el caso del fútbol femenino, cuyas jugadoras no tienen la consideración de deportistas profesionales y por ello no pueden disfrutar de bajas remuneradas o cotización a la Seguridad Social, lo que ha obligado a algunas de ellas a abandonar su actividad deportiva en nuestro país.

E) Prestaciones obligatorias

“*Cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria*”. Se suspende el contrato por cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria, en tanto estas instituciones se mantuvieron. La coherencia exigía que ambos casos fuesen tratados por igual, como ha sucedido con la propia duración temporal que tienen; siendo considerados ambos casos como situaciones asimiladas a la de alta (art. 125.2 LGSS; no hay obligación de cotizar), resultaría poco comprensible computar el tiempo de servicio militar a efectos de antigüedad y no hacer lo propio con la PSS.

Una previsión similar aparecía en la LO 13/1991, de 20 de diciembre, sobre Servicio Militar (BOE del 21; cfr. esp. art. 55.1) y en su Reglamento, aprobado por RD 1410/1994, de 25 de junio (BOE de 20 de julio; cfr. esp. art. 9.1). Nótese que la Disposición Adicional 13ª Ley 17/1999, de régimen del Personal de las Fuerzas Armadas suspendió la prestación del servicio militar a partir de 31 diciembre de 2002 (medida cuya vigencia fue anticipada a 31 diciembre 2001 por RD 247/2001, de 9 marzo).

La “prestación social sustitutoria” de los objetores de conciencia (art. 30.2 CE) comportaba para quienes eran trabajadores la reserva de su plaza (art. 10 de la Ley 22/1998, de 6 julio), en tanto se prolongase su compromiso (art. 75.2 del RD 700/1999, de 30 abril, aprobando el Reglamento de la Objeción de Conciencia y prestación social sustitutoria); mediante RD 342/2001, de 4 abril, se suspendió la prestación social sustitutoria.

F) Cargo público

Respecto de la suspensión por ejercicio de cargo público representativo existe algo de confusión tanto doctrinal cuanto normativa. Por un lado, habrá que determinar qué “cargo” es el contemplado en la norma, para lo que importa más el cometido o perfil que posea que el cauce o canal a cuyo través se haya accedido⁴⁴⁴.

Por otro, estamos ante una verdadera excedencia forzosa, que dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia. El reingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público.

personalidad de las mujeres: la maternidad. Resulta obvio que el efecto reflejo que tiene una cláusula como la que comentamos sobre los derechos a contraer matrimonio y constituir una familia no es precisamente digno de elogio desde una perspectiva constitucional.

⁴⁴⁴ Cargo público no es el permanente de carrera, sino el político temporal o amovible al que se accede por elección o por designación o nombramiento de la autoridad competente (SSTS 21 diciembre 2000 [RJ 2000, 1868] y 20 septiembre 2000 [RJ 2000, 8341]).

La suspensión del contrato no procede en todo caso *necesiter*, sino que hay un complejo juego de voluntades (de trabajador y empresario). Esta excedencia “se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo”.

G) Privación de libertad

Se suspende el contrato de trabajo por privación de libertad del trabajador, pero sólo “mientras no exista sentencia condenatoria”. El precepto, emparentado con la constitucional presunción de inocencia (art. 24.2), no basta para resolver las diversas hipótesis que pueden plantearse, de modo que los Tribunales se han visto obligados a desempeñar un importante papel complementario.

La norma sólo contempla los casos en que la privación de libertad es conforme a Derecho; eventuales retenciones, secuestros, desapariciones, etc., quedan fuera del apartado, bien que no por ello puedan considerarse sancionables.

La falta de libertad por detenciones policiales o por prisión provisional desemboca en la suspensión contractual y no puede amparar un despido. El trabajador ha de comunicar su situación a la empresa, hasta el extremo de que en ocasiones se ha configurado como causa de despido la ocultación del motivo por el que no se acude al trabajo, pues las ausencias quedan privadas de justificación (STSJ Castilla-La Mancha 3 noviembre 2005 [AS 2005, 3550]); dicho de otro modo: para que opere la causa suspensiva hay que poner en conocimiento de la empresa la circunstancia en cuestión, “precisamente con esa finalidad específica y concreta y no como simple noticia que de forma accidental o cual hecho anecdótico llegue a saber el empresario” (STSJ Navarra de 17 octubre 1997 [AS 1997, 3622]). Sin embargo, se descarta que haya causa de despido disciplinario en la conducta del trabajador que se halla en situación de incapacidad temporal y no comunica a la empresa su posterior prisión provisional pues mientras subsista la baja médica hay que aplicar su régimen jurídico y es inocua la otra causa suspensiva (STS 16 junio 2006 [RJ 2006, 6560]).

La suspensión contractual por falta de libertad no impide que por otro motivo (incluidos los hechos que generan tal situación, si poseen repercusión laboral) pueda la empresa instar la extinción contractual. A este respecto hay que advertir que la prisión del trabajador no es por sí misma suficiente para suspender el cómputo del plazo de caducidad, por cuanto “la pérdida de libertad física no impide al afectado ejercitar sus derechos por los medios de representación que la ley habilita” (STS de 17 diciembre 1986 [RJ 1986, 7507]).

La privación de libertad tras recaer sentencia condenatoria, mientras la misma no sea firme, conduce a igual resultado. Es verdad que la Ley sólo exige sentencia condenatoria para que las ausencias dejen de estar justificadas, pero una derivación lógica del art. 24.2 CE conduce a proteger al trabajador (impidiendo el despido disciplinario por sus ausencias) hasta que la sentencia condenatoria adquiera firmeza⁴⁴⁵; sólo desde ese momento las ausencias pierden, incluso retroactivamente, su *justificación* y pueden ser sancionadas (SSTS 28 febrero 1990 [RJ 1990, 1247]; 9 marzo 1994 [RJ 1994, 2222]).

⁴⁴⁵ Doctrina judicial razonable entiende que si el trabajador condenado a pena privativa de libertad es indultado, ese beneficio ha de comportar su inmediata readmisión, sin que en modo alguno pueda posponerse al transcurso del tiempo a que ascendiera la condena judicial (STSJ Castilla-León 16 marzo 2004; AS 2004, 1282).

Las sentencias condenatorias firmes que no impliquen pérdida de libertad, con una interpretación literal, pueden dejar sin justificación el tiempo precedente de ausencias al trabajo y posibilitar el despido. Pero entendemos más razonable la interpretación conforme a la cual también en ese caso ha mediado una suspensión que ampara las ausencias. La finalización del procedimiento penal sin sentencia que imponga pena privativa de libertad supone que cesa la causa de suspensión y procede la reincorporación al trabajo (art. 48.1).

El cumplimiento de penas privativas de libertad ya no es causa de suspensión contractual cuando deriva de sentencia firme. *¿Quid iuris?* La jurisprudencia entiende que las ausencias dejan de estar justificadas, de modo que el empresario *puede* despedir con fundamento en ellas, aunque nada le impide dejar de hacerlo⁴⁴⁶, del mismo modo que podría pactarse [con amparo en la causa a)] la suspensión contractual. Así pues, desde la firmeza de la sentencia penal la ausencia al trabajo deja de tener la cobertura de la situación suspensiva para configurarse como un incumplimiento de contrato sancionable por el empresario en virtud del artículo 54.2.a) ET.

Con poca convicción, se sostiene últimamente que en este caso puede interpretarse que hay un abandono del propio trabajador (art. 49.1.d ET) por la falta de justificación de la ausencia al trabajo durante el período de encarcelamiento “y por el hecho de que durante dicho periodo el actor en ningún momento se puso en contacto con la empresa”⁴⁴⁷.

H) Suspensión de empleo y sueldo

La suspensión de empleo y sueldo, por razones disciplinarias, como su propia denominación indica, también exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar. Mientras que la prohibida multa de haber (cfr. art. 58.3 y su comentario) consiste en trabajar y cobrar menos de lo devengado, ahora se contempla esta causa suspensiva como una de las posibles sanciones a regular por convenio colectivo (art. 58.1), siendo evidente que su imposición impide al trabajador la *oportunidad de ganancia* en su propia empresa. Pero nótese que, aun en tales condiciones, el sancionado sigue vinculado para con su empresa por otras obligaciones (señaladamente, prohibición de concurrencia desleal).

De acuerdo con lo indicado, en cuanto a duración, supuestos en que procede, procedimiento para su imposición y, en general todo su régimen jurídico, no cabe sino remisión a la norma sectorial. El efecto reflejo que produce esta causa en la relación de Seguridad Social puede resumirse diciendo que no se mantiene el alta y la correlativa obligación de cotizar, evitándose la desprotección merced a la asimilación al alta (STS 4 junio 2002 [RJ 2002, 8127]).

Los Tribunales han venido admitiendo esta figura no sólo como sanción sino también como medida preventiva o cautelar en supuestos particularmente graves; sin embargo, los tribunales empiezan a cuestionar la validez de esas decisiones (por ejemplo, STS de 27 enero 1990 [RJ 1990, 223]; STSJ País Vasco 28 marzo 2000 [AS 2000, 589]), pero rechazan que puedan equipararse a un despido tácito (por ejemplo, STSJ Extremadura 21 junio 1995 (AS 21 junio 1995 [AS 1995, 2459])).

⁴⁴⁶ Por todas, STS 9 marzo 1994 (RJ 1994, 2222).

⁴⁴⁷ STS 23 febrero 2014.

La concreción de cuánto dura esta medida suspensiva ha de observar el principio de proporcionalidad respecto de la entidad de la infracción cometida, estando facultados los tribunales para rebajarla a tal efecto (STSJ Cataluña 2 noviembre 2005 [AS 2006, 352]). En su cómputo no son excluibles los días inhábiles” (STSJ Asturias de 11 mayo 2001 [AS 2001, 1510]).

La mayoría de los convenios colectivos contemplan la suspensión de empleo y sueldo como sanción⁴⁴⁸.

I) Fuerza mayor

Salvo en el sector público⁴⁴⁹, la fuerza mayor temporal legitima la suspensión del contrato, del mismo modo que la definitiva puede dar lugar a su extinción [art. 49.1.h) ET]; vaya por delante que la decisión empresarial de suspender los contratos sólo es ajustada a Derecho si consigue la previa aquiescencia de la Autoridad Laboral.

J) Causas objetivas

a. Suspensión propia

Las “causas económicas, técnicas, organizativas o de producción” pueden legitimar un ajuste empresarial de la mano de obra precisa para afrontar tareas productivas (salvo en el sector público). La suspensión (y su procedimiento) “será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados”. Tras la eliminación de la autorización administrativa el procedimiento debe remitirse al de la MSCT:

- Las consultas asumen un papel protagonista.

⁴⁴⁸ El del Convenio Colectivo del Balonmano Profesional, contempla en su artículo 7.1 la suspensión de empleo y sueldo por 1 día por faltas leves, en su artículo 7.2 la suspensión de empleo y sueldo de 2 a 5 días por faltas graves y en su artículo 7.3 la suspensión de empleo y sueldo de 6 a 15 días por faltas muy graves; el convenio Colectivo para la Actividad del Ciclismo Profesional establece la posibilidad de imponer la sanción de suspensión de empleo y sueldo de 1 a 5 días por faltas leves, de 6 a 15 por faltas graves y de 16 a 60 por faltas muy graves en su artículo 16.; Convenio Colectivo para la Actividad de Baloncesto Profesional de la Liga Femenina, prevé la suspensión de empleo y sueldo por 1 día como sanción por la comisión de faltas leves, la suspensión de empleo y sueldo de 2 a 5 días por la comisión de faltas graves y la suspensión de empleo y sueldo de 6 a 15 días por la comisión de faltas muy graves. El Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional, establece las sanciones previendo la suspensión de empleo y sueldo de hasta 1 día por la comisión de faltas leves, la suspensión de empleo y sueldo de 2 a 10 días por la comisión de faltas graves y la suspensión de empleo y sueldo de 11 a 30 días por la comisión de faltas muy graves. El Convenio Colectivo del Fútbol Sala, determina la de suspensión de empleo y sueldo de hasta 1 día para las faltas leves, la suspensión de empleo y sueldo de 2 a 10 días para las faltas graves y la suspensión de empleo y sueldo de 6 a 15 para las faltas muy graves. Y finalmente el Anexo 3 del Convenio Colectivo de Trabajo ACB-ABP para la Actividad del Baloncesto Profesional contempla la suspensión de empleo y sueldo de hasta 1 día por la comisión de faltas leves, la suspensión de empleo y sueldo de 2 a 10 días por la comisión de faltas graves y la suspensión de empleo y sueldo de 11 a 60 días por la comisión de faltas muy graves.

⁴⁴⁹ “Lo previsto en el artículo 47 de esta Ley no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado”.

- La Autoridad laboral, al igual que sucede en el despido colectivo, desempeña un cometido próximo en muchos aspectos a una entidad gestora, pero no está desprovista de toda facultad de supervisión y control.
- El Informe de la Inspección de Trabajo o la decisión de la Entidad Gestora del desempleo aparecen como elementos coadyuvantes del procedimiento.
- Las discrepancias se remiten al control judicial.

La Ley 13/2012, de 26 de diciembre, sobre Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, introdujo una nueva infracción grave en el artículo 22.13 LISOS con el fin de tipificar, en aquellos supuestos de suspensión o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el incumplimiento de la obligación de comunicar a la entidad gestora las variaciones sobre el calendario inicial de los días de suspensión o de reducción de jornada⁴⁵⁰.

* A partir de tal previsión se aprobó la Orden ESS/982/2013, de 20 de mayo, por la que se regula el contenido y el procedimiento de remisión de la comunicación que deben efectuar los empleadores a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo en los procedimientos de despido colectivo, y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE 4 de junio)⁴⁵¹.

* A su vez, el RDL 11/2013 revisó la tipificación realizada, para acabar con la paradoja que suponía haber tipificado como infracción grave no comunicar a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo los cambios respecto del calendario inicialmente previsto y omitir el silencio respecto de las propias medidas iniciales⁴⁵². Con ello se ha pretendido evitar la situación de que sea más favorable para el infractor no realizar ninguna comunicación, incumpliendo sus obligaciones de forma absoluta, que incumplir parcialmente al no comunicar las variaciones⁴⁵³.

⁴⁵⁰ En el mismo sentido, se establece como infracción muy grave, en el artículo 23.1.j), la ocupación de los trabajadores afectados en el período de aplicación de las medidas de suspensión de los contratos o en el horario de reducción de las jornadas autorizadas.

⁴⁵¹ La Orden prescribe que la comunicación de los empleadores a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, se realizará a través de los medios electrónicos.

Conforme a la misma, en los casos del art. 47 ET, la comunicación deberá consignar, por cada trabajador, las fechas de inicio y de fin de los efectos entre las que se extenderá su vigencia, y determinará el calendario con los días concretos de suspensión de contrato o reducción de jornada individualizados por cada uno de los trabajadores afectados. En el supuesto de reducción de la jornada, se determinará el porcentaje de disminución temporal, computada sobre la base diaria, semanal, mensual o anual, los periodos concretos en los que se va a producir la reducción así como el horario de trabajo diario afectado por la misma, durante todo el periodo que se extienda su vigencia.

Cuando se decidan variaciones en los datos comunicados previamente sobre la aplicación de las referidas medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada, la empresa deberá comunicar dichas variaciones con carácter previo a que se produzcan.

⁴⁵² Quede constancia de la aparente confusión en que se mueven las normas acerca de si la decisión sobre las medidas en cuestión ha de comunicarse a la Autoridad Laboral (y ella se los traslada al SPEE) o a la Entidad Gestora de la prestación por desempleo.

La conclusión más lógica es que la empresa viene obligada a una doble comunicación, por más que ello deje sin sentido la coordinación entre Autoridad Laboral y SPEE.

⁴⁵³ El Preámbulo explica que de ese modo se atendería al “principio de proporcionalidad” y “al derecho de los trabajadores, al sistema de protección social y a la libre competencia entre las empresas”.

b. Reducción de jornada

La jornada de trabajo podrá reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante el período de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor⁴⁵⁴.

K) Excedencia

a. Excedencia forzosa

La excedencia forzosa es causa suspensiva del contrato de trabajo. Además de los cargos públicos y de los trabajadores con responsabilidades familiares, pueden solicitarla los trabajadores que ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior mientras dure el ejercicio de su cargo representativo; el trabajador deberá reincorporarse en el plazo máximo de treinta días naturales a partir del cese de la causa que la produjo.

b. Excedencia voluntaria

El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años⁴⁵⁵. La debilidad del nexo existente entre empresa y trabajador excedente ha conducido a negar su derecho al percibo de indemnización por despido (SSTSud de 25 octubre 2000 [RJ 2000, 9676] y 31 enero 2008 [RJ 2008, 2574]).

Este derecho sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia. Pero lo más relevante es que el trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa⁴⁵⁶. Compendiando numerosos pronunciamientos puede afirmarse que la tardía readmisión, por causa imputable a la empresa, obliga a ésta a satisfacer los salarios dejados de percibir desde la fecha en que se formuló la petición de reingreso mediante reclamación administrativa o conciliación previa a la reclamación judicial, o desde ésta en caso de que se haya iniciado antes⁴⁵⁷.

Es discutible el punto de partida. Si bien silencio inicial no podía sancionarse (por ausencia de tipicidad), las variaciones sobre el calendario inicial (presentado a la Autoridad Laboral) bien podrían haber seguido suerte contraria.

⁴⁵⁴ Durante las suspensiones de contratos o las reducciones de jornada se promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar su polivalencia o incrementar su empleabilidad.

⁴⁵⁵ El trabajador puede configurar libremente el alcance de la excedencia voluntaria en el momento de solicitarla pero que, aunque no haya agotado su máxima duración posible, carece del derecho a prorrogar la ya iniciada [STS 11 diciembre 2003 (RJ 2003, 9528)].

⁴⁵⁶ Finalizada la excedencia, si la petición de reingreso es respondida mediante una negativa rotunda e incondicionada se está ante una ruptura unilateral del vínculo de trabajo, que ha de identificarse e impugnarse como lo que verdaderamente es: un despido.

⁴⁵⁷ Poco a poco se abre paso la opinión de que el principio de facilidad probatoria lleva a que sea la empresa quien haya de acreditar la ausencia de vacantes (por más que sea un hecho negativo: no hay puestos adecuados para el excedente).

c. Excedencia por cuidado de familiar

Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida⁴⁵⁸.

El período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente⁴⁵⁹.

L) Derecho de huelga

“*Por el ejercicio del derecho de huelga*” también se suspende el contrato de trabajo. El derecho de huelga (arts. 28.2 CE; Título I del RDLRT; STC 11/1981 y otras muchas) es prototípica causa de suspensión del contrato.

Consiste el ejercicio de este derecho en “colocar el contrato de trabajo en una fase de suspensión y de ese modo limitar la libertad del empresario” (STC 11/1981, de 8 de abril); así lo prevé también el Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo (esp. art. 6.2). Por lo tanto, el Estatuto de los Trabajadores se limita en este punto a constatar cómo son las cosas [v. también su art. 4.1.e)], más que a configurarlas, lo que plantearía problemas dado que no estamos ante una Ley Orgánica, sino ordinaria.

Por su lado, la jurisprudencia ha advertido que el descuento de haberes por huelga afecta tanto al salario (base y complementos) del día o días no trabajados, como a la parte proporcional de las pagas extraordinarias, incluida la participación en beneficios; también a la remuneración del descanso semanal y días festivos, pero

⁴⁵⁸ La excedencia contemplada en el presente apartado, cuyo período de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.

⁴⁵⁹ No obstante, cuando el trabajador forme parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses si se trata de categoría especial.

sólo de los correspondientes a la semana en que se haya producido el paro [SSTS 26 mayo 1992 (RJ 1992, 3605); 18 abril 1994 (RJ 1994, 3256)].

Una vez que la empresa decide quienes debían formar parte de los servicios mínimos, para los trabajadores afectados no se suspende el contrato de trabajo, por lo que tienen derecho a su completa retribución o salario (STSJ Comunidad Valenciana de 21 mayo 2004 de 21 mayo 2004 [AS 2004, 3686]).

La apertura en cuestión, claro, se refiere a la huelga ajustada a las previsiones normativas (legal), dejando en la penumbra la consecuencia de las huelgas ilegales que, de hecho, acaban desembocando también en una suspensión (ausencia injustificada)⁴⁶⁰.

M) Cierre patronal

“*Cierre legal de la empresa*”. También el Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo (arts. 6.2 y 12.2) determina que en los casos de cierre patronal el contrato de trabajo queda suspendido; a tal figura debe entenderse que alude la norma. La referencia a su carácter *legal* evidencia que en los supuestos en que no se ajuste a la legalidad tal comportamiento patronal habría de acudir a lo dicho en el art. 30.

Entendemos, como se dijo al comentar el art. 30, que no pueden considerarse como causas suspensivas del contrato otros casos en los que la empresa se cierra *legalmente*, pero no por voluntad del empresario sino por decisiones emanadas de los poderes públicos. Tampoco pueden cobijarse aquí supuestos en los que la empresa se ve imposibilitada para desarrollar su actividad, pero que escapan a las hipótesis contempladas en la normativa de referencia.

N) Violencia de género

“*Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género*”. Esta apertura tiene su origen en las modificaciones que la LO 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, introdujo en el ET para que la mujer que atraviesa por tal situación pueda encontrar dosis de flexibilidad en su trabajo.

La tipificación separada del motivo permitirá conjugar la reserva del empleo, en los términos desarrollados por el artículo 48.6 ET⁴⁶¹, con el nacimiento de la

⁴⁶⁰ La discutible STS 23 diciembre 2003 (RJ 2004, 2004) afirma que cuando la empresa considere contraria a Derecho una huelga debe poner en marcha el mecanismo judicial oportuno para obtener la declaración de huelga ilegal por abusiva, ciñéndose a oponer en este especial proceso de tutela del derecho fundamental y como parte demandada en el mismo, el carácter abusivo de dicha huelga, lo que resulta inoportuno por extemporáneo.

Basándose en ese criterio, la SAN 104/2012 de 26 septiembre 2012 considera que si la empresa emite un comunicado calificando como ilegal la huelga intermitente convocada no estamos ante una mera "opinión empresarial" porque ante una confrontación de empresa y trabajadores no caben opiniones, sino posturas a adoptar, y la que la empresa adoptó va directamente en contra del libre ejercicio del derecho de huelga.

⁴⁶¹ Conforme al mismo, el período de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses.

protección por desempleo; también, indirectamente, se consigue así (además de brindar una especial protección a la trabajadora) el reforzamiento de la autonomía operativa de otras situaciones suspensivas (por ejemplo, la excedencia forzosa) o análogas (por ejemplo, la excedencia voluntaria).

O) Efectos generales

“*La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo*” conforme al artículo 45.2 ET. Mientras perdura la suspensión también las partes del contrato de trabajo vienen exoneradas del cumplimiento de sus principales deberes y, se haya o no contratado a un interino para cubrir este período, en el momento en que desaparece la suspensión lo normal será que se reanuden de manera inmediata tales efectos. Tanto la redacción cuanto el contexto (estamos en “suspensión” de un contrato vivo) han conducido a minimizar el alcance de lo prevenido en este precepto: las restantes obligaciones (silenciadas) no aparecen inicialmente afectadas y la *congelación* de esos efectos principales sólo puede afectar a los supuestos contemplados en el número 1. Quedan subsistentes aquellas otras relaciones y expectativas no paralizadas o destruidas por la suspensión, entre ellas “los beneficios que deriven de los sucesivos Convenios Colectivos (...), salvo que otra cosa se deduzca de su propio articulado” (STS 19 noviembre 1986 [RJ 1986, 6478]).

Pero es claro que además de esa principal consecuencia, la suspensión contractual tamiza otros muchos temas incluso dentro del terreno laboral, sin adentrarnos en el de Seguridad Social. Que el contrato no se extinga, sino que perviva implica que durante la suspensión subsisten ciertos deberes, como el de buena fe (art. 5.a), que no van exclusiva e intrínsecamente unidos al intercambio de trabajo por salario; aunque el contrato esté suspendido, por poner el ejemplo más frecuente, el trabajador no es libre para realizar una competencia desleal.

El trabajador puede ejercitar cuantos derechos laborales (representación, utilización de servicios colectivos de la empresa, etc.) resulten conciliables con la suspensión, aunque el aserto haya de quedar pendiente de su necesario contraste con la realidad de cada caso. Aun cuando la suspensión pueda implicar limitaciones, éstas no impiden por sí mismas el desarrollo de las funciones representativas, pues aquélla sólo tiene efectos sobre las obligaciones recíprocas de trabajar y retribuir el trabajo, sin que sea obstáculo para el acceso y permanencia del trabajador en el lugar del trabajo a los efectos de realizar las actividades derivadas de su representación (STS de 9 octubre 1989 [RJ 1989, 7138] y 13 septiembre 1990 [RJ 1990, 7004]).

Respecto al derecho de información del trabajador, la incapacidad temporal no exime a la empleadora de transmitir la información necesaria para la salvaguarda e intereses futuros del trabajador” (STSJ Cataluña de 4 marzo 2005 [AS 2005, 1332]).

Póngase en conexión este efecto con el de la reserva de puesto de trabajo que para todas las causas, excepto las dos primeras, recoge el art. 48.1 y con la posibilidad contemplada en el art. 15.1.c) de que la empresa contrate a un trabajador interino.

Asimismo el trabajador cuyo contrato está suspendido ha de ser considerado como perteneciente a la empresa a los efectos de eventuales reducciones de plantilla, promociones, traslados colectivos, etc.

Respecto del trabajador, en particular, se mantiene el derecho a instar la acción de extinción del contrato (STSJ Madrid de 27 septiembre 2005 [AS 2005, 2794]). El

empresario, por su parte, mantiene la obligación de efectuar el pago delegado de la prestación de incapacidad temporal (STSud de 2 noviembre 1996 [RJ 1996, 8187]; también, consúltese, la STS de 11 diciembre 1989 [RJ 1989, 8950]).

Respecto al complemento de prestación de incapacidad temporal, al tener la naturaleza de mejora voluntaria de prestación de la Seguridad Social, se rige por las disposiciones o acuerdos que las han implantado (SSTSud 1 diciembre 1997 [RJ 1997, 8923], 14 junio 2000 [RJ 2000, 5115] y 30 enero 2003 [RJ 2003, 2889]).

Por otro lado, la previsión legal no quiere impedir que, por otras vías, ciertas suspensiones se acompañen de retribuciones (por ejemplo, pagas extras o salario base mientras se presta el servicio militar) o *pequeñas obligaciones de hacer* a cargo del trabajador (por ejemplo, quedar localizable para supuestos de emergencia, suministrar información sobre su actividad pasada, etc.).

Pese a la arraigada creencia en contra, durante la suspensión del contrato pueden operar cualesquiera causas extintivas, comenzando por la llegada del término final si es que se trataba de vínculo de duración determinada. Por cierto, el art. 7 del RD 2720/1998 (contratos temporales de carácter estructural) y el art. 19.2 del RD 488/1998 (contratos formativos) establecen que las causas de suspensión no comportan ampliación de la duración del contrato, pero permiten el pacto en contrario.

El artículo 13.1 del Reglamento General de Cotización a la Seguridad Social, aprobado mediante RD 2064/1995, de 22 de diciembre, señala como norma general que subsistirá la obligación de cotizar mientras el trabajador realice su actividad o preste sus servicios; puesto que el art. 13.2 fija una serie de excepciones a esta regla general (Incapacidad Temporal, maternidad, ejercicio de funciones sindicales, etc.), puede pensarse que la regla general es que durante la suspensión del contrato cesa la obligación de cotizar (STSJ Andalucía/Málaga 30 septiembre 1999 [AS 1999, 2965]).

3. Extinción del contrato

La extinción de la relación laboral de los deportistas profesionales se encuentra regulada en los artículos 13 al 16 del RD 1006/1985, enumerándose en el artículo 13 el elenco de supuestos.

Dentro de las causas resolutorias que se derivan de la voluntad conjunta del deportista y el club se encuentra la extinción por expiración del tiempo convenido, por el total cumplimiento del contrato, por causas consignadas válidamente en el contrato, y por mutuo acuerdo entre las partes.

A) Mutuo acuerdo

En este último caso, la norma laboral especial deportiva precisa que si la extinción por mutuo acuerdo tuviese por objeto la cesión definitiva del deportista a otro club o entidad deportiva (traspaso), “se estará a lo que las partes pacten sobre condiciones económicas de conclusión del contrato”, determinándose que en ausencia de pacto “la indemnización para el deportista no podrá ser inferior al 15 por 100 bruto de la cantidad estipulada”.

Aunque del tenor literal de la norma no se establece con claridad cuál es club directamente obligado al pago de la indemnización por traspaso, se entiende que el

abono debe ser satisfecho por el club de procedencia, que es quien se beneficia económicamente de la operación, si bien cabe la posibilidad de que por acuerdo específico de las partes implicadas o por convenio colectivo se establezca otra cosa. Precisamente esto es lo que ha sucedido en el Convenio Colectivo para la actividad del fútbol profesional, que establece que el pago la indemnización por traspaso deberá ser satisfecha por el club adquirente.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su Sentencia de 1 de junio de 2004 se pronuncia, así se entra al análisis sobre si el contrato suscrito entre el Club demandante y D. Clemente en fecha 9-5-01 quedó o no extinguido por el contrato que el 5-6-03 suscribieron el Club Dinamo Moscú y D. Clemente siendo argumentado por el Club Caja Segovia de que el contrato quedó en suspenso conforme lo dispuesto en el art. 12 RD 1006/85 y art. 45.1.a) ET⁴⁶².

Para la Sala, *no se desprende que el Club demandante y el codemandado suspendieran el contrato por Mutuo acuerdo, pues no consta dato alguno por el que pudiera concluirse la suspensión invocada en el recurso; por el contrario existen actuaciones coetáneas y posteriores al contrato suscrito entre el Club Dinamo Moscú y el jugador codemandado de las que se puede concluir que el contrato entre el recurrente y jugador quedó extinguido a la firma del suscrito con el Club Dinamo Moscú, pues no consta oposición alguna por el Club recurrente al contrato suscrito*

⁴⁶² Para la resolución se entra por la Sala al análisis de los hechos probados cuales son:

- 1.- En 9-05-2001, C.D. La Escuela-Caja Segovia -club- y D. Clemente -jugador- suscribieron contrato de trabajo, en el que jugador se comprometía y obligaba a desempeñar su actividad como jugador del primer equipo de fútbol-sala del club durante las temporadas deportivas 2001/2002, 2002/2003 y 2003/2004, desde la firma del contrato hasta la finalización de la temporada 2003/2004 o cinco días después del último partido oficial, en el que estipularon, entre otras, que durante la duración del contrato el jugador no podría negociar personalmente ni mediante su agente con ningún otro club contrato alguno, ni adquirir compromisos de cualquier índole, sin el consentimiento del club contratante (cláusula octava);
- 2.- El 5-6-03 el Club Dinamo Moscú y D. Clemente suscribieron contrato por el que éste se obligó a prestar sus servicios de jugador profesional desde el 15-6-03 hasta el 15-7-04 y se convino el derecho de opción del Club a la renovación del contrato por un año más;
- 3.- El Club demandante el 14-8-03 cumplimentó y firmó el documento titulado relación de bajas temporada 2003/2004 en la que figuraba el codemandado Sr. Clemente;
- 4.- En fecha 21-8-03 la R.F.E.F. comunicó a la L.N.F.S. la solicitud de la Federación Rusa de Fútbol del certificado de transferencia Internacional del jugador demandado para su afiliado Dinamo Moscú, y el 22-7-03 al confirmarse la baja verbalmente por la entidad actora, la R.F.E.F. concedió el certificado de transferencia Internacional del jugador demandado a la Federación Rusa de Fútbol;
- 5.- El día 25-9-03 el Club Dinamo de Moscú y D. Clemente convinieron la anulación del contrato firmado entre ambos;
- 6.- El 2-X-2003, los demandados suscribieron el contrato, en el que el club demandado contrató los servicios como jugador al codemandado, que se obligó a desarrollar su actividad como jugador de fútbol-sala en beneficio de club durante las temporadas 2003/2004 y 2004/2005, desde el 1-X-2003 a 31-VII-2005, con la opción del club de renovar al jugador por una temporada. En la fecha fijada, el club demandado presentó a la L.N.F.S. la solicitud de licencia del jugador demandado y el contrato laboral celebrado;
- 7.- En el expediente nº 1/2003-04, la Resolución del Juez de Disciplina de la L.N.F.S., de 16-X-2003, acordó comunicar al Departamento de Competición y Licencias que puede tramitar la licencia del jugador demandado a favor del club codemandado. La Resolución del Comité Jurisdiccional y de Conciliación de la R.F.E.F., de 13-XI-2003, acordó otorgar validez a la licencia provisional del jugador demandado expedida por la L.N.F.S. a favor del club Playas de Castellón.

por el Jugador Sr. Clemente y el Dinamo, contrato cuya duración podía optarse por el Club Dinamo lo fuera hasta el 15-7-05, fecha muy posterior a la pactada en el contrato de fecha 9-5-01 suscrito por el recurrente, el cual cumplimentó el 14-7-03 el documento titulado relación de bajas temporada 2.003-2.004 figurando en él el Sr. Clemente, y dándose además la circunstancia de que los Clubs Dinamo y el recurrente concertaron la celebración de un partido amistoso durante la temporada 2003/2004 en Moscú, en correspondencia a la contratación de los jugadores Sres. Víctor Manuel y Clemente en Junio de 2003, lo que avala la conclusión de extinción del contrato y no de suspensión, es por todo ello por lo que ha de concluirse que no nos hallamos ante el supuesto regulado en el art. 16 del Real Decreto 1006/85 de extinción del contrato por voluntad del deportista cuando celebró nuevo contrato éste con el otro Club codemandado, y al haberlo declarado así la sentencia de instancia, procede su confirmación.

B) Imposibilidad física

Por otro lado, la norma reglamentaria señala que la extinción del contrato también tendrá lugar “por muerte o incapacidad permanente total o absoluta o gran invalidez”. Llama la atención el hecho de que en el RD 1006/1985 no se haga ninguna alusión a la situación de incapacidad permanente parcial del deportista. Probablemente, las peculiares características de la prestación deportiva hagan imposible que la incapacidad permanente del deportista sea calificada como parcial, dado que la plenitud física que se exige al deportista para el desempeño de su actividad, parece que se compagina mal con la disminución del rendimiento que supone la incapacidad permanente parcial. De cualquier forma, tanto en los casos de muerte como de lesión, con independencia de la extinción del contrato, la norma laboral establece el derecho del deportista o de sus beneficiarios a percibir “una indemnización de cuando menos seis mensualidades si la muerte o lesión tuvieran su causa en el ejercicio del deporte”.

Para, en su art. 23, contemplar que las indemnizaciones previstas en el art. 13, apartado d), del RD 1006/1985, que puedan corresponder al jugador profesional de fútbol sala o a sus herederos, como consecuencia de accidente y/o enfermedad profesional o no profesional con resultado de muerte, incapacidad permanente, total o absoluta, o gran invalidez, que tengan su causa en el ejercicio del deporte, se fijan en seis mensualidades, comprensivas de la totalidad de conceptos salariales percibidos por el jugador, todo ello sin perjuicio de las indemnizaciones que pudieran corresponderle por razón de su inclusión en el sistema protector de la Seguridad Social o de aquellas que fuesen incluidas en el contrato que le una individualmente al club en el que preste sus servicios como jugador profesional de fútbol sala. Los riesgos indemnizables por los expresados conceptos, incluidos los que pudieran surgir como consecuencia de viajes, fruto de la actividad deportiva, deberán ser cubiertos mediante la suscripción de la oportuna póliza de seguro que, podrá ser colectiva, y, cuya prima anual se justificará, junto con sus renovaciones, a la Asociación de Jugadores de Fútbol Sala, justificando con la póliza el aseguramiento de todos los jugadores que presten sus servicios en clubes o entidades deportivas adscritas a la LNFS, y como beneficiarios aquellas personas que expresamente designe cada jugador comprendido en la póliza, aparte del propio jugador.

El Convenio Colectivo de Trabajo ACB-ABP para la Actividad del Baloncesto Profesional, que no contiene referencia alguna a las situaciones de incapacidad temporal, sí establece en su art. 25 que *con efectos desde el 1 de*

septiembre de 1993, los clubes o SAD suscribirán una póliza de seguro que cubra el riesgo de muerte por accidente de sus jugadores con una indemnización bruta de 12.000.000 de pesetas para los beneficiarios que aquéllos designen.

C) Voluntad del Club

Dentro de las causas extintivas debidas a la voluntad unilateral del club o entidad deportiva, la norma laboral especial española recoge las siguientes: extinción del contrato por disolución del club o entidad deportiva, por crisis económica del club o entidad deportiva que justifique una reestructuración de la plantilla y por despido del deportista.

D) Despido del deportista

En el caso de que se produzca el despido del deportista y éste sea declarado judicialmente procedente, el artículo 15.2 del RD 1006/1985 niega al deportista el derecho a percibir indemnización alguna habida cuenta que se funda en un incumplimiento contractual grave de éste, estableciéndose que a falta de pacto al respecto “la Jurisdicción Laboral podrá acordar, en su caso, indemnizaciones a favor del club o entidad deportiva, en función de los perjuicios económicos causados al mismo”.

En el supuesto de que el despido sea declarado improcedente, el artículo 15.1 del RD 1006/1985 reconoce al deportista profesional el derecho a una indemnización que, a falta de pacto, “se fijará judicialmente, de al menos dos mensualidades de sus retribuciones periódicas, más la parte proporcional correspondiente de los complementos de calidad y cantidad de trabajo percibidos durante el último año, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, por año de servicio”. Se establece que para su fijación “se ponderarán las circunstancias concurrentes, especialmente la relativa a la remuneración dejada de percibir por el deportista a causa de la extinción de su contrato”.

E) Voluntad del deportista

La causa extintiva que ha conllevado una litigiosidad judicial más relevante en la relación laboral de los deportistas, se corresponde con la extinción del contrato debido a la mera voluntad unilateral del deportista profesional, ya sea con o sin causa justificada.

a. Dimisión

En el primer supuesto, se establecen los mismos efectos que en el caso de que hubiese producido un despido improcedente sin readmisión. En el segundo caso, cuando la extinción del contrato se produzca por voluntad unilateral del deportista, sin causa imputable al club, el artículo 16.2 de la norma laboral deportiva otorga a dicha entidad “el derecho, en su caso, a una indemnización que en ausencia de pacto al respecto fijará la Jurisdicción Laboral en función de las circunstancias de orden deportivo, perjuicio que se haya causado a la entidad, motivos de ruptura y demás elementos que el juzgador considere estimables”.

1º Regulación

La norma se sitúa, como se desprende de una rápida lectura de este artículo, ante el típico supuesto de dimisión del trabajador [comparable entonces con el del

art. 49.1.d) ET], conjugado, eso sí, con las especiales características connaturales a esta relación laboral. Así, no se encuentra en el RD 1006/1985 la diluida figura del abandono del trabajador, ya que, por un lado, y aun configurándose la relación laboral especial de los deportistas profesionales siempre como de duración temporal, la ruptura unilateral del contrato por parte del deportista profesional es siempre posible, si bien parece razonable que haya de conocerse por el Club afectado en la medida, al menos en lo que respecta a las inscripciones internacionales, en que se le va a tener que solicitar el *transfer* para su inscripción con otro club, de manera que siempre existirá una declaración inequívoca, sin que entonces cuente con trascendencia que al no exigirse periodo de preaviso pudiera considerarse que la falta de toda notificación mereciera esa calificación⁴⁶³.

El precedente directo e inmediato de la regulación transcrita se encuentra en el art. 11.1 RD 318/1981, de 5 de febrero⁴⁶⁴, aunque con el cambio de norma se han producido importantes modificaciones. Así, mientras en el originario RD 318/1981 el deportista profesional podía hacer frente a dos indemnizaciones, –devolución del importe de la ficha más una indemnización, en su caso, que fijaría la Jurisdicción laboral–, la norma vigente presenta un modelo en lo que se refiere a la indemnización a favor del club o entidad deportiva similar al previsto para los efectos del despido improcedente, esto es, basado en una alternativa: si existe pacto entre las partes, tal ha de primar, y no procederá la determinación judicial de la indemnización, subsidiaria de ese otro método de cálculo; en ambos casos, por otra parte, la indemnización es una sola, habiendo desaparecido la mención a la devolución de la ficha.

2º Cláusulas de rescisión: identificación

Amparándose en dicho precepto, ha sido habitual que los clubes españoles –fundamentalmente los de la modalidad del fútbol– incluyan en los contratos de trabajo las denominadas “cláusulas de rescisión”, en la que se fija el importe de la indemnización que el deportista o, subsidiariamente la entidad deportiva que contrate sus servicios, debe satisfacer en el caso de resolución anticipada del contrato a instancia del jugador para prestar servicios en un nuevo club o entidad deportiva. El problema se ha producido desde el momento en el que los clubes, con la finalidad de evitar que sus mejores deportistas se marchen a otras entidades, han pactado en muchas ocasiones cantidades desmesuradas, que poco o nada tienen que ver con la retribución que percibe el deportista, lo que a su vez ha motivado una intensa polémica doctrinal y jurisprudencial al respecto.

De esta manera, se ha configurado un régimen extintivo que garantiza la resolución *ante tempus* de la relación laboral deportiva, posibilitando que el

⁴⁶³ La calificación jurídica de abandono pudiera convenir en esta relación laboral, como en la común, a los supuestos en los que el deportista profesional, una vez solicitada la extinción del contrato de trabajo basada en incumplimiento del empresario, no espera a la resolución judicial “constitutiva”, fichando previamente por otro club o entidad deportiva (así lo ha resuelto para el contrato ordinario en múltiples resoluciones judiciales el Tribunal Supremo; por todas, cfr. STS 18 julio 1990, RJ 1990/6425).

⁴⁶⁴ De regulación desconocida hasta ese momento ha tachado la doctrina la posibilidad de la extinción *ante tempus* prevista inicialmente en el Reglamento de 1981 y con posterioridad trasladada a la norma de 1985, ya que, de manera general, el deporte profesional comparado y nacional se regía hasta la fecha por el principio de cumplimiento íntegro de los contratos (K. IRURZUN UGALDE: La negociación colectiva en el deporte profesional, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, pág. 199).

deportista profesional rompa si lo desea su contrato antes de la fecha de finalización prevista. No es necesario, a diferencia de los supuestos de resolución causal, que la Jurisdicción laboral dicte una Sentencia constituyendo la situación buscada; la mera voluntad del deportista profesional será causa suficiente para dar por extinguido el contrato de trabajo. Igualmente, no es precisa la observancia de ningún plazo de preaviso, a diferencia de lo previsto en el art. 49.1.d) ET con carácter general para el contrato de trabajo común, lo que ha llevado a la doctrina a interpretar que “si la resolución *ad nutum* del contrato por el deportista profesional genera derecho a una indemnización a favor del club, esto es, en definitiva, lo mismo que equiparar los efectos económicos de una ruptura brusca y una ruptura preavisada”⁴⁶⁵.

Para los casos en los que el jugador extinga la relación laboral *motu proprio* y sin causa imputable al club se prevé, en los supuestos que así procediese, una indemnización a favor del club o entidad deportiva que bien podrá estar pactada entre las partes –lo que se viene denominando cláusula de rescisión–, o bien fijará la Jurisdicción laboral en atención a un elenco abierto de criterios que recoge el mismo precepto.

En resumen, nuestro Ordenamiento jurídico garantiza la libertad absoluta del deportista para extinguir su contrato de trabajo. Únicamente se habrá de tener en cuenta, en el ejercicio de esta facultad rescisoria, que puede generar una responsabilidad indemnizatoria en aplicación del art. 16.1 RD 1006/1985.

3º Compatibilidad de la indemnización y el derecho a libre elección de profesión

Es mejor comenzar por un supuesto concreto para entender la dimensión del tema. La Sentencia del Juzgado de lo Social, nº1 de Mataró de 21 de marzo de 2003 consideró que una cláusula de rescisión que ascendía a 200 millones de pesetas *no comporta renuncia al derecho de libre contratación garantizado por el artículo 35.1 de la Constitución Española*. [...]. Considerando que la cláusula no comportaba una renuncia (pérdida irremediable) del derecho de libre contratación, aceptándose, para el supuesto de incumplimiento de esa obligación de carácter suspensivo, el pago de una cantidad estipulada con una doble función: la penal y la indemnizatoria.

A tenor del art. 16.1 RD 1006/1985 y de la sentencia referida procede invocar la doctrina científica de CARDENAL CARRO e IRURZUN UGALDE que entienden que *el mero hecho de que el artículo 16.1 del Real Decreto 1006/1985 faculte a las partes a cuantificar la indemnización no puede dar lugar a dar por válida cualquier cuantía independiente de su importe, sino que deberá adaptarse al respeto del derecho reconocido al deportista en el artículo 35.1 de la Constitución Española, sin incurrir en una doble desnaturalización de lo que es un mero contrato de trabajo, como lo es pretender a su través la regulación de las relaciones económicas de todo un sector, y fijar las indemnizaciones teniendo en cuenta la posible existencia de un responsable subsidiario que es otra empresa diferente del trabajador a quien se considera deudor principal*⁴⁶⁶.

Así las cosas, tras recordar el tenor del art. 21 ET, asumiendo la interpretación del derecho a la libre elección de profesión u oficio reconocido en el

⁴⁶⁵ I. ALBIOL MONTESINOS: “La extinción del contrato por decisión del trabajador”, *Revista de Trabajo*, nº. 93, 1989, pág. 57.

⁴⁶⁶ M.CARDENAL CARRO, y K.IRURZUN UGALDE: “El caso Miralles: ¿Volver a 1981 o reinventar el modelo?”, 2003, pág. 327.

art. 35.1 CE, no podría sostenerse que las cláusulas de rescisión vulneran el precepto constitucional en el caso de que un deportista deseara desvincularse de un club o entidad deportiva para fichar por otro u otra de la misma modalidad; sin embargo, sí se podría producir una vulneración del referido art. 35.1 del texto constitucional en el supuesto de que el deportista quisiera cambiar de práctica deportiva, esto es, de profesión, tanto como en el caso de que decidiera abandonar la propia actividad deportiva.

4º El caso Téllez

Parece oportuno referir la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de marzo de 1999, en el llamado “caso Téllez”. El supuesto es el siguiente, se presenta demanda por el Pontevedra Club de Fútbol reclamando indemnización al jugador Oscar Téllez Gómez y al Club Deportivo Alavés SAD. El Juzgado de lo Social nº1 de Pontevedra dicta Sentencia estimando parcialmente la demanda condenando al mencionado jugador a abonar al demandante la cantidad de 3.000.000 pesetas, condenando subsidiariamente al Club Deportivo Alavés; contra la sentencia de instancia se recurre por el jugador. Procedemos a detallar los hechos, cuales son que el deportista y el Pontevedra Club de Fútbol habían suscrito el 19 de mayo de 1996 un contrato de prestación de servicios futbolísticos para las temporadas 96/97 y 97/98, estipulando que en caso de incumplimiento del futbolista, este vendría obligado a indemnizar al club con la cantidad de 15.000.000 pesetas.

El club en la primera de las temporadas dejó de pagar, adeudando al jugador la cantidad de 1.175.000 pesetas, reclamándose por el jugador la deuda, obteniendo sentencia favorable sobre el importe reclamado. Asimismo, por el jugador se solicitó la extinción de la relación laboral por impago de salarios al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, si bien se le tuvo por desistido por no comparecer al juicio. En fecha 15 de julio de 1997 el jugador comunica al Pontevedra Club de Fútbol que se acoge al cambio de residencia, fijándola en Vitoria, por parte del club se deniega la carta de libertad. Un mes después, el 19 de agosto de 1997, Oscar Téllez firmó un contrato de jugador profesional con el Club Deportivo Alavés, razón por la cual el Pontevedra Club de Fútbol interpone demanda solicitando la correspondiente indemnización, que la Sentencia del Juzgado modera reduciéndola a 3.000.000 pesetas atendiendo a las siguientes circunstancias:

El incumplimiento se ha limitado a una de las dos temporadas pactadas. El incumplimiento del jugador ha sido precedido por un incumplimiento salarial y de cotizaciones del club. Dicho incumplimiento por parte del club se produce desde el momento mismo de la contratación, al negarle al jugador, al menos en apariencia, la condición de profesional. Los daños y perjuicios causados al club deben relacionarse con la retribución del jugador.

El TSJ entiende que la voluntad concurrente de las partes, estipulando que las consecuencias de la dimisión no contraría la ley, la moral, ni el orden público, y despliega toda su eficacia con arreglo a los arts. 1.255 y 1.256 del Código Civil (la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes); por otra parte analiza que por la vía del abuso del derecho, pueda cuestionarse la cuantía convenida por partes, vía a la que alude el futbolista recurrente pero para entroncarla con el previo incumplimiento del empleador al que imputa contravenir sus propios actos formulando la demanda cuando previamente hubo de ser condenado al abono de los salarios adecuados. Esta cuestión, del abuso

del derecho, la resuelve la Sala trayendo a colación el criterio que la jurisprudencia ha establecido los requisitos generales como son: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica y c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestado de forma subjetiva (intención de perjudicar) o bajo forma objetiva (anormalidad en el ejercicio abusivo del derecho), haciendo saber que el ejercicio abusivo del derecho que solo existe cuando se hace con intención de dañar, y al tratarse de un remedio extraordinario sólo puede acudir a su doctrina en casos patentes; supuesto no aplicable en el caso de autos, pues ni puede razonablemente inducirse que la cláusula se pactó con la intención de ocasional un daño gratuito al deportista, ni su contenido económico pervierte su naturaleza. A juicio de la Sala la cláusula protege dos intereses, de una parte el derecho del futbolista a dimitir en cualquier momento extinguiendo con ello el contrato de trabajo de duración determinada y de otra parte, el legítimo derecho de la sociedad contratante de prever tal contingencia pactando el abono de una compensación económica por la intempestiva ruptura del contrato, cuya cuantía no es en modo alguno ajena a la habitual presencia de otro club interesado en hacerse con los servicios del futbolista y a quien la propia ley declara responsable subsidiario respecto de la indemnización pactada. A juicio del TSJ, sólo cuando el contenido económico de la cláusula impida la protección de alguno de esos intereses puede en propiedad hablarse de un ejercicio abusivo o antisocial del derecho, lo que ocurriría, desde la perspectiva contemplada, si la indemnización pactada fuese tan desorbitada, (una vez valorados los diversos factores concurrentes, como el volumen económico y las especialidades y diversidad legislativa –extremo este previsto en el art. 14.2 RD 1006/85– del mercado profesional, el previo desembolso para la contratación inicial de los servicios, la duración del contrato, edad y proyección profesional del deportista y cuantos otros necesariamente habrán de proporcionar las partes en litigio cuando se cuestione el importe del desistimiento por abusivo), que frustrase las posibilidades de promoción profesional y económica del futbolista al disuadir de plano a cualquier club de fútbol el intentar hacerse con sus servicios y obligar al deportista a permanecer en el club de origen, desnaturalizándose así la cláusula para convertirla, de hecho, en un derecho de retención.

El supuesto de análisis es el siguiente el Pontevedra Club de Fútbol contrata a un jugador de 21 años por dos temporadas a razón de 2.700.000 ptas. por la primera (96/97) y 3.200.000 ptas. la segunda (97/98) con una cláusula indemnizatoria de 15.000.000 ptas.; por el futbolista se desiste para fichar el 19.08.97 por el Deportivo Alavés por dos temporadas con una notable mejora salarial (sueldo mensual obligatorio de 298.857 ptas. en 14 pagas, 2.900.000 ptas. en concepto de prima de contrato, 8.000.000 ptas. para la temporada 98/99 más importantes incentivos por participación en partidos) y una cantidad de 350.000.000 ptas. en concepto de "cláusula de rescisión"; así, y en aplicación la doctrina expuesta sobre el cumplimiento de lo pactado para el supuesto de desistimiento unilateral del futbolista, se mantiene, el importe económico en su día acordado en previsión de tal eventualidad, debiendo observarse, que la predicada validez general de las cláusulas contractuales en el ámbito de la contratación de servicios profesionales de deportistas sólo son válidas una vez que el juez fije su cuantía.

5º El caso Zubiaurre

También encontramos casos en los que la doctrina judicial ha considerado dichas cláusulas abusivas. En este sentido, podemos citar la Sentencia dictada por el

Juzgado de lo Social nº1 de San Sebastián de 9 de marzo de 2006, Sentencia que fue recurrida en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que la confirmó. Esta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia fue a su vez recurrida en casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, que también procedió a su confirmación. En definitiva, los órganos jurisdiccionales superiores comparten la tesis expuesta por el juzgador de instancia, que pone de manifiesto una cuestión no resuelta de forma pacífica pues un sector mayoritario de la doctrina, califica las cláusulas de rescisión como cláusulas penales o penas convencionales, mientras que otro sector de la doctrina las califica como cláusulas convencionales o pactos indemnizatorios. Así, decidir y encuadrar la naturaleza de las cláusulas de rescisión es de enorme trascendencia en orden a determinar los efectos de las mismas, comentamos la resolución judicial:

Se trata de saber si por parte del deportista se contraviene el tenor de la obligación principal y se extingue *ad nutum* el contrato de trabajo. En el caso de análisis se fijó la indemnización y por tanto no es de aplicación, en un principio, la previsión en torno a la ausencia de pacto y la necesidad de que se fije por el orden jurisdiccional.

El juzgador comienza por el estudio de la cláusula como una pena, pues según la jurisprudencia la cláusula es un pacto que se incorpora a la obligación principal que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de dicha obligación contractual, a la vez que valora anticipadamente los perjuicios que dicho incumplimiento pueda ocasionar al acreedor, de tal forma que quedaría exonerado dicho acreedor de demostrar la cuantía de los daños y perjuicios sufridos. Así, en este supuesto, IVÁN ZUBIAURRE URRUTIA tenía contrato de trabajo en vigor con la REAL SOCIEDAD DE FÚTBOL, S.A.D., y lo extinguió por voluntad propia y por causa no imputable a la entidad empleadora, sin que a juicio del juzgador, tal rescisión *ante tempus* pueda condicionarse ni impedirse, como no lo ha sido efectivamente, por el hecho de que el club se sintiera perjudicado en sus intereses, de forma que una vez roto el vínculo, no es factible que la entidad deportiva pueda reclamarle el cumplimiento de la obligación principal –la práctica de la actividad deportiva–. No estamos pues, en estos casos, según el Juzgador, ante un supuesto en el que se condiciona la resolución del contrato al pago de la cuantía fijada en la cláusula, sino que aquella opera de forma inmediata, recuperando en ese momento el jugador su “libertad”, y en tal sentido la posibilidad de contratar sus servicios con otro club, pero siempre con el condicionante que “en su caso” le sean reclamados por la empresa el importe de los daños y perjuicios fijados en el contrato como contraprestación a la decisión libremente tomada.

Se posibilita en la resolución judicial que por la entidad se pueda reclamar la cuantía íntegra, sin que tenga necesidad de demostrar el daño sufrido y los perjuicios que le irroga la pérdida del deportista, o mejor dicho, el cese anticipado del mismo; si bien, sí discute el importe de la cláusula, importe excesivamente elevado en relación a las condiciones particulares del jugador (sueldo, tiempo de contrato, posición en la que juega, etc.); así y por este planteamiento, se entiende por el Juzgador, que en principio es admisible dicho pacto en tanto que el art. 7.2 del Código Civil establece que “*la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo*”, y por tanto, pese a la regulación legal y convencional de este tipo de cláusulas, es posible puedan ser declaradas nulas por constituir un claro abuso de derecho por el empleador; y si no se entendiera así es posible su moderación por mor de lo dispuesto en el artículo 1154 del Código Civil (que permite que el Juez pueda

modificar equitativamente la pena cuando la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor), para lo cual habrá establecerse si ha existido ese cumplimiento parcial de la obligación principal, partiendo de validez de la cláusula y de que la cuantía fijada al inicio de la relación laboral. Es decir, se procede al análisis sin tener en cuenta ni el supuesto rendimiento deportivo del jugador ni las circunstancias que pudieran rodear la rescisión, y considerando las circunstancias propias del contrato de trabajo en cuanto a retribuciones y duración temporal relativamente corta, que inicialmente era de un año, aunque con la opción a un segundo año. Analiza el Juez de lo Social que el carácter de cláusula penal, ha sido tratado por la jurisprudencia al resolver los pactos de permanencia regulados en el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores, figura muy próxima, y estableciendo que a la firma de estas cláusulas, de manera implícita las partes, se acogieron a la modalidad de las obligaciones con cláusula penal reguladas en los arts. 1152 al 1155 del Código Civil, (STS 26.06.01 –Sala General–, Ar. 7795); debiendo en todo caso determinar si dicha cláusula constituye un abuso de derecho, en cuyo caso sería nula.

Por parte del juzgador, con acogimiento a la doctrina que defiende que las cláusulas de rescisión son partes integrantes del contrato, son cláusulas convencionales en tanto que si la ruptura del contrato se produce por voluntad unilateral del deportista y sin causa justificada, éste ya sabe a qué atenerse, en aplicación del *principio "pacta sunt servanda"*, derivando la licitud de esta cláusula del artículo 1255 del Código Civil cuando prevé que *"los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público"* y de la propia situación que se produce, ya que no se está ante un incumplimiento contractual o simplemente un cumplimiento defectuoso, sino que ante el ejercicio de un derecho laboral y constitucional materializado en la voluntad del deportista de rescindir el contrato, siendo contradictorio que en el mismo contrato se establezca una cláusula cuya finalidad es forzar el cumplimiento de la obligación de trabajar e impedir el derecho al desistimiento, penalizando el ejercicio de este derecho, como exponente de la libertad de trabajar consagrado en el artículo 35 de la Constitución; si bien, también la doctrina razona que cuando la cláusula pactada es lo suficientemente elevada como para poner en peligro su efectiva aplicación, ésta deviene nula por ser abusiva, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores (*"Si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número uno del artículo tercero de esta Ley"*), el cual es aplicable a esta regulación especial en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 del RD 1006/1985 al establecer como derecho supletorio el propio Estatuto de los Trabajadores”.

Teniendo en cuenta todas las consideraciones expuestas, la resolución judicial de instancia concluye que la cláusula de rescisión suscrita por el jugador, ya sea considerándola como una pena convencional o cláusula penal, ya sea considerándola como un pacto indemnizatorio, también denominado “dinero de arrepentimiento”, ha de ser valorada con los antecedentes del litigio:

El jugador lo ha sido de la Real Sociedad de Fútbol SAD desde los 11 años, habiendo sido convocado por la selección española de fútbol en varias ocasiones, siempre en las categorías infantiles y juveniles.

A la edad de 17 años, el jugador suscribió contrato de trabajo con la Real Sociedad de Fútbol SAD con una duración de 4 años, para jugar en la categoría juvenil y contemplando la posibilidad de prestar sus servicios en el segundo equipo de dicho club –el Sanse– que militaba en aquel momento en Segunda División B.

También se contemplaba en este contrato la posibilidad de que el jugador pudiera hacerlo en el primer equipo, aunque esta circunstancia no se produjo durante la vigencia de este contrato.

En fecha 1 de julio de 2004 el jugador suscribió contrato de trabajo de un año de duración, es decir, para prestar sus servicios durante la temporada 2004/2005, en el equipo Sanse de Segunda División B, aunque jugó con el primer equipo, que militaba en Primera División, un total de 14 partidos oficiales.

La retribución mensual pactada en este contrato era de 390,66 € en 14 pagas, pactándose además otra serie de condiciones económicas relativas a primas y complementos de sueldo si se cumplían determinadas circunstancias, así como la posibilidad de que el club optara por ampliar el contrato durante una temporada más a cambio de una retribución específica.

La cantidad que realmente percibió el jugador, o debía percibir, durante esta temporada ascendió a la cantidad de 98.141,60 €.

El club ejerció efectivamente la opción para que el jugador siguiera prestando sus servicios en el mismo durante la temporada 2005/2006, durante la cual debía percibir 36.060,73 € de ficha, 72.121,45 € si jugaba 10 partidos oficiales y 144.242,91 € si jugaba 20 partidos. De esta manera, la retribución final, en el caso de que el jugador hubiera seguido la misma línea que la temporada anterior, hubiera ascendido a más de 120.000 €.

Al día siguiente de la finalización del contrato, el club transfirió al jugador las cantidades que le adeudaba correspondientes a la temporada anterior, si bien abonó las retribuciones que debía al resto de los jugadores a finales del mes de julio de 2005.

En la última reunión del Consejo de Administración del club, celebrada antes de las elecciones que tuvieron lugar el 30 de junio de 2005 se puso de manifiesto como existían ofertas por escrito para hacerse con los servicios del jugador.

En fecha 1 de julio de 2005 el Athletic Club SAD de Bilbao presentó al jugador como nuevo fichaje, manifestando además en comparencias de los responsables de este club ante la prensa que no tenían intención de abonar cantidad de dinero alguna y que a partir de ese momento el jugador lo era del Athletic Club SAD.

Desde el momento en que el jugador rescindió el contrato de trabajo con la Real Sociedad de Fútbol SAD, no ha sido fichado por ningún equipo ni se le ha permitido jugar como aficionado o amateur.

La cláusula de rescisión contenida en el contrato suscrito el día 1 de julio de 2004 ascendía a la cantidad de 30.050.605,22 € y la misma se establecía *“como consecuencia de todas las contraprestaciones económicas pactadas en el presente contrato, así como por los derechos de formación otorgados al mismo”*.

Por lo que respecta a las cláusulas de rescisión del resto de los jugadores de la Real Sociedad de Fútbol SAD, las mismas son idénticas a las de este jugador para

aquellos contratados para el segundo equipo, siendo las de los jugadores del primer equipo muy superiores a las del demandante, al igual que ocurre con el salario fijado para estos casos.

Sin embargo las cláusulas de rescisión que generalmente afectan a los jugadores del Athletic Club SAD son muy inferiores, pero su sueldo mensual es, por el contrario, muy superior.

Teniendo en cuenta estos antecedentes y las demás consideraciones referidas por el Juez de lo Social se pone de manifiesto que habrá que estarse al momento en que se suscribe la cláusula, esto es, a la fecha de la firma del contrato de trabajo y no a otra posterior, como perfectamente se pudiera haber hecho (tomando como día cuando empezó a jugar con el primer equipo, cuando se optó por prorrogar el contrato, etc.), habida cuenta que la norma (art. 16.1 RD 1006/85) no impone que se haga la firma de la cláusula a la par que la del contrato. A este respecto, el juzgador no alberga duda alguna sobre la intención del club de prorrogar el contrato de trabajo por si se recibían ofertas de otras entidades – las hubo y por escrito, y así poder negociar con las mismas el traspaso, o mejor, la “venta” del jugador, desde la posición de fuerza que da una cláusula de rescisión tan elevada. Se establece que resultaba impensable que se pudiera pagar una cláusula de 30 millones de euros por un jugador de 22 años, por muy bueno que fuera, en la posición natural de lateral; pero era impensable el pago por el propio jugador, ni por otro club que estuviera interesado en sus servicios, ya que estas cantidades es notorio que solamente se han pagado por las grandes estrellas; pero además establece que el obligado a pagar el importe establecido en la cláusula es el deportista, con lo que se está aplicando en la práctica una situación similar al derecho de retención de los clubes y entidades deportivas, lo que contraviene de forma flagrante el derecho constitucional al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio y a la promoción a través del trabajo (art. 35 de la Constitución).

El Juez Social estima más coherente la posición que considera la cláusula de rescisión como una cláusula penal, si bien la doctrina de suplicación existente (sentencias de los TSJ de Galicia –sentencia de 22.03.99– y de Catalunya –sentencia de 02.02.04–), considera que tiene naturaleza exclusivamente contractual y por tanto se estará a lo pactado por las partes. Esta doctrina realmente es contradictoria con lo que la jurisprudencia ha interpretado respecto al pacto de permanencia del art. 21.4 del Estatuto de los Trabajadores, referente legal más próximo a la previsión del artículo 16 del RD 1006/1985, ya que se considera que aquel tiene la naturaleza jurídica de una cláusula penal (STS 26.06.01, Ar. 7795).” Así, por la sentencia del Juzgado de lo Social se establece otra circunstancia a tener en cuenta que contribuye a la calificación como abusiva de la cláusula de rescisión, que es la completa identidad, en cuanto a su importe, entre todas las cláusulas de rescisión de todos los jugadores del segundo equipo de la REAL SOCIEDAD DE FÚTBOL, S.A.D., lo que plantea la duda en torno a la verdadera intención de esta entidad cuando fijaba los importes de cada una de ellas, ya que al tener todos los jugadores la misma cláusula parece que no se atiende realmente a elementos tales como formación, sueldo, calidad deportiva, proyección futura, etc., sino que antes parece una típica cláusula de estilo que una valoración individualizada en función de la persona; así si realmente hubiera existido esta concreción personalizada se permitiría realizar el adecuado análisis ponderado del importe y su función, pero no siendo así, realmente no se está ante una negociación bilateral sino más bien una imposición.

Para el juzgador existe otro argumento favorable a considerar abusiva la cláusula y se refiere a la posibilidad de fijar una cuantía para el supuesto de que sea el club quien rechace los servicios del deportista, ya que el art. 15 RD 1006/1985 admite que pueda pactarse la indemnización, y en su defecto es la que fija la propia norma. Pues bien, ello no sucede en el presente caso, y por un principio elemental de equivalencia e igualdad de las partes en el contrato, al no haberse establecido pacto alguno que fije la indemnización a favor del jugador en caso de resolución unilateral de la entidad empleadora, ello constituye un dato a tener en cuenta en el momento de valorar las condiciones pactadas en su conjunto, habida cuenta que el perjuicio para el trabajador, aunque no sea estrictamente comparable con lo que se quiere compensar mediante la introducción de la cláusula de rescisión, puede ser grave personal y profesionalmente, pero no se contempla. La sentencia recoge como el hecho de que la cláusula de rescisión pactada en el contrato sea abusiva no determina sin embargo la inexistencia de una indemnización a favor del club, aunque así pudiera parecer, así y tal como refiere *“la nulidad de la cláusula de rescisión no equivale a la nulidad del contrato, pues el artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores establece que la parte no válida se completará “con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número 1 del artículo 3 de esta Ley”*, que es donde se regula el sistema de fuentes del derecho laboral, y esto es lo que vamos a hacer. Así, el art. 16.1 RD 1006/1985 establece, que si no está fijada la indemnización se genera a favor de la entidad deportiva contratante el derecho a reclamarla, debiendo fijarla los tribunales, por el juez se recuerda que en el terreno meramente hipotético, si se considerara la cláusula de rescisión como una pena, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1.154 del Código Civil sería posible moderarla, llegando a la fijación judicial del quantum.

Siendo necesario fijar una indemnización y teniendo en cuenta, tal y como pone de manifiesto en la Sentencia que no existe ni una referencia objetiva ni un criterio preestablecido, es necesario que el juzgador establezca los puntos de partida para la fijación de la misma. A este respecto establece que *“uno podría ser la cuantía de la indemnización pactada en su momento, no como cantidad sobre la que iniciar el cálculo, sino como una mera referencia. Otra referencia puede ser el importe de las cantidades pactadas como cláusula de rescisión en los contratos de trabajo de los jugadores de la REAL SOCIEDAD DE FÚTBOL, S.A.D., y del ATHLETIC CLUB, S.A.D. De la misma forma, también puede ser otra referencia las cantidades pactadas en jugadores con similares características que el demandado, es decir, edad, posición, tiempo que ha estado vinculado en el club, retribución percibida, duración del contrato, etc. Pero estos datos no se disponen por completo, probablemente por falta de interés de las propias partes intervinientes de que se conozcan por este juzgador. El art. 16.1 RD 1006/1985 establece que la indemnización se fijará “en función de las circunstancias de orden deportivo, perjuicio que se haya causado a la entidad, motivos de ruptura y demás elementos que el juzgador considere estimable”, lo que otorga al juez plena libertad de criterio, dentro de unos límites razonables, no arbitrarios y partiendo de bases equitativas”*. Teniendo todo esto en cuenta, para la determinación de la cantidad a la que debe ascender la indemnización, se contemplan en la Sentencia los siguientes parámetros:

Los daños que merecen reparación, y que no son solo los que pueden acreditarse de hecho sino también aquellos otros de carácter inmaterial, citándose como ejemplos el nombre y prestigio del club *“y no porque en este caso la entidad demandante haya quedado en entredicho, sino también porque la marcha de un*

jugador hacia otra entidad deportiva rival pone en cuestión el efecto disuasorio de la cláusula de rescisión a que antes nos hemos referido”.

Los motivos de la ruptura también han de ser tenidos en cuenta al establecer la indemnización. En este caso, y desde la perspectiva del jugador, no existe comportamiento o actuación por parte de la Real Sociedad de Fútbol SAD que implique desmerecimiento alguno hacia el mismo, sino todo lo contrario puesto que si bien es cierto que la retribución pactada en el contrato suscrito es “irrisoria” si únicamente se tiene en cuenta el sueldo mensual, no es menos cierto que, al haber disputado el jugador 14 partidos con el primer equipo y aun siendo un jugador que acaba de ascender al mismo desde categorías inferiores, ha percibido en total una retribución de casi 100.000€.

También ha de ser tenido en cuenta el coste del jugador para el equipo. Sin embargo en este caso, y teniendo en cuenta que procede de la cantera, dicho coste ha de ser “imputado directamente a la formación recibida y que le ha hecho progresar hasta ser un jugador de primera división con una “cotización” similar a otros jugadores de esta misma categoría. Muestra de ello es la previsión de contratación que ha hecho el ATHLETIC CLUB, S.A.D., y que a juzgar por el sueldo igualado de todos los jugadores de esta entidad, la ficha de contratación y los incentivos, supondría una promoción económica suficiente”.

Otra circunstancia que ha de ser considerada es la situación del mercado de trabajo de deportistas similares, teniendo en cuenta tanto el salario como el resto de las condiciones económicas así como el importe de las cláusulas de rescisión fijadas tanto por la Real Sociedad de Fútbol SAD como por el Athletic Club SAD. Las mismas son muy similares y uniformes en ambas entidades, salvo algunas excepciones, lo cual pone de manifiesto la exageración de dichas cláusulas. En este sentido la Sentencia entiende como “no puede pasar desapercibido a este juzgador que, a pesar de las cuantiosas y elevadas cláusulas de rescisión pactadas en este país –e incluso en el entorno comunitario–, pocas resoluciones judiciales se han dictado, lo que es síntoma de que antes de acudir a la sede judicial para que se confirme, modere o fije la indemnización, las sociedades anónimas deportivas y entidades deportivas en general, y los jugadores, prefieren alcanzar acuerdos que satisfagan a todas las partes implicadas, lo que también se constata por el hecho de que sólo en casos muy puntuales se han llegado a pagar las cifras inicialmente pactadas en las cláusulas de rescisión, cuestión que abunda en la necesidad de limitar el importe de la indemnización”.

Concluye la Sentencia refiriendo que “*por todas estas razones anteriores, este juzgador considera prudente y ponderado fijar la indemnización que debe abonar D. IVAN ZUBIAURRE URRUTIA a la entidad demandante en la cifra de 5.000.000 de euros. Es posible que tal cifra pudiera ser tachada de excesiva, o incluso abusiva, con respecto a lo que el jugador puede pagar realmente, ya que si no puede pagar 30 millones de euros tampoco puede pagar 5 millones. Es posible esa tacha, o incluso lo sería si se fijara un millón, pero no podemos abstraernos de la realidad del mercado en la que el jugador ha optado voluntariamente incorporarse y seguir sus dictados, ya que es dentro de esta perspectiva donde se establecen los parámetros que pueden ayudar a determinar el quantum indemnizatorio, puesto que tanto los jugadores profesionales, como los clubes que participan en las categorías profesionales de fútbol, como las marcas comerciales o deportivas que patrocinan equipos y jugadores, se mueven en un mercado donde las*

retribuciones (sueldos, primas, derechos de imagen, etc.), los patrocinios, y en general cuantos recursos económicos se mueven alrededor del fútbol profesional, manejan cifras absolutamente impensables en un mercado que estrictamente regule relaciones laborales, por muy especiales que sean, de tal forma que se ha tenido en cuenta, como factor a considerar, las cuantías que se llegan a pagar por otros deportistas”.

6º El caso Gamboa

Traemos al análisis la Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Oviedo de 26 de noviembre de 1988, dictada en el conflicto individual planteado por el futbolista del Oviedo Fernando Andrés Gamboa, por el que el Juzgado exime de la obligación de abonar al club su cláusula de rescisión. El jugador tenía contrato en vigor con el Real Oviedo SAD y durante la pretemporada el nuevo entrenador del equipo le comunicó que no contaba con él como jugador del primer equipo, aduciendo razones deportivas. El club procedió al fichaje de otro jugador para su puesto (defensa central) lo cual determinó que Gamboa no fuera inscrito por el Real Oviedo en la Liga Nacional; adicionalmente se comunicó al jugador que debía dejar de entrenar con el primer equipo, por cuanto ante esta situación el futbolista solicita la extinción del contrato que le vincula con el club por la causa contemplada en el artículo 50.1 letra a) del Estatuto de los Trabajadores, es decir, por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, considerando que las mismas redundan en perjuicio de su formación profesional y menoscaban su dignidad, perjuicios entre los que la jurisprudencia incluye el de no asignar al trabajador ocupación efectiva, con agravio y menosprecio de su dignidad. El Juzgado estima en la demanda interpuesta por el jugador y declara la extinción de la relación laboral, considerando que su exclusión de los entrenamientos ha dado lugar a una falta de ocupación efectiva, la cual implica a su vez una modificación sustancial en las condiciones de trabajo, modificación considerada por el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores como una justa causa para que el trabajador solicite la extinción de su contrato, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 16.2 del Real Decreto 1006/1985, declara que el futbolista debe ser resarcido por los perjuicios que se le han ocasionado, fijando la indemnización que debe pagar el club en 40.600.000 pesetas.

En todo caso, lo más relevante de esta sentencia, es que deja entrever que la falta de ocupación efectiva y la consecuente existencia de una causa que permita al jugador solicitar la extinción de su contrato sin abonar la cláusula de rescisión, supone que la referida cláusula no puede afectar al derecho al trabajo del jugador, que no puede verse privado de la posibilidad de buscar su fichaje por otro club y de desarrollar su trabajo por el hecho de no poder hacer frente a dicha cláusula.

7º Pautas doctrinales

Cardenal Carro⁴⁶⁷ expone que la libertad de elección de profesión u oficio garantizada en el art. 35.1 CE quedaría afectada en el supuesto de que el deportista profesional quisiera extinguir, sin causa ni motivo, el contrato de trabajo que le une con su club o entidad deportiva por una razón diferente que la de cambiar a otro club o entidad, así como en el caso de que deseara abandonar la profesión, puesto que en estas circunstancias las elevadas cifras de las cláusulas de rescisión suponen que intentar llevar a la práctica este deseo, se imposibilite y transforme en una auténtica

⁴⁶⁷ M.CARDENAL CARRO: *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, 1996, pág 305.

obligación de trabajar. Rubio Sánchez⁴⁶⁸ entiende que en el supuesto de que un deportista profesional decidiese abandonar el club o entidad deportiva, para dedicarse a cualquier actividad distinta de la deportiva, quedaría fuera del pago de la indemnización.

Así, y además de la incidencia de las cláusulas de rescisión, en el derecho a la libre elección de profesión u oficio, se hace necesario analizar su repercusión en el derecho a la promoción a través del trabajo, derecho también reconocido en el art. 35.1 CE. El planteamiento a este respecto gira en torno a determinar si la existencia de una elevada cláusula de rescisión puede resultar contraria a este derecho cuando el deportista recibe una oferta de otro club o entidad deportiva y ve imposibilitado el poder aceptarla por no poder afrontar al pago de la cláusula de rescisión; frecuentemente este tipo de cláusulas suponen un obstáculo para el progreso económico de los deportistas, pues el hecho de no poder abonar la cantidad estipulada de las cláusulas les impide desvincularse del club para el que prestan sus servicios aunque el que pretenda su contratación les ofrezca una mejora económica.

Para el análisis y estudio de esta cuestión, debemos estar a lo dispuesto tanto en el art. 4.2 ET que versa de los derechos laborales básicos, como a los arts. 23 al 25 de este mismo texto legal, recordando que el art. 23 regula el derecho la promoción y formación profesional en el trabajo, el art. 24 de los ascensos, y el art. 25 de la promoción económica.

Expuesto los preceptos donde se recogen los derechos de los trabajadores en el ámbito del deporte profesional resulta de difícil solución la situación que se produce cuando un deportista profesional se ve obligado a rechazar una mejor oferta económica de otro club por el obstáculo que supone una elevada cláusula de rescisión. Es en casos como éste donde cabe plantearse si se podría estar vulnerando el derecho a la promoción económica del trabajador; y la solución no resulta de fácil, dada la ambigüedad del art. 35.1 CE; y a lo dispuesto en el art. 25 ET del que parece desprenderse una respuesta negativa, por cuanto el derecho del trabajador a la promoción económica se concibe en dicho precepto en relación a su propio puesto de trabajo, habiendo sido ésta la interpretación de la doctrina mayoritaria, que considera que el derecho a la promoción económica hace referencia a la posibilidad de que se pacten complementos de antigüedad para el trabajador.

De acuerdo con este posicionamiento doctrinal y trasladándolo al ámbito del deporte profesional, si se considerase que el derecho a la promoción económica se refiere tan solo al progreso dentro del club o entidad deportiva en el que el deportista profesional presta sus servicios, ninguna contravención de dicho precepto supondría el establecimiento de una elevada cláusula de rescisión; pero existe la posibilidad de interpretar que el derecho a la promoción del deportista profesional va más allá de su propio club o entidad deportiva, es decir, que trasciende el vínculo jurídico que le une; así bajo esta interpretación, el establecimiento de una cláusula de rescisión excesivamente elevada podría imposibilitar que el deportista profesional aceptara una mejor oferta económica de otro club o entidad deportiva y con esta situación vulnerar su derecho a la promoción económica.

También se ha planteado si las elevadas cláusulas de rescisión podrían conculcar este derecho en conexión con otro de los reconocidos a los trabajadores: el derecho a la ocupación efectiva. El problema surge cuando una elevada cláusula de

⁴⁶⁸ F.RUBIO SÁNCHEZ: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Ed. Dykinson.

rescisión impide a un deportista profesional contratar con otro club o entidad deportiva si no son titulares en sus equipos de procedencia, y sí lo serían en aquel otro que pretende su contratación; pues bien aquí entraría en juego y quedaría afectado el derecho a la promoción profesional; a este respecto entiende RUBIO SÁNCHEZ, al referirse a las cláusulas de rescisión, que “*el posible detrimento del derecho a la ocupación efectiva, o, más concretamente, a la promoción profesional, que pudiera suponer el hecho de no ser tenido en cuenta habitualmente a la hora de la disputa efectiva de los encuentros de competición con el club o entidad deportiva en el que venga prestando sus servicios*”⁴⁶⁹.

Es importante tener en cuenta que el derecho a la ocupación efectiva de los deportistas profesionales aparece recogido en el art. 7.4 del RD 1006/1985, y si bien será objeto de estudio en otras páginas, es necesario hacer referencia ahora por cuanto su afectación podría suponer también una vulneración de los derechos reconocidos en el art. 35.1 CE. Entendemos a la luz de los preceptos expuestos que la vulneración del derecho a la ocupación efectiva únicamente tendría lugar en aquellos casos en que el deportista profesional fuese excluido de los entrenamientos o de cualquier otra actividad preparatoria sin justa causa que lo justificara, si bien no se entendería así, pues nada se recoge, de que la vulneración de este derecho se produzca por el hecho de que el deportista no participe como titular en los partidos. Al hilo de lo expuesto, la jurisprudencia ha interpretado, en los términos expuestos, que la exclusión de los entrenamientos sin motivo justificado supone una vulneración del derecho a la ocupación efectiva, vulneración que no tiene lugar en el caso de que el deportista no resulte alineado para participar en los correspondientes encuentros que celebre el club o entidad deportiva.

b. Extinción causal

Para finalizar la aproximación al art. 16 RD 1006/1985, ha de considerarse el contenido que el reglamento presenta en el apartado 2 de ese precepto, y que constituye la segunda modalidad nominada de resolución del contrato por voluntad del trabajador, a saber, la extinción causal del contrato por voluntad del deportista profesional.

1º Régimen general

Al efecto es plena la validez de lo dispuesto en los arts. 49.1.j) y 50 ET, pues el RD 1006/1985 remite a estas disposiciones, en su integridad, a la hora de realizar un listado de los posibles motivos que se consideren hábiles para la extinción causal del contrato. Sólo en régimen indemnizatorio es mínima la diferencia que debe salvarse, pues frente a lo dispuesto en el art. 50.2 ET, aquí se dispone la misma indemnización que la correspondiente para los supuestos de despido improcedente, sin readmisión, del deportista profesional⁴⁷⁰.

Hay que situarse, pues, ante el supuesto de solicitud por parte del trabajador –deportista profesional– de extinción de su contrato de trabajo por alguna de las “causas justas” que, a tenor en lo dispuesto en el art. 50 ET, viabilizan tal petición, y

⁴⁶⁹ F.RUBIO SÁNCHEZ: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, 2002, Ed. Dykinson.

⁴⁷⁰ Igual postura adoptó el RD 318/1981. Únicamente se observan ligeras mejoras técnicas en su redacción; así, se disponía en el art. 11.2 de la norma sustituida que “La dimisión del deportista profesional fundada en incumplimiento grave del contrato por parte del club o entidad deportiva producirá los mismo efectos del despido improcedente sin readmisión”.

a las que *supra* se ha hecho referencia en tanto en cuanto se interpretan para la relación laboral común, que es su ámbito natural y originario. Al entenderse completamente aplicables esas disposiciones y los criterios hermenéuticos aludidos, no queda sino ocuparse, aunque sea brevemente, de algunas especialidades que se aprecian en la relación laboral deportiva.

En cuanto a las “modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o menoscabo de su dignidad” [art. 50.1 a) ET], la doctrina de suplicación ha entendido que es el inciso que debe acoger una de las manifestaciones más típicas de esta problemática en la contratación deportiva: la falta de ocupación efectiva del trabajador.

Con independencia del criterio judicial que en las líneas posteriores se expondrá y analizará, se entiende que la situación a que da lugar que el deportista carezca de la licencia deportiva exigida para la participación en la competición constituye un supuesto de hecho subsumible en el apartado c) art. 50.1 ET, al no suponer tal vicisitud modificación sustancial alguna, por lo que simplemente se trataría de un incumplimiento grave del empresario, como lo es sin duda la falta de ocupación efectiva.

Tampoco, pese a que se haya discutido, cabe amparar bajo esta modalidad extintiva hipotéticas solicitudes de resolución del contrato de trabajo inspiradas en descensos de categoría –otra cuestión es que puedan habilitar otra modalidad de extinción del contrato de trabajo, si se hubieran pactado válidamente entre las partes [art. 13.g) RD 1006/1985] –, ya que se trata de circunstancias típicas y connaturales al fenómeno deportivo, no decididas por el empresario y que no suponen entonces modificación sustancial alguna⁴⁷¹.

En realidad, aunque este y otros supuestos hayan sido planteados en ocasiones ante los órganos de justicia como incardinables en la causa del primer inciso del artículo 50 ET, lo cierto es que no es fácil imaginar, en la práctica, un caso en que la empresa deportiva precise realizar modificaciones de las que constituyen la premisa para la aplicación de este precepto. Únicamente la participación con el equipo filial podría revestir esa condición, y es algo que ha suscitado la atención de la doctrina de otros países como Portugal o Italia de forma muy viva, pero en nuestro país apenas se ha discutido sobre un particular que, por otro lado, tampoco sucede en el ámbito práctico.

2º Irregularidades retributivas

En segundo lugar, “la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado” (art. 50.1. b) ET) puede abrir la puerta a la solicitud, por parte del deportista profesional, de extinguir el contrato basado en “justa causa”. La relación laboral deportiva no necesita de prácticamente ninguna matización en relación con lo mantenido por la Jurisprudencia para el régimen común, si bien pueden traerse aquí a colación las reflexiones de la doctrina sobre un supuesto en el que la adaptación a un mercado de trabajo peculiar puede no ser la más acertada, así como las previsiones que en materia de “derechos y obligaciones de las partes” dispone el

⁴⁷¹ En este sentido, analizando los supuestos de crisis económicas del club o entidad deportiva M. CARDENAL CARRO: *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, 1996, cit., pág. 253 y ss.

apartado 5 art. 7 RD 1006/1985⁴⁷², puesto en relación con el art. 4.2. f) ET, que garantiza como derecho laboral básico del trabajador “La percepción de la enumeración pactada o legalmente establecida”⁴⁷³.

3º Cláusula abierta

Para finalizar, en la cláusula residual del apartado c) art. 50.1 ET que alude a “Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario”, algún autor ha incluido los supuestos de falta de ocupación efectiva⁴⁷⁴, lo que de acuerdo con las razones *supra* expuestas constituye la opción más correcta.

Como es sabido, para la aplicación de este precepto han de concurrir dos requisitos: incumplimiento contractual grave por parte del empresario no comprendido en los apartados a) y b) del art. 50 ET, y que éste sea, a la vez, voluntario, excluyéndose por tanto los casos de fuerza mayor.

Constituye unos de los supuestos más comunes enjuiciados por los Tribunales del Orden Social en cuanto a la relación laboral especial de los deportistas profesionales –y por ello se cuenta ya con un grupo significativo de Sentencias–, la alegación y pretensión de extinción del contrato de trabajo deportivo en los casos en que el afectado entiende que no se le está asignando ocupación efectiva, al haberle dejado sin entrenar con sus compañeros o sin ficha; como se ha dicho, no es extraño que se haya pretendido entener que supone el caso regulado en el apartado a) del mismo precepto, pues al tiempo se sostiene que esas actuaciones del club o entidad deportiva constituirán un agravio o menoscabo de su dignidad. Lo cierto es que, pudiendo ser así, el hecho de que se afecte a la dignidad del trabajador podrá constituir un elemento a valorar dentro de la gravedad del incumplimiento por el empresario de sus obligaciones que constituye el tipo, pero, como hubo ocasión de reseñar, para que se de el supuesto del apartado a) también debe existir una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que no está presente en este caso.

4º Conexión con la ocupación efectiva

El art. 7.4 RD 1006/1985 señala que “Los deportistas profesionales tienen derecho a la ocupación efectiva, no pudiendo, salvo en caso de sanción o lesión, ser excluidos de los entrenamientos y demás actividades instrumentales preparatorias para el ejercicio de la actividad deportiva”. Se trata de la concreción del derecho que para las relaciones laborales comunes consagra el art. 4.2 a) ET y que se entiende que protege frente a la obstaculización o impedimento de la prestación laboral por parte del empresario, lo que, en el caso de los deportistas profesionales presenta unas particularidades específicas, como ha manifestado la doctrina de los Tribunales⁴⁷⁵.

El deportista profesional, como ha debido ser advertido ya en varias ocasiones a lo largo de este estudio, se encuentra sujeto durante la vigencia de su contrato de trabajo a un cúmulo de normativas de distintos órdenes, en el que junto a la regulación laboral desempeñan un papel principal por el contexto en el cual se

⁴⁷² Art. 7.5 RD 1006/1985: “Serán aplicables a esta relación laboral especial los derechos y deberes básicos previstos en los artículos 4º. y 5º del Estatuto de los Trabajadores”.

⁴⁷³ Un ejemplo sobre el particular, en la STSJ Castilla-La Mancha 7 julio 2000 (AS 2000/4146).

⁴⁷⁴ Encuadrándolos dentro de este “cajón de sastre” de motivos posibles M CARDENAL CARRO: *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, cit., pág. 251 y ss.

⁴⁷⁵ Por ejemplo, STSJ Galicia 9 junio 1997, AS 1997/1870.

desarrolla su prestación las normas deportivas de las diferentes Federaciones; pese a su inferior rango normativo, recuérdese incluso que existe una habilitación expresamente contemplada en el artículo 1.5 RD 1006/1985 para que desempeñen esa función normativa en aspectos importantes y de forma coordinada, no enfrentada, con el propia Reglamento laboral.

Particularmente, y a la luz de lo preceptuado en el artículo 32.4 de la LD en relación con ese artículo 1.5 RD 1006/1985 citado, resulta requisito ineludible para los deportistas que quieran participar en la competición estar en posesión de una licencia deportiva expedida por la correspondiente Federación⁴⁷⁶.

Junto a ello, otro dato importante que debe tenerse en cuenta para afrontar esta cuestión es que, como un método para ahorrar gastos y procurar que el desnivel económico no se traslade sin más al plano deportivo, resulta que no es infrecuente que las Ligas Profesionales y/o las Federaciones deportivas, según los casos, a través de sus normas estatutarias o reglamentarias, limiten numéricamente los jugadores que se pueden inscribir anualmente en las competiciones oficiales.

La mezcla de estas dos regulaciones supone que puedan encontrarse deportistas con contrato en vigor pero sin “ficha”, lo que lleva a plantearse qué sucede en esos casos en los que un trabajador se encuentre, vigente la relación laboral, en la franja excedente fijada por la asociación deportiva organizadora de la competición, no pudiendo disponer, por tanto, de la posibilidad de ser inscrito en la competición y, por ende, inhabilitado para disputarla, por carecer de la licencia deportiva que legalmente se exige a tal efecto.

En estos supuestos, ha de entenderse que, aun basándose el club o entidad en razones deportivas, la no tramitación de la licencia deportiva que habilita al deportista para desarrollar su actividad en las competiciones oficiales supone un grave perjuicio, que más allá de que en ocasiones afecte a su formación o habitualmente pueda suponer un menoscabo de su dignidad, lo que sería algo accidental, agrede de forma directa e incontestable a su derecho a la ocupación efectiva. En efecto, el trabajador contempla como se le niega hasta la posibilidad de participar en un futuro en el campeonato y desarrollar el trabajo para las que ha sido contratado.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 9 de junio de 1997 resuelve el conflicto planteado entre un jugador de baloncesto y el Orense Baloncesto SAD. El supuesto es que el entrenador del equipo apenas cuenta con el jugador en los partidos de entrenamiento, por lo que el jugador acude al Juzgado de lo Social de Orense, solicitando que se declare extinguida su relación laboral considerando que se ha vulnerado el derecho a la ocupación efectiva prevista en el artículo 7.4 del Real Decreto 1006/1985 *y que establece que los deportistas profesionales tienen derecho a la ocupación efectiva, no pudiendo, salvo en caso de sanción o lesión, ser excluidos de los entrenamientos y demás actividades instrumentales o preparatorios para el ejercicio de la actividad deportiva*. El

⁴⁷⁶ “Para la participación en competiciones deportivas oficiales, de ámbito estatal, será preciso estar en posesión de una licencia deportiva, expedida por la correspondiente federación deportiva española, según las condiciones y requisitos que se establecerán reglamentariamente. Las licencias expedidas por las federaciones de ámbito autonómico habilitarán para dicha participación cuando éstas se hallen integradas en las federaciones deportivas españolas, se expidan dentro de las condiciones mínimas de carácter económico que fijen éstas y comuniquen su expedición a las mismas”.

trabajador acciona solicitando la extinción del contrato de trabajo conforme a lo establecido en el artículo 50.1 a) del Estatuto de los Trabajadores. El Juzgado de lo Social desestima la demanda, el jugador recurre en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El TSJ razona que *“el entrenador, al utilizar tan solo a los 10 mejores jugadores en los partidos de entrenamiento resulta evidente que con su conducta ha infringido el artículo 7.4 del Decreto citado, en el que se establece que los deportistas profesionales tienen derecho a la ocupación efectiva [...] no pudiendo ser excluidos de los entrenamientos y demás actividades instrumentales o preparatorias para el ejercicio de la actividad deportiva. Actividad empresarial que obviamente crea una situación de menoscabo profesional con el consiguiente perjuicio para su formación profesional, lo que no excluye que pueda el club o el entrenador prescindir de los servicios del jugador cuando se trate de celebrar partidos ante el público, por considerar que de esa manera se pueden obtener mejores resultados, pero en ningún caso le puede negar la participación en los entrenamientos, ni apartarlo de las demás actividades instrumentales o preparatorias para el ejercicio de la actividad deportiva, precisamente para mantener la forma adecuada para cuando deba participar en el equipo”*.

Por la Sala se entiende que se produce la vulneración del derecho a la ocupación efectiva y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 ET se reconoce no solo el derecho a rescindir su contrato de trabajo con extinción de la relación laboral sino también el derecho a percibir las indemnizaciones que le corresponderían para el supuesto de que fuera despedido de forma improcedente, ex art. 50.2 ET.

5º El Caso Albelda

Un supuesto límite respecto de lo enunciado en los epígrafes anteriores lo ha constituido la SJS nº.13 de Valencia 29 febrero 2008⁴⁷⁷. En este fallo judicial, nacido a raíz de la solicitud de extinción del contrato de trabajo deportivo por parte del jugador del Valencia CF, SAD, David Albelda, se ha examinado la situación de un deportista profesional con licencia en vigor, apartado parcialmente de los entrenamientos de su club de manera regular y sobre el que pesaba una amenaza real y seria de no contar deportivamente en un futuro⁴⁷⁸.

La resolución judicial referenciada desestima la solicitud del deportista profesional contra el Valencia CF SAD, en base a que la supuesta falta de ocupación efectiva que le afectaría es razón de una decisión técnica que finalmente no es asumida por el sujeto que ostenta el verdadero poder de dirección en el marco de esta relación laboral especial: el empresario deportivo. Sin perjuicio de los hechos probados declarados en la sentencia y de la cuestionable premisa relativa al ejercicio del poder de dirección, que en última instancia han condicionado el fallo, puede extraerse una conclusión que confirma doctrina judicial precedente: la falta de ocupación efectiva del deportista no sólo es constatable cuando no dispone de licencia deportiva para participar en la competición, sino también cuando la

⁴⁷⁷ Sentencia nº. 79/08, Autos 10/2008.

⁴⁷⁸ En el caso que nos ocupa, los hechos enjuiciados tiene su origen en la decisión adoptada por el entrenador Ronald Koeman, comunicaba verbalmente a David Albelda el día 18.12.2007, que le dijo que no lo iba a convocar más, tras haber comunicado el Entrenador al Presidente Sr. Soler el día anterior su decisión de no convocarlo.

imposibilidad real de participación en algún momento en la competición resulta absolutamente probada⁴⁷⁹, pese a que jurídicamente fuera posible.

Entiende la sentencia que del examen del RD 1006/1985 y del Convenio Colectivo se desprende que el derecho a la ocupación efectiva obliga a la empresa a “*no excluir al futbolista de los entrenamientos*”, que son decididos por el club o el entrenador, y que los entrenamientos “*se realizarán en forma colectiva*”, salvo causa justificada comunicada por escrito al futbolista; y añade que del tenor literal del art.7.4 se deduce, que no basta con que el deportista participe en los entrenamientos para que el club cumpla con su obligación de darle ocupación efectiva, pues estos entrenamientos y tienen una finalidad, que no es otra que la participación en el ejercicio de la actividad deportiva; a su juicio, aunque el futbolista no tenga garantizado el derecho a la participación en los encuentros propios de las competiciones oficiales –pues la alineación debe decidirla la empresa o el entrenador mediante decisiones técnicas que el jugador viene obligado a cumplir (art.7.1 R/D)–, lo que sí existe es un derecho del deportista a tener oportunidad de participar en los partidos de fútbol que se disputen, pues el entrenamiento y demás “*actividades instrumentales*”, que forman parte de la ocupación del deportista, tiene una finalidad, que no es otra que “*el ejercicio de la actividad deportiva*”, siendo los méritos del jugador y las decisiones técnicas del club los que determinarán finalmente si esa oportunidad de participar se alcanza con éxito; pero no pudiéndose privar al jugador de toda expectativa, eliminando todas las posibilidades de alcanzar la alineación por muchos que llegaran a ser sus méritos.

Es evidente, razona el juzgador, que si la decisión de la empresa hubiera sido la de comunicar al Sr. Albelda y sus compañeros que nunca más iban a ser convocados, podríamos encontrarnos ante un supuesto de “*falta de ocupación efectiva*”, derecho básico que corresponde a todo trabajador (art.4.2.a) el ET), y también a los deportistas profesionales –como es el caso del demandante–, en aplicación del art. 7.4 del R/D 1006/1985, pues no sería suficiente, como antes se ha razonado, con la participación en los entrenamientos, al privarse de esta forma de la expectativa de poder ejercer su actividad deportiva, dado el carácter “*instrumental*” que tiene los entrenamientos⁴⁸⁰.

Entiende por tanto el juzgador en relación a la Extinción del Contrato contemplada en el art. 50.1.a) ET que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo no autoriza, por sí, la acción resolutoria del art. 50 ET; sino que se requiere un perjuicio que debe precisamente afectar a la dignidad o a la formación

⁴⁷⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Noveno (Sentencia del Juzgado de lo Social nº. 13 de Valencia, de 29 febrero 2008).

⁴⁸⁰ Así las cosas, la decisión de no convocar nunca más al jugador se toma por el entrenador, y no podemos olvidar que esta decisión sobre el “*deportista profesional*”, como tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia; es una de las competencias del entrenador, no recogidas en el correspondiente contrato, pues en este no figuran las de convocar o no un jugador, sino únicamente la confección de la lista de jugadores convocados para los partidos, así como la designación de los que debe alinearse (así estipulado en el Pacto 7º del Contrato del Sr. Koeman). Es decir que esta decisión del entrenador, deportista profesional sujeto a la disciplina del Club, se adopta por él y se comunica al jugador, también deportista profesional, y no se ve confirmada por la empresa, el Valencia CF, como manifiesta su Presidente y máximo accionista Sr. Soler, al que corresponde el poder de dirección empresarial y la última palabra confirmando o no la decisión del entrenador de dejar de convocar al jugador con carácter definitivo, confirmación que no se ha producido, por lo que no puede interpretarse que la decisión tomada el 18.12.07 conculque el derecho del demandante a la ocupación efectiva.

profesional, y reseña la sentencia del TS de 8/02/1993 que entiende significativo lo dispuesto en el art. 41.3 del ET que establece que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, si perjudica al trabajador, es preciso para que entre en juego la aplicación del artículo 50, que el 41 no excluye, que redunde en perjuicio de la formación o de la dignidad del trabajador.

La jurisprudencia ha establecido que el incumplimiento del empresario ha de ser grave, es decir, hacer referencia a lo esencial de lo pactado y ser de tal índole que, en términos generales, frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió, así aplicando al presente caso la doctrina que se ha citado en relación con la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la conclusión, que por el juzgador se anticipa es que no procede estimar que los hechos sean constitutivos de incumplimientos voluntarios y graves de las obligaciones del empresario, que justifiquen la extinción del contrato. Así, los cambios que se dicen introducidos en relación con la convocatoria, a los que se atribuye la finalidad de conseguir que el Sr. Albelda y sus dos compañeros entrenen en solitario en Paterna; forman parte de las competencias que tiene atribuidas el entrenador en el contrato suscrito con el Valencia, es por cuanto no se considera probado en el caso que se contempla un comportamiento empresarial que pueda considerarse justa causa para poner fin a la relación laboral especial a través del supuesto contemplado en el art. 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.

6º La realidad más frecuente

Otra de las situaciones recurrentes, en este caso durante los períodos estivales previos al inicio de la competición, viene dada porque el cuerpo técnico realice “descartes”, bien porque haya cambiado el entrenador y por tanto existan nuevas preferencias sobre la plantilla, bien porque se haya producido la incorporación de nuevos jugadores que requieran desplazar a otros.

De esta manera, por razones en principio estrictamente deportivas, se advierte al jugador que “no se cuenta con él”, y se le invita a buscarse otro equipo al que marchar cedido o traspasado, pues o bien no tendrá ficha, o, en cualquier caso, no será alineado en competición oficial, lo que aparte de ser escasamente atractivo para el trabajador, afecta directamente a su cotización si le llega ya el momento, al final de esa sesión, de realizar un nuevo contrato.

No existen supuestos en que este tipo de actitudes, realmente presiones, se hayan llevado hasta los Tribunales de Justicia, para que valoren la manera en que la ocupación efectiva del trabajador es afectada, o si son violados otros derechos suyos. Tampoco en el caso de que en ese momento, pero también a veces durante la propia temporada, a un jugador se le advierta, pública o privadamente, que no se volverá a contar con él.

Lo cierto es que mientras se cuente con la ficha y no se impida al trabajador desempeñar los entrenamientos al mismo ritmo y de igual manera que el resto de la plantilla, las resoluciones judiciales han entendido que no cabe solicitar por parte del deportista profesional la resolución del contrato imputando un incumplimiento al club o entidad deportiva por negarle la ocupación efectiva debida, “dado que es incuestionable que la organización de los clubes [de fútbol en este caso] impone en muchas oportunidades, ocasionales restricciones de determinados jugadores profesionales, derivados de contingencias subjetivas u objetivas, consecutivas a su

capacidad, destreza y habilidad física en un momento dado, más o menos prolongado”⁴⁸¹, siempre y cuando se respeten las previsiones del art 39.2 y 3 ET.

Por último es preciso recordar que la voluntad del trabajador de extinguir la relación laboral, en los casos en que concurra alguno de los supuestos que se contemplan en el art. 50 ET, es requisito necesario pero no suficiente para que se produzca esa efectiva finalización del contrato de trabajo. En principio se requiere también que los Tribunales del Orden Social dicten una “Sentencia constitutiva”, a partir de cuya firmeza se entiende resuelto, definitivamente, el contrato de trabajo.

7º El Tribunal Supremo

A este respecto noticia el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de abril de 2010 la negativa del Club a que pertenece un jugador profesional de tramitar su licencia federativa constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y una vulneración del derecho a la ocupación efectiva, y su regulación exige concretar el marco legal que regula las relaciones laborales de los deportistas profesionales con sus características esenciales, estableciendo, de una parte, la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por voluntad del deportista profesional prevista en los artículos 13.i) y 16.2 RD 1006/1985, conteniendo este régimen especial y singular de la relación laboral de los deportistas profesionales una nota característica y diferente al establecido en el Estatuto de los Trabajadores y consiste (art. 16 RD 1006/1985), en que la extinción del contrato por voluntad del deportista sin causa imputable al Club, por incumplimiento de las obligaciones empresariales, acarrea una indemnización al Club al que pertenece y del que pretende desvincularse de manera unilateral. Situación distinta al principio de libertad para extinguir el contrato que tiene la generalidad de los trabajadores, que viene limitada, generalmente, por un periodo de preaviso. A sensu contrario de lo establecido en el citado *artículo 16*, cuando la decisión extintiva del deportista profesional trae causa de un incumplimiento del Club, la compensación corresponderá al trabajador deportivo con los efectos de una indemnización por despido improcedente.

Hay que constatar que el art. 50 ET no establece, en forma literal, que la falta de ocupación efectiva sea motivo justo para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato. Este precepto, en su apartado a), se refiere a las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o el menoscabo de su dignidad. Sin embargo, el TS entiende que debe incluirse en dicho apartado la falta de ocupación efectiva en cuanto el repetido *artículo 4 E.T* reconoce a todos los trabajadores el derecho a la ocupación efectiva. Así se analiza si la no tramitación de la licencia federativa, equivale a falta de ocupación efectiva, por lo que, previamente, habrá que determinar en qué consiste la ocupación efectiva para un deportista profesional⁴⁸².

⁴⁸¹ Así se expresaba la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social en 15 marzo 1983 (RJ 1983/1161), resuelve el caso de un jugador profesional de fútbol perteneciente a la plantilla del Real Valladolid Deportivo que se vio obligado, por decisión empresarial, a realizar los entrenamientos y disputar los partidos oficiales con el Valladolid Promesas, equipo filial del primero.

⁴⁸² Así, y según lo dispuesto en el art. 7.4 RD 1006/1985, los deportistas profesionales tienen derecho a la ocupación efectiva, no pudiendo, salvo en caso de sanción o lesión ser excluidos de los entrenamientos y demás actividades instrumentales o preparatorias para el ejercicio de la actividad deportiva; lo que permite establecer desde una perspectiva literal, -primer canon interpretativo del art. 1281 del Código Civil- si puede entenderse que el deportista profesional no ...

Para el TS si el trabajador tiene la habilitación jurídica suficiente para participar en competiciones oficiales por estar en posesión de la pertinente y obligatoria licencia federativa, y no juega habitualmente por una decisión técnica impuesta por el entrenador del equipo, que no considera conveniente contar con su participación para disputar competiciones oficiales no se vulnera el derecho a la ocupación efectiva; si bien se matiza que dicha imposibilidad de participar en competiciones oficiales no puede tener su origen en una decisión técnica de quién tiene facultad para ello, sino que deriva de una “imposibilidad jurídica”, desde el momento en que al jugador profesional se le impide el acceso al presupuesto jurídico que le habilita para ello, cual es tramitar y estar de alta en la licencia federativa, pues esta omisión empresarial sí supone privar a un deportista profesional del derecho a ejercer normalmente su profesión. De otra parte, la acción de participar en los entrenamientos o sesiones técnicas del equipo únicamente constituye una actividad preparatoria para estar en las mejores condiciones en vista a participar en la competición oficial. Esta situación de baja, aunque se pueda modificar eventualmente en una temporada, supone excluir al deportista profesional de toda expectativa para poder ejercer su actividad principal con menoscabo para su formación, dignidad y futuro profesional. En estas condiciones, se vulneraría el derecho a la ocupación efectiva, y se asistiría a un incumplimiento grave de las obligaciones empresariales, que derivaría en una compensación económica que al Club, ante la extinción de la relación laboral instada por el jugador, por cuanto hecho de que el Club demandado no haya tramitado la pertinente licencia federativa del deportista profesional demandante, viola su derecho a la ocupación efectiva, en cuanto le priva de toda expectativa a participar en las competiciones oficiales.

tiene derecho a participar en los partidos oficiales que dispute su Club, pues la Ley solo habla de "entrenamientos y demás actividades instrumentales o preparatorias", pero, la Sala entiende, que habrá que estar a las situaciones que puedan derivarse en la aplicación del precepto y las diferentes consecuencias según se produzca o no la falta de ocupación efectiva.

VI. ASPECTOS COLECTIVOS

1. Medidas conflictivas

Por conflicto colectivo entendemos una controversia entre empresarios y trabajadores que comúnmente se manifiesta hacia el exterior y que tiene su origen en las relaciones laborales, lo que implica que dicho conflicto ha de hacer referencia a condiciones de trabajo de manera que quedarían al margen de este concepto aquellos que, aun teniendo su origen en el ambiente laboral, se refieren a materias extralaborales⁴⁸³. La posibilidad de que los deportistas profesionales puedan recurrir al procedimiento de conflicto colectivo aparece expresamente reconocida en el RD 1006/1985, cuyo art. 19 establece que *los conflictos que surjan entre los deportistas profesionales y sus clubes o entidades deportivas, como consecuencia del contrato de trabajo, serán competencia de la jurisdicción laboral*⁴⁸⁴.

Por su parte, las medidas de conflicto colectivo son aquellas vías de presión que se utilizan por los sujetos enfrentados para poner de manifiesto su disconformidad con la actitud de la parte contraria y de esta forma propiciar la búsqueda de una solución favorable a sus intereses. Dentro de este concepto de medidas de conflicto colectivo se incardinan tanto la huelga como otro tipo de medidas entre las que destacan el cierre patronal.

A) Introducción

Dos son los derechos laborales básicos reconocidos a los deportistas profesionales en virtud de la remisión que efectúa el art. 7.5 RD 1006/1985 y estos

⁴⁸³ Establece el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de junio de 1998 que *el proceso de conflicto colectivo es el idóneo para satisfacer las pretensiones que afecta a los intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que verse sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, o a una decisión o práctica de empresa. Para decidir si la pretensión determinada es de naturaleza plural o colectiva, habrá de estarse, fundamentalmente, a los términos en que aparezca redactado el petitum de la demanda. Sólo será colectivo el conflicto planteado cuando, con arreglo a lo pedido, la pretensión afecte a un conjunto de trabajadores como grupo genérico, estando afectados quienes pertenezcan a dicho grupo.*

⁴⁸⁴ En el ámbito del deporte profesional se han planteado en diversas ocasiones conflictos colectivos. Uno de ellos es el resuelto por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1997, que desestima el recurso interpuesto por la Asociación de Baloncestistas Profesionales contra otra sentencia, en la que determina que la jurisdicción social no puede suplantar la voluntad de las partes negociadoras de un convenio colectivo, ni integrar y complementar, con carácter general, la normativa reglamentaria y convencional existente para regular un supuesto de hecho no expresamente contemplado, ni resolver consultas sobre supuesto en los que no exista un conflicto real entre las partes. En este sentido establece que "denegada la revisión fáctica desaparece el presupuesto de existencia de un conflicto real entre las partes que justificaría una decisión judicial actual en este tipo de procedimiento, pues como se ha puesto de relieve por la jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en la STS/IV 24-VI-1997 (recurso 2697/1996), "el proceso de conflicto colectivo presupone la existencia de una situación conflictiva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 155.1 de la LPL" y "este cauce procesal no debe, por tanto, ser utilizado como un procedimiento de consulta a los órganos de la jurisdicción social sobre unas u otras hipótesis interpretativas en supuestos en que no se ha producido en realidad, o no se ha producido todavía, una concurrencia de pretensiones incompatibles de dos o más sujetos", lo que acontece cuando de los hechos probados no se constata que haya ya existido un desacuerdo real entre las partes y siendo ello así el proceso de conflicto colectivo planteado carece de sustrato real".

son el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo y el derecho de huelga, que derivan del art. 4.1 ET⁴⁸⁵, en la letra d) el primero y en la letra e) el segundo de ellos.

Estos derechos además de ser de carácter básico y reconocidos a todos los trabajadores, son dos derechos que tienen reconocimiento constitucional: el primero de ellos incluido dentro de la Sección II del Capítulo II del Título I del texto constitucional (“De los derechos y deberes de los ciudadanos”)⁴⁸⁶ y el segundo dentro de la Sección I del propio Capítulo II del mismo Título (“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”)⁴⁸⁷.

El reconocimiento de estos derechos de forma independiente en la Constitución puede dar lugar a cierta confusión, puesto que el segundo de ellos puede entenderse incluido dentro del primero, si bien y para dilucidar esta cuestión, se ha de tener en cuenta el necesario distingo a realizar entre los conflictos colectivos y las medidas de conflicto colectivo. Así, por conflicto colectivo entenderemos una controversia entre empresarios y trabajadores que comúnmente se manifiesta hacia el exterior y que tiene su origen en las relaciones laborales, lo cual implica que dicho conflicto hará referencia a condiciones de trabajo quedando al margen de este concepto aquellos que, aun teniendo su origen en el ambiente laboral, se refieren a materias extralaborales⁴⁸⁸. La posibilidad de que los deportistas profesionales puedan recurrir al procedimiento de conflicto colectivo aparece expresamente reconocida en el Real Decreto 1006/1985, cuyo artículo 19 establece que “*los conflictos que surjan entre los deportistas profesionales y sus clubes o entidades deportivas, como*

⁴⁸⁵ Este precepto recoge los derechos laborales y concretamente su punto primero, establece cuales de estos derechos tienen carácter básico.

⁴⁸⁶ El art. 37.2 CE establece que “se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La Ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad”. La ubicación de este artículo determina que su tutela se lleve a cabo a través de un procedimiento ordinario, sin carácter preferente y sumario, y, en su caso, mediante el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

⁴⁸⁷ El art. 28.2 CE establece que “se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”. La ubicación de este precepto determina que este derecho, como derecho fundamental hace que el mismo sea tutelable en primer lugar a través de un procedimiento preferente y sumario para la tutela de los derechos fundamentales ante el orden jurisdiccional que corresponda y, en su caso, ante el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo, en virtud de lo establecido en los puntos 1 y 2 del artículo 53 de la Constitución Española. Además, respecto a este derecho existe una reserva de Ley Orgánica a tenor de lo establecido en el artículo 81 del propio texto constitucional, Ley que presenta la particularidad de que para su aprobación, modificación o derogación se exige la mayoría absoluta del Congreso, tal y como establece el punto 2 del referido art. 81.

⁴⁸⁸ El Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de junio de 1998 establece que “*el proceso de conflicto colectivo es el idóneo para satisfacer las pretensiones que afecta a los intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que verse sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, o a una decisión o práctica de empresa. Para decidir si la pretensión determinada es de naturaleza plural o colectiva, habrá de estarse, fundamentalmente, a los términos en que aparezca redactado el petitum de la demanda. Sólo será colectivo el conflicto planteado cuando, con arreglo a lo pedido, la pretensión afecte a un conjunto de trabajadores como grupo genérico, estando afectados quienes pertenezcan a dicho grupo*”.

*consecuencia del contrato de trabajo, serán competencia de la jurisdicción laboral*⁴⁸⁹.

El derecho de huelga, contenido en el art. 28, por mandato del referido precepto constitucional deberá ser regulado por ley orgánica, admitiéndose su tutela por los tribunales ordinarios por el procedimiento de preferencia y sumariedad de que habla el artículo 53 y el recurso de amparo ante este Tribunal. El legislador quiso que el derecho de huelga se ubicara con los derechos fundamentales, mientras que el derecho de adopción de medidas de conflicto carece de esta categoría.. Es verdad que toda huelga se encuentra muy estrechamente unida a un conflicto colectivo, pero en la configuración del artículo 28 la huelga no es un derecho derivado del conflicto colectivo, sino que es un derecho de carácter autónomo. Además, las limitaciones que el artículo 37 permite son mayores que las que permite el art. 28, ya que literalmente menciona las limitaciones que la ley puede establecer.

De otra parte, las medidas de conflicto colectivo son aquellas vías de presión que se utilizan por los sujetos enfrentados para manifestar su disconformidad con la actitud de la parte contraria y de esta forma propiciar la búsqueda de una solución favorable a sus intereses; así, y dentro de este concepto de medidas de conflicto colectivo se incardinan tanto la huelga como otras medidas, como el cierre patronal.

B) La huelga

Adquiere todo su relieve cuando ésta actúa como medida de presión por los trabajadores para la defensa de sus derechos laborales⁴⁹⁰. Así, la Constitución Española lo ha reconocido como un derecho autónomo, otorgándole además el carácter de derecho fundamental; por el contrario, el resto de medidas⁴⁹¹ carecen de esta protección y relevancia.

⁴⁸⁹ En el ámbito del deporte profesional se han planteado en diversas ocasiones conflictos colectivos. Así el resuelto por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1997, que desestima el recurso interpuesto por la Asociación de Baloncestistas Profesionales contra la sentencia, en la que determinaba que la jurisdicción social no podía suplantar la voluntad de las partes negociadoras de un convenio colectivo, ni integrar y complementar, con carácter general, la normativa reglamentaria y convencional existente para regular un supuesto de hecho no expresamente contemplado, ni resolver consultas sobre supuesto en los que no exista un conflicto real entre las partes, estableciendo que *“denegada la revisión fáctica desaparece el presupuesto de existencia de un conflicto real entre las partes que justificaría una decisión judicial actual en este tipo de procedimiento, pues como se ha puesto de relieve por la jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en la STS/IV 24-VI-1997 (recurso 2697/1996), el proceso de conflicto colectivo presupone la existencia de una situación conflictiva, y este cauce procesal no debe, por tanto, ser utilizado como un procedimiento de consulta a los órganos de la jurisdicción social sobre unas u otras hipótesis interpretativas en supuestos en que no se ha producido y siendo ello así el proceso de conflicto colectivo planteado carece de sustrato real”*.

⁴⁹⁰ Como la manifestación más profunda del descontento de los trabajadores con las condiciones de trabajo bajo las cuales desempeñan sus funciones, la misma debe entenderse como la paralización, total o parcial, de las actividades en una empresa o en sus distintos sectores, de una categoría profesional o de una de sus ramas.

⁴⁹¹ Entre estas medidas destaca el cierre patronal, derecho que corresponde no ya a los trabajadores sino a los empresarios y que, a diferencia de la huelga, no cuenta con un reconocimiento explícito en la Constitución Española, razón por la cual la jurisprudencia entiende que ha de ser incluido dentro de las medidas de conflicto colectivo reconocidas en el artículo 37.2 del texto constitucional. Existen también otras medidas de conflicto colectivo, como las alteraciones colectivas en el régimen de trabajo (como los llamados “plantes”, el “trabajo lento”, la “huelga

Es interesante referir la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contenida en su Sentencia de 8 de abril de 1981, dictada en recurso de inconstitucionalidad promovido contra diversos preceptos del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos⁴⁹². Recordemos que nuestra norma reguladora del derecho de huelga se ha ido depurando y desarrollando con las resoluciones del Tribunal Constitucional, lo que hace que una norma con vocación de provisionalidad, el texto constitucional emplaza a que el derecho de huelga se desarrolle por ley estableciendo un mandato a la ley que regule el ejercicio de este derecho, si bien al día de la fecha parece que con la norma existente los trabajadores consideran suficientemente protegido su derecho, y se aprecia que cualquier regulación pudiera ser un menoscabo del ejercicio del derecho de huelga.

a. Regulación general y específica

Sentado lo anterior, referiremos el derecho de huelga, como un derecho que se configura como un instrumento de presión cuyo objetivo es la consecución de una mejora laboral o el mantenimiento de las condiciones laborales ya conseguidas, derecho que se reconoce de forma individual a los trabajadores, aunque su ejercicio sea de carácter colectivo, razón por la que no puede considerarse como uno de los derechos colectivos a los que hace referencia el art. 18.1 RD 1006/1985 que establece que los deportistas profesionales tendrán los derechos colectivos reconocidos con carácter general en la legislación vigente, en la forma y condiciones que se pacten en los convenios.

La falta de una regulación de este derecho de huelga para los deportistas profesionales nos hace invocar a la regulación general del mismo como derecho fundamental reconocido a todos los trabajadores. Así, la primera consideración debe referirse necesariamente al hecho de que nos encontramos ante el único de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos que aún no ha sido regulados mediante la correspondiente Ley Orgánica⁴⁹³, de forma que para encontrar su regulación debemos acudir a una norma preconstitucional, a la que ya hemos hecho referencia: el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, normativa que continúa en vigor con las precisiones y ajustes realizados por

de brazos caídos”), la huelga de celo o reglamento (a pesar de su denominación no hay una cesación en la prestación del servicio sino una sujeción estricta y escrupulosa a las normas o reglamentos de trabajo con el objetivo de alterar su ritmo normal) o los piquetes (entre los que hay que distinguir los de carácter informativo, previstos como un acto de acompañamiento a la huelga, y los coactivos, reconocidos como una medida autónoma de conflicto.

⁴⁹² El Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo continúa parcialmente en vigor. Su artículo 26, sus Títulos III, IV, V y VI, sus disposiciones finales **tercera, cuarta; su disposición adicional tercera y sus disposiciones transitorias primera, segunda, tercera, y cuarta fueron derogados por la Ley 8/1980 de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. La disposición adicional cuarta fue derogada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Los artículos 3, 6, 10, 11, 25, y 26 fueron declarados inconstitucionales por Sentencia de 8 de abril de 1981, del Pleno del Tribunal Constitucional, en el Recurso de inconstitucionalidad número 192/1980. contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo. Y el artículo 5 fue igualmente declarado inconstitucional por esta misma Sentencia** cuando las huelgas comprendan varios centros de trabajo.

⁴⁹³ Establece el art. 85.1 CE que “son Leyes Orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el Régimen Electoral General y las demás previstas en la Constitución”. El art. 28, cuyo punto segundo reconoce el derecho de huelga, está incluido dentro de la Sección 1º del Capítulo II del Título I de la Constitución, Sección que lleva por rúbrica precisamente “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”.

el por el Tribunal Constitucional, fundamentalmente en su Sentencia 11/1981 de 8 de abril.

b. Las primeras huelgas del fútbol

En lo concerniente al deporte del fútbol, la primera gran huelga tuvo lugar en la jornada del día 4 de marzo de 1979 y su causa fue la aplicación de las normas sobre los llamados “amateurs compensados”⁴⁹⁴; la consecuencia del ejercicio del derecho de huelga por parte de los futbolistas en esta ocasión dio lugar a que los clubes impusieran a los huelguistas de forma colectiva una sanción consistente en el 10% del importe de las primas de fichaje por entender que su conducta era contraria a la disciplina deportiva, y en aplicación del art. 87.1 del entonces vigente Reglamento de Jugadores que consideraba como falta deportiva “*no tomar parte el jugador sin causa justificada en un partido*”. Así, los clubes ejercitaron la potestad conferida por el Reglamento referido y procedieron a la imposición de la sanción por entender que ésta formaba parte de su poder disciplinario. La sanción fue impugnada por los futbolistas en sede del orden social, en las Magistraturas de Trabajo y sus demandas fueron estimadas mayoritariamente, a pesar de que los clubes consideraban que, al tratarse de una cuestión incardinable en el ámbito estrictamente deportivo, su competencia en última instancia correspondía exclusivamente a los órganos deportivos.

Finalmente el Tribunal Central de Trabajo, que en su Sentencia de 18 de diciembre de 1979 estableció que “*como el caso se trata de una falta de carácter disciplinario imputada a los actores, al negarse a prestar sus servicios como jugadores en un partido de fútbol en que debía intervenir su club y que, por dicho motivo, tuvo que ser suspendido, y configurado como contrato de trabajo la relación que une a las partes litigantes, es aplicable al caso lo dispuesto en el artículo 106 de la citada Ley Procesal Laboral, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la misma, atribuye a la Magistratura de Trabajo el conocimiento de las sanciones por faltas graves o muy graves, disponiéndose así mismo, en el artículo 34.2 de la Ley de Relaciones Laborales, que la valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la Dirección de la Empresa serán siempre revisables ante la Magistratura de Trabajo*”.

El propio TCT en su posterior sentencia de 21 de diciembre de 1979 estableció que “*el ejercicio, directamente por el Club, aun en esta faceta deportiva del poder disciplinario, cuando incide en la relación laboral está en todo caso sometida al control jurisdiccional de Trabajo, aunque sea a los solos efectos de*

⁴⁹⁴ No es esta la única huelga que ha tenido lugar en el ámbito del fútbol español. A lo largo de los años 80 hubo dos huelgas: una en 1981, cuya causa vino dada por el impago a los jugadores. En esta ocasión, la huelga se prolongó durante dos jornadas. Durante la primera de ellas no se disputó ningún partido, mientras que en la segunda los clubes alinearon a juveniles. La segunda, en 1984, vino motivada por el convenio colectivo. Durante la primera jornada, los clubes alinearon a juveniles, cosa que no pudieron hacer en la segunda jornada puesto que los Tribunales prohibieron su alineación. En 1997 fue convocada otra huelga que no llegó a materializarse y tenía como objeto la protección de los jugadores ante la llegada masiva de extranjeros. En la temporada 2010/2011 hubo otros dos amagos de huelga: la primera por establecer cinco partidos para el domingo 2 de enero, fecha que por el sindicato de futbolistas, AFE, se consideraba incluida dentro de las vacaciones navideñas, y otro pretendiendo impedir la emisión obligatoria de partidos en abierto. También se convocaron huelgas para las dos primeras jornadas de la temporada 2011/2012, así como para la temporada 2012/2013, si bien ninguna de ellas tuvo lugar.

impedir que mediante erróneas calificaciones de lo que corresponde al aspecto deportivo del contrato se perjudiquen auténticos derechos laborales”.

En ambos casos el Tribunal Central de Trabajo estableció que ante la existencia de un conflicto, en el seno de la relación laboral, los futbolistas pueden ejercitar el derecho de huelga que la Constitución les reconoce como trabajadores, teniendo derecho a la cesación de la prestación de servicios, y que en caso de que se ejercite este derecho de huelga no le será de aplicación la normativa de disciplina deportiva, –como pretendían los clubes– sino lo establecido en el Real Decreto Ley 17/1977. El derecho de huelga en los deportistas profesionales está trufado de peculiaridades, debiendo establecer el punto de análisis determinante en la figura de los servicios esenciales de la comunidad puesto que parece difícil considerar incluso en deportes como el fútbol establecer servicios esenciales⁴⁹⁵.

c. Consideraciones valorativas

Es de destacar que no resultaría de aplicación el art. 10.2 RDL 17/1977, que establece que cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios. El Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas”.

No parece admisible, desde el punto de vista constitucional el establecimiento de cualquier restricción al ejercicio de este derecho por parte de los deportistas profesionales en el ámbito del Derecho Deportivo. A este respecto ha de tenerse en cuenta que, dado que la huelga se ejercita frente al club o entidad deportiva – que es el empresario, en el caso de los deportistas profesionales, si durante el transcurso de la misma hubiera alguna convocatoria para acudir a la respectiva selección nacional, el deportista no tendría motivo para negarse a acudir a la misma, puesto que nos encontramos ante una prestación obligatoria⁴⁹⁶ y además no tendría sentido su negativa, pues la huelga no se ejercitaría frente al empresario.

De otra parte, y al igual que sucede en otros ámbitos laborales, el ejercicio del derecho de huelga, únicamente de algunos de los deportistas que integran las distintas plantillas de los clubes o entidades deportivas, puede ocasionar graves trastornos, así referimos el art. 223.1 del Reglamento General de la Real Federación Española de Fútbol, “deporte rey”, establece que “*para poder comenzar un partido cada uno de los equipos deberá comparecer, al menos, con siete futbolistas de los que conforman la plantilla de la categoría en que militan, siempre que tal anomalía*

⁴⁹⁵ L.M.CAZORLA PRIETO, en su Informe a la Federación Española de Baloncesto, sobre la huelga de los jugadores de baloncesto en relación al llamamiento para formar parte de la selección española de baloncesto (publicado en Revista Española de Derecho Deportivo, número 2, 1993), considera que no parece admisible que esté en juego el derecho fundamental al ocio, de manera que no puede considerarse que una huelga de deportistas afecte al contenido de otros derechos fundamentales, lo cual constituiría un límite para su ejercicio, tal y como establece la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional.

⁴⁹⁶ Según establece el art. 47.1 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, “es obligación de los deportistas federados asistir a las convocatorias de las selecciones deportivas nacionales para la participación en competiciones de carácter internacional, o para la preparación de las mismas”. Además, el artículo 76.1 letra f) del mismo texto legal califica como infracción muy grave a las reglas de juego o competición o a las normas deportivas generales “la f de asistencia no justificada a las convocatorias de las selecciones deportivas nacionales”.

no sea consecuencia de la voluntad del club sino que esté motivada por razones de fuerza mayor. Si no concurriera dicha causa o, en cualquier caso, si el número fuera inferior, al club que así proceda se le tendrá como incomparecido”.

Es de observar, en los efectos de la huelga que realiza una parte de la plantilla deriva en perjuicios no a los huelguistas sino a los clubes afectados, por cuanto algunos autores⁴⁹⁷ defienden que estos supuestos se subsuman entre los actos ilícitos o abusivos, dado su carácter estratégico, tal y como refiere el art. 7.2 RDL 17/1977, estableciendo este precepto que *las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo, las de celo o reglamento y, en general, cualquier forma de alteración colectiva en el régimen de trabajo distinta a la huelga, se considerarán actos ilícitos o abusivos* La solución, dado que los deportistas no quieren verse privados de una medida de presión como la huelga, podría ser el recurso que habilita el art. 8.1 del RDL 17/1977 que establece que *los convenios colectivos podrán establecer normas complementarias relacionadas con los procedimientos de solución de los conflictos que den origen a la huelga, así como la renuncia, durante su vigencia, al ejercicio de tal derecho*; así y puesto que los deportistas no quieren verse privados de una medida de presión como la huelga.

Caben más alternativas, como recurrir a jugadores de equipos filiales con ocasión de la huelga, así ha de tenerse en cuenta lo establecido en el art. 8.10 LISOS, precepto que califica como infracción muy grave *“los actos del empresario lesivos del derecho de huelga de los trabajadores consistentes en la sustitución de los trabajadores en huelga por otros no vinculados al centro de trabajo al tiempo de su ejercicio, salvo en los casos justificados por el ordenamiento”*; no obstante, autores como Rodríguez Ten⁴⁹⁸ sostienen que esta sustitución no sería sancionable siempre y cuando el Reglamento federativo correspondiente lo permitiera, puesto que no se trata de personas ajenas al centro de trabajo. Este mismo autor ofrece otra solución cuando la huelga es parcialmente seguida por los jugadores de la plantilla cual es la de solicitar el aplazamiento del partido. Esto, sin embargo afectaría tanto a los huelguistas como a los no huelguistas y privaría de sus efectos a la huelga, pues la misma perdería su efecto de presión pretendido.

C) Las medidas de conflicto colectivo

Respecto a las medidas de conflicto colectivo. Este derecho no plantea particularidades sobre el deportista profesional con respecto al que pueden ejercitar el resto de los trabajadores. Sin embargo, no suele hacerse referencia al planteamiento de otras medidas de conflicto colectivo, exceptuada la huelga, lo se debe a que en ocasiones suele tratarse erróneamente una medida de este tipo como huelga.

Así la situación producida en los días previos al inicio de la temporada de fútbol 2012/2013, y el impacto de los medios de comunicación por el que se noticiaba la amenaza de los clubes con ir a la huelga, no dejó de ser novedoso, esta huelga venía doblemente motivada, de una parte se amenazaba con no comenzar la

⁴⁹⁷ F.RUBIO SÁNCHEZ: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, 2002, Ed. Dykinson.

⁴⁹⁸ J.RODRÍGUEZ TEN: “¿Existe realmente el “derecho de huelga” de los futbolistas profesionales ante sus clubes a la vista de las consecuencias establecidas por la reglamentación federativa?”.

competición si no se les abonaban las cantidades que se les adeudaban en concepto de derechos televisivos, y de otra para mostrar y publicitar su desacuerdo con los criterios de fijación de los horarios de los partidos, de los que no tenían el poder decisorio que entendían les correspondían; pues bien, aunque entonces se hablara de huelga y ejerciendo la medida de presión por los clubes y no los jugadores, esta opción de presión de los clubes, podría ser otra cosa, pero no una huelga, quizás de forma atrevida un “cierre patronal”, pero no el derecho constitucional fundamental protegido. En definitiva, la mayor presión que se ejerce con una medida como la huelga, hace que reciban esta calificación medidas de fuerza que en realidad no lo son, y que ejercen colectivos que no son trabajadores, sino los empresarios, a los que, es sabido, no les está reconocido el ejercicio del derecho de huelga pues este derecho sólo puede ser ejercido por los trabajadores, y así se establece en el artículo 3 del preconstitucional Real Decreto 17/1977, con lo cual, difícilmente un club puede hacer huelga, por serle un derecho ajeno.

Una vez salvado el concepto de huelga, que podrá ser ejercido por los trabajadores únicamente, entremos a analizar las consecuencias, de este parón, que no huelga. De una parte, se pretendía por los clubes, la supresión del partido en abierto, si bien, emitir fútbol en abierto, forma parte del interés general, y en este punto, y sin traer a este escenario el clásico y el conflicto del gobierno y la plataforma de pago, en tiempos pretéritos, si traemos a colación el criterio del TJUE, que se ha pronunciado que el partido en abierto sí procede de conformidad con el Ordenamiento de la Unión Europea, pues la incorporación de los partidos internacionales, en el catálogo de retransmisiones deportivas, forma parte del interés público de los Estados miembros.

De otra parte hay que tener en cuenta la situación jurídica, lo que ahora se llamarían *daños colaterales*, si se producía el parón liguero, expresión más atinada que huelga, pues los jugadores hubieran visto ampliada, más allá de lo pactado, la duración de la temporada, contraviniendo el calendario prefijado. En este punto es forzoso referir, que el convenio colectivo suscrito entre la AFE y la LFP, convenio colectivo dictado por Resolución de 25 de septiembre de 2014, BOE 9/10/2014, que prevé en su artículo 10, que los futbolistas tienen derecho a 30 días naturales de vacaciones, de los que al menos 21 días se disfrutarán de forma continuada, y que en caso de desacuerdo se disfrutarán los 30 días de forma continuada, no pudiendo sustituirse el período vacacional por compensación económica, la pregunta que se nos plantea es si de prosperar el parón se hubieran recortado las vacaciones de los jugadores o si la siguiente competición de Liga se hubiera retrasado su inicio.

Los clubes, no hubieran podido realizar, unilateralmente, planes o parones de este tipo, por los perjuicios que hubieran ocasionado, habiendo devenido en responsables de estos perjuicios, máxime cuando no era unánime el apoyo de todos los clubes, existiendo entre éstos voces disidentes para que esta medida de presión no se llevara a efecto, pudiendo haber acaecido un problema adicional si dos de los clubes que no hubieran estado de acuerdo con el parón hubieran decidido jugar y disputar su partido ese fin de semana, y el resto hubieran quedado con el partido pendiente; entiendo que dicha circunstancia hubiera conducido a un nuevo desorden en el calendario, y una indeseable modificación de la competición.

2. El derecho de reunión

No hay ninguna particularidad en el derecho de reunión para su ejercicio por los deportistas profesionales⁴⁹⁹, en virtud de lo establecido en el art. 4 ET, por remisión de los arts. 7.5 y 18.1 RD 1006/1985, su reconocimiento se hace en los mismos términos que para el resto de trabajadores, es decir, de acuerdo con lo establecido en los arts. del 77 al 81 ET.

3. La participación en la empresa

Sentado lo anterior cabe referirnos al derecho de participación en la empresa, derivando este derecho en que los trabajadores no están desligados del conjunto de la vida empresarial de manera que su participación en los beneficios es importante para que se produzca una mejora en la producción; así y aunque no como derecho, el art. 129.2 CE establece que *“los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”*.

Por otra parte, el art. 61 ET establece que, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación. Si consideramos la participación en los beneficios como una manifestación de este derecho, hemos de hacer referencia a lo que los convenios colectivos establecen en relación con las contraprestaciones económicas por cesiones temporales y el derecho de los deportistas a percibir una cantidad mínima de las mismas; así y a este respecto establece el art. 19 del Convenio Colectivo del Balonmano Profesional que *en el supuesto de que la cesión se realizara a cambio de contraprestación económica, pactada entre cedente y cesionario, el balonmanista profesional tendrá derecho a percibir como mínimo el 15 por 100 del precio pactado, que deberá ser abonado por el Club o Entidad Deportiva cesionaria en el momento de la aceptación de la cesión por el jugador”*.

Por su parte el Convenio Colectivo para la Actividad de Baloncesto Profesional de la Liga Femenina establece en su artículo 19 que en el supuesto de que la cesión se realizara a cambio de contraprestación económica, pactada entre cedente y cesionario, la jugadora profesional tendrá derecho a percibir como mínimo el 15 por 100 bruto del precio pactado, que deberá ser abonado por el club o entidad deportiva cesionaria, en el momento de la aceptación de la cesión por la jugadora; regulando que en el supuesto de cesión recíproca de jugadoras, cada una de ellas tendrá derecho, como mínimo, frente al club de procedencia, a una cantidad equivalente a una mensualidad de sus retribuciones periódicas, más una doceava parte de los complementos de calidad y cantidad de trabajo percibidos durante el último año.

⁴⁹⁹ Este derecho tiene su reconocimiento constitucional en el artículo 21.1 de la Carta Magna, por el que se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas., y se establece que el ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. Así, el derecho de reunión no es ilimitado puesto que únicamente se admiten las reuniones pacíficas y en el ámbito concreto del trabajo, por el principio de lo razonable, las que no afecten a su ritmo normal evitando así la posibilidad de que se causen perjuicios a terceros, lo cual podría ser considerado como una perturbación del orden público.

Por otra parte, el art. 16 del Convenio Colectivo de Fútbol Profesional establece que *en el supuesto de que la cesión se realizara mediante contraprestación económica, pactada entre cedente y cesionario, el Futbolista Profesional tendrá derecho a percibir, como mínimo, el quince por cien (15%) del precio pactado, que deberá ser satisfecho por el Club/Sad cesionario, en el momento de la aceptación por el Futbolista de la cesión. En el supuesto de que no se pactara cantidad alguna, el Futbolista tendrá derecho a percibir como mínimo el importe que resulte de dividir por doce la totalidad de las retribuciones percibidas del Club/Sad en la temporada inmediata anterior, multiplicado por el uno y medio por cien (1,5%).*

4. Libertad sindical

La representación sindical, y muy ligada a la misma, la negociación colectiva, de los deportistas profesionales encuentran su amparo en la Constitución Española de 1978, que lo recoge como derecho fundamental en su artículo 28, cuyo punto primero establece que todos tienen derecho a sindicarse libremente, para exceptuar o limitar La el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados. Así, con una simple lectura de este precepto puede concluirse que ese “todos” incluye por supuesto a los deportistas profesionales, no excluidos posteriormente, puesto que las exclusiones contempladas en este precepto hacen referencia a un grupo de profesionales muy concretos. Así, cabe concluir que los deportistas profesionales en activo o no pueden formar parte de un sindicato.

A) Aplicabilidad

Establece el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, en su artículo 7 regulador de los derechos y obligaciones de las partes en el contrato –que *“serán aplicables a esta relación laboral especial los derechos y deberes básicos previstos en los artículos 4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores”*⁵⁰⁰. El primero de los preceptos a los que se efectúa la remisión recoge en su punto primero los derechos básicos de los trabajadores “con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa” –en este caso la normativa específica se limita a efectuar la remisión sin más– contemplando en su letra como uno de estos derechos básicos la “libre sindicación”, cosa por otra parte lógica pues no procedería que se estableciese el régimen jurídico en relación con una materia sometida a reserva de ley orgánica.

El art. 18.1 RD 1006/1985 establece que *los deportistas profesionales tendrán los derechos colectivos reconocidos con carácter general en la legislación*

⁵⁰⁰ La regulación anterior contenida en el art. 12.1 RD 318/1981 establecía que los deportistas profesionales ostentarían los derechos colectivos reconocidos con carácter general en la legislación vigente que fueran “compatibles con la especial naturaleza de esta relación laboral y regulados a través de pacto colectivo”, precepto muy criticado por la doctrina dado que los derechos colectivos de todos los trabajadores, incluidos los deportistas profesionales, vienen reconocidos en la Constitución. El precepto resultaba sumamente indefinido al no enumerar de forma expresa cuales podían ser los derechos incompatibles con la especial naturaleza de la relación laboral de los deportistas profesionales, circunstancia que, tal y como entiende Sala Franco, otorgaría al intérprete la potestad para regular los derechos colectivos. Estas deficiencias han sido remediadas en la actual normativa, que se remite en bloque a los derechos colectivos reconocidos en la legislación general puesto que aunque se remite al convenio colectivo para la regulación de la forma y condiciones de su ejercicio, ello no implica que en ausencia del mismo dichos derechos no puedan ejercitarse, como derechos constitucionalmente reconocidos que son.

vigente, en la forma y condiciones que se pacten en los convenios, para continuar estableciendo en el art.1 8.2 que no obstante procederá la suspensión del contrato por razones de representación sindical, salvo acuerdo entre el deportista afectado y el club o entidad deportiva. El análisis del Real Decreto 1006/1985 y del Estatuto de los Trabajadores, nos permite realizar determinadas consideraciones:

En contra de lo que pueda parecer, el modelo sindical del deporte no se corresponde con el convencionalmente denominado “de clase” sino por la constitución de entidades que agrupan unitariamente a los deportistas de una misma disciplina deportiva, entidades que curiosamente reciben la denominación de “asociaciones”. Respecto a esta cuestión de la denominación se refiere la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1999 estableciendo la existencia de una nítida diferencia en las competencias y en el esquema jurídico entre los sindicatos y la asociaciones profesionales.

Resulta de gran importancia y utilidad destacar la peculiaridad de los sindicatos de los deportistas profesionales que puede producir cierta confusión conceptual, bien por su denominación, como por sus orígenes –consecuencia de la historia ya que los sindicatos de los deportistas nacen en muchos casos como asociaciones y se transforman posteriormente en sindicatos⁵⁰¹–; pues bien estos orígenes se fundamentan en existencia de ciertas reticencias respecto a la operatividad de la función sindical, así, con la denominación de asociación se pretendía en cierto modo dulcificar el efecto sindical en un ámbito como el deportivo en el que durante mucho tiempo existieron – y aún hoy existen – importantes restricciones en relación con la formalización de conflictos individuales ante los órganos jurisdiccionales en base a la presencia de reglamentaciones internacionales que sostienen esta tesis defendiendo que el deporte ha de tener sus propias reglas en todos los aspectos, incluidos los órganos de revisión de los actos dictados en materia deportiva o laboral. No obstante, estas posturas han sido en parte superadas y actualmente se admite sin duda la operatividad de los sindicatos en el ámbito deportivo.

No obstante, y pese a la superación de las posiciones no se impide, tal y como se ha reseñado, que los sindicatos de los deportistas aún hoy en día continúen denominándose “asociaciones”. En este sentido el artículo 1 de la Asociación de Baloncestistas Profesionales establece que con esta denominación, por anagrama A.B.P., se constituye una asociación sindical de deportistas practicantes del baloncesto, al amparo de la vigente Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, de 2 de agosto; estableciendo que *podrán ser miembros de la Asociación todos aquellos jugadores que, ostentando la nacionalidad Española o de cualquier otro país de la U.E. practiquen a cambio de una retribución, el deporte del baloncesto y se hallen adscritos a la máxima división profesional masculina del baloncesto nacional*”.

⁵⁰¹ M.ALONSO OLEA “Introducción al Derecho del Trabajo”, 1994, Ed. Civitas. Madrid, define a los sindicatos como asociaciones permanentes y autónomas, sin finalidad lucrativa, de trabajadores por cuenta ajena para el progreso económico y social de sus miembros, especialmente para el mantenimiento y la mejora de las condiciones de trabajo a través de la contratación colectiva. Por su parte Palomeque (C.PALOMEQUE LÓPEZ: “Derecho Sindical Español”, 1991, Ed. Tecnos. Madrid) los define como organizaciones permanentes de trabajadores asalariados para la representación y defensa de sus intereses de clase, económicos y sociales, frente a los del empresario y sus organizaciones.

En los Estatutos de la Asociación de Jugadores de Balonmano se establece en su artículo 1 que *con la denominación de “ASOCIACIÓN DE JUGADORES DE BALONMANO”, por anagrama A.J.B.M, se constituye una asociación de deportistas practicantes del balonmano, al amparo de la vigente Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/85 de 2 de agosto, y restantes disposiciones complementarias de procedente aplicación, así como por lo dispuesto en el presente texto estatutario.*

Sin embargo, en los Estatutos de la Asociación de Jugadores de Fútbol Sala en su artículo 1º se establece que *la misma estará constituida de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la Constitución Española, rigiéndose por la Ley 1/2002, de 22 de marzo reguladora del Derecho de Asociación, por los presentes Estatutos, y demás disposiciones legales concordantes.*

Puede observarse como en los dos primeros casos aunque se denominen “asociaciones”, se trata de auténticas organizaciones sindicales y así lo recogen expresamente sus Estatutos. En el caso de la Asociación de Jugadores de Fútbol Sala sin embargo, sus Estatutos la califican como una auténtica asociación constituida al amparo de la ley reguladora de las mismas, pero los objetivos son idénticos a los dos supuestos anteriores y esta “asociación” es además la firmante del correspondiente Convenio Colectivo, de manera que opera como un auténtico sindicato.

Una vez determinado, que a pesar de su denominación, estas asociaciones en realidad son sindicatos, en el ámbito general de actuación de los mismos el Tribunal Constitucional contempla una doble función: la estrictamente laboral y la de representación de los intereses generales y económicos, no afectando el desequilibrio entre ambas a la consideración sindical. Así, en su Sentencia de 11 de julio de 1994 establece que los sindicatos desempeñan, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución (arts. 7 y 28) como por obra de los tratados internacionales suscritos por España en la materia [por todos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 8⁵⁰² o art. 5, parte II Carta Social Europea⁵⁰³], una función

⁵⁰² “1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

- a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
- b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;
- c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
- d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

⁵⁰³ Que recoge el derecho sindical para garantizar o promover la libertad de los trabajadores y empleadores de constituir organizaciones locales, nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales y de adherirse a esas organizaciones, las partes contratantes se comprometen a que la legislación nacional no menoscabe esa libertad, ni se

genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores que, no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo.

Estas consideraciones, son especialmente relevantes en el ámbito de la sindicación en el deporte profesional, en el cual puede percibirse si cabe una mayor separación entre la función laboral de los sindicatos y la que les corresponde en la participación en las instituciones y organizaciones configuradoras de este sector. Pero la especialidad del deporte profesional se refleja por supuesto en el derecho de sindicación, como derecho dimanante de la relación laboral de los deportistas profesionales, razón por la cual cuenta con algunos rasgos específicos característicos:

- Por norma general en el ámbito del deporte profesional no existe acción sindical en la empresa en la forma que se entiende tradicionalmente, cuestión que no debe observarse como un hecho peyorativo sino interpretarlo en clave sociológica. Existe la posibilidad real de constituir secciones sindicales, aunque la composición de las plantillas haga difícil que pueda alcanzarse el número de trabajadores necesario para poder nombrar un delegado sindical. Tampoco existe impedimento para la constitución de órganos de representación unitaria en las empresas deportivas, aunque a este respecto la doctrina entiende que en la mayoría de los casos la misma se llevará a cabo a través de delegados de personal ante la imposibilidad de contar en las empresas con el número de deportistas necesario para constituir un comité de empresa⁵⁰⁴. Por lo tanto las relaciones entre el sindicato y los deportistas se articulan a través de la figura de representantes no formalizados, con mecanismos distintos a aquellos en que se manifiesta la actividad sindical con carácter general. Nada impide que esto sea así pues el propio Tribunal Constitucional ha constatado la flexibilidad organizativa de los sindicatos. A este respecto en su sentencia de 18 de

aplique de manera que pueda menoscabarla. Igualmente, el principio que establezca la aplicación de estas garantías a los miembros de las fuerzas armadas y la medida de su aplicación a esta categoría de personas deberán ser determinados por las leyes y reglamentos nacionales.

⁵⁰⁴ La aplicación de las normas de representación unitaria presenta problemas en el ámbito del deporte profesional y de hecho no se eligen delegados de personal ni miembros de comités de empresa. No obstante el ejercicio de este derecho presentaría determinadas particularidades:

Tendrían la consideración de electores y elegibles los deportistas que sean “profesionales” conforme a la normativa laboral, al margen de la calificación federativa, siempre y cuando cumplan con los requisitos referentes a la edad y antigüedad en el club o entidad establecidos en el artículo 69 del Estatuto de los Trabajadores.

Tendrían la consideración de trabajadores fijos a los efectos previstos en los artículo 62 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores, aunque, tal y como establece el Real Decreto 1006/1985, la naturaleza de la relación laboral de los deportistas profesionales es de carácter temporal.

La unidad para la elección de los delegados de personal o miembros del comité de empresa sería el equipo. Esto determinaría que únicamente en los clubes o Sociedades Anónimas Deportivas que tengan más de un equipo profesional dentro de la misma especialidad deportiva se podrán constituir comités de empresa y en los demás se podrían constituir delegados de personal, aunque ello no resultaría muy factible dado que es difícil que las plantilla de los clubes alcance la cifra de 50 integrantes.

En el caso de que se eligiesen representantes unitarios, las horas de las que dispondrían los mismos para el ejercicio de sus funciones no podrían coincidir con el tiempo de prestación de servicios (práctica del deporte ante el público, entrenamientos ...).

octubre de 1993 establece que *la creación de las secciones sindicales no es un derecho de los trabajadores en general, sino tan sólo de los afiliados al sindicato, que, siendo empleados de la empresa, deciden crearla sin intervención de los órganos directivos de sindicatos extraños a la unidad productora –art. 8.1 a) de la LOLS–; siendo la base natural de la sección sindical el centro de trabajo, que se organiza según el principio democrático propio de las organizaciones representativas y que, con específica referencia a las asociaciones de trabajadores, establece el art. 7 de la Constitución.*

- Los sindicatos en el ámbito deportivo no reciben subvenciones públicas de ningún tipo, ni siquiera por participar en órganos colegiados de la Administración General del Estado, de forma que la actividad realizada por los mismos se financia únicamente a través de las cuotas que los deportistas afiliados abonan al respectivo sindicato. No obstante ha de reseñarse que el Convenio del Fútbol Profesional prevé en su artículo 35 la celebración de un partido cuyos beneficios económicos se destinan a la AFE; en su artículo 40.4 establece un “canon de negociación del Convenio” también a favor de la AFE que deberá ser abonado por cada jugador, siempre que el mismo preste su consentimiento, con la finalidad de sufragar los gastos ocasionados a la Asociación por la negociación del Convenio; en su artículo 38 contempla como la LNFP y la AFE acuerdan la explotación conjunta con fines comerciales “de la imagen de los distintivos, nombres y emblemas de los Clubes o Sads afiliados a la LNFP, así como de la imagen de los futbolistas de cada plantilla de los Clubes/Sads anteriormente mencionados, en relación, única y exclusivamente, con la fabricación, distribución, promoción y venta de cromos, “stick stack”, “pop up”, “trading cards” y similares, con los respectivos álbumes para coleccionarlos, en los que se reproduzca la imagen y el nombre de los citados futbolistas con la indumentaria, distintivos y símbolos propios de los Clubes a que pertenecen” y finalmente la LNFP se compromete a entregar a la Asociación una cantidad de dinero para que sea destinada a fines benéficos y seguros durante cada temporada de la vigencia del convenio⁵⁰⁵. Por su parte el Convenio Colectivo para el Ciclismo Profesional contempla igualmente la celebración de un “criterio” organizado por la ANCP y cuyos beneficios se destinarán a la misma. También el Convenio del Balonmano Profesional establece la celebración de un “partidos de las estrellas” a beneficio de los fines sociales de la Asociación⁵⁰⁶. Y por último, tanto el Convenio del Baloncesto Profesional como el Convenio del Baloncesto Profesional

⁵⁰⁵ Hecho que puede ser considerado como una injerencia empresarial del tenor del artículo 13 de la LOLS que establece que serán consideradas lesiones a la libertad sindical los actos de injerencia consistentes en fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial, o sostener económicamente o en otra forma sindicatos con el mismo propósito de control.

⁵⁰⁶ Aunque no quepa hablar de injerencia empresarial, que el Convenio imponga a los jugadores la obligación de estar 36 horas antes de la celebración del partido donde les cite la AJBM puede atentar contra la libertad sindical negativa, aunque también puede interpretarse como una obligación dirigida a los clubes, impuesta con la finalidad de que permitan a los jugadores que decidan participar en el partido acudir con la antelación señalada al lugar en el que se les cite.

Femenino prevén un “fondo social” y este segundo además un “partido de las estrellas y la gala de la liga”.

- Los sindicatos de los deportistas profesionales no se incluyen en los planes de formación continua y por lo tanto éstos no tienen acceso a estos fondos aunque, al cotizar al Régimen General de la Seguridad Social, se encuentran encuadrados en este ámbito. Esta exclusión deriva de la especial consideración que tiene la formación de los deportistas: la misma no se orientaría hacia la mejora de sus capacidades sino más bien hacia la preparación futura para el momento en que abandonen su actividad deportiva, lo cual la hace difícilmente encuadrable en el ámbito de la formación profesional establecido.
- Y por último ha de reseñarse que en el ámbito sindical deportivo existe un claro predominio de la actividad individual, y es que, aunque el Derecho del Trabajo está pensado y estructurado para la negociación colectiva y de las condiciones de trabajo⁵⁰⁷, en el ámbito del deporte profesional y sobre todo en los estratos superiores⁵⁰⁸ puede apreciarse una inversión de las fuentes del derecho laboral ante un predominio de lo establecido en los contratos de trabajo frente a la negociación colectiva, circunstancia menos apreciable en los estratos más bajos del deporte profesional.

B) Sobre la mayor representatividad

Analizadas las peculiaridades de los sindicatos en el ámbito deportivo conviene entrar en dos cuestiones de especial relevancia. La primera son los problemas de mayor representatividad fruto de la particular configuración de los sindicatos de deportistas profesionales, pues aunque nada impide a los deportistas profesionales afiliarse y constituir sindicatos que podríamos llamar “generales”, lo cierto es que suelen constituir sindicatos específicos que además no suelen confederarse con otras organizaciones sindicales, lo cual dificulta la figura de la mayor representatividad.

Así, hasta el momento se han constituido, con la denominación de “asociaciones”, la de Futbolistas Profesionales (AFE), la de Ciclistas Profesionales (ANCP), la de Baloncestistas Profesionales (ABP), la de Jugadores de Balonmano (AJBM), la Nacional de Baloncesto Femenino (ANBF) y la de Jugadores de Fútbol Sala (AJFS), que pueden adquirir la condición de sindicatos cuasi más

⁵⁰⁷ El Tribunal Constitucional en su sentencia de 28 de junio de 1993 establece que la negociación colectiva contribuye decididamente a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores, como instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo que justifica el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen, limitando incluso algunos de éstos para la efectiva promoción de aquellos”.

⁵⁰⁸ Atendiendo a las condiciones de trabajo de las grandes figuras del deporte, se plantea la innecesariedad del reconocimiento y ejercicio de los derechos colectivos por cuanto no se percibe en estos casos que el trabajador sea la parte contratante más débil, característica que informa todas las instituciones del Derecho del Trabajo, si bien estos deportistas son una minoría, e incluso con respecto a los mismos, no ha de olvidarse que el Derecho del Trabajo se basa en la naturaleza del vínculo entre trabajadores y empresario, que puede generar un conflicto de intereses y que coloca de facto al trabajador en la parte más débil de la relación.

representativos⁵⁰⁹. En este ámbito la implantación sindical es escasa fuera de estos sindicatos que pueden calificarse como “profesionales”, lo que implica que estos sindicatos constituidos ostentan una situación de monopolio por lo que se refiere a la representación de los intereses de estos trabajadores en los respectivos deportes, de manera que estos sindicatos –autodenominados “asociaciones”– disfrutan de “una mayor representatividad de facto”, circunstancia que se ve además agravada por el hecho de que no se celebran elecciones sindicales.

C) Tres casos llamativos

- El caso de la AFE, esta Asociación es la firmante del Convenio Colectivo para la Actividad del Fútbol Profesional que cual será de aplicación a todos los futbolistas profesionales y clubes o sociedades anónimas deportivas del territorio español; adicionalmente se reconoce a la Asociación determinados derechos como la constitución de secciones sindicales, cuya legalidad parece cuestionable y que podría atentar contra la libertad de sindicación pues aun siendo el principal sindicato de futbolistas, nada impide la constitución de otros o la posibilidad de que deportistas que practican esta actividad se afilien a alguno de los sindicatos generales. Es reseñable que en el propio Convenio colectivo reconozca la celebración de un partido benéfico a favor de la AFE, así como la inexistencia de pluralidad sindical, lo que deja a la AFE en una situación de monopolio como el único “sindicato” en el fútbol.

La segunda cuestión objeto de análisis de los sindicatos de los deportistas profesionales es su actuación como “sindicatos franja”. Este concepto referencia a la posibilidad de que el sindicato actúe únicamente en un ámbito determinado de la producción, de manera que acabe diferenciándose del resto. A este respecto establece Nogueira Guastavino que nos encontramos ante un sindicato franja cuando se trata de un “*sindicato de base afiliativa horizontal, esto es, que limite su ámbito subjetivo a un grupo específico de trabajadores definido por su pertenencia a una misma categoría, grupo profesional o profesión, por poseer una misma titulación o desempeñar un mismo tipo o puesto de trabajo*”⁵¹⁰. Actualmente en el mundo del deporte no es fácil que la actividad sindical se identifique con este concepto de sindicato franja puesto que las organizaciones sindicales en este ámbito afectan a una profesión y no a un sector concreto de la misma, aunque no se puede descartar que acaben evolucionando en esta dirección atendiendo a la evolución de la actividad sindical en este sector.

- El caso de la AJBM, el artículo 37 del Convenio Colectivo suscrito entre la misma y la Liga ASOBAL establece que “los jugadores profesionales, afiliados a la AJBM y pertenecientes a plantillas de equipos de la Liga ASOBAL, podrán constituir secciones sindicales en los Clubes en que presten sus servicios, representados a todos los

⁵⁰⁹ También denominados “simplemente representativos”, que les permitiría acceder a las prerrogativas reconocidas en el artículo 7.2 de la LOLS en caso de obtener el 10 % de los delegados de personal y miembros de comités de empresa elegidos en su respectivo sector, aunque al día de la fecha no consta que se hayan celebrado elecciones sindicales en el ámbito del deporte profesional.

⁵¹⁰ M.NOUEIRA GUSTAVINO: “Sindicato y negociación colectiva franja”. Valencia 2001.

efectos por un delegado sindical”. Puede observarse que, al igual que en el caso del fútbol, que aquí también se está atribuyendo la posibilidad de constituir secciones sindicales a un sindicato concreto, lo cual atenta igualmente contra el principio de libertad sindical. También se prevé en este convenio la celebración de un partido cuyos beneficios van destinados a los fines de esta Asociación, a la que corresponde de forma exclusiva la organización del mismo.

- Lo dicho hasta ahora puede reiterarse para el caso del fútbol sala. El artículo 28 del Convenio Colectivo celebrado entre la Liga Nacional de Fútbol Sala y la AJFS al regular los derechos sindicales establece que “los jugadores afiliados a la AJFS y pertenecientes a plantillas de equipos de la LNFS, podrán constituir secciones sindicales en los clubes en los que presten sus servicios, representados a todos los efectos por un Delegado Sindical”.

D) Representación institucional

La acción de los sindicatos de los deportistas profesionales se pone de manifiesto en dos ámbitos: en el ámbito de las relaciones laborales, al que más adelante haremos referencia al tratar la negociación colectiva, y en el ámbito de la representación de los deportistas ante las Administraciones Públicas y en los órganos que se encargan de la vigilancia, control u orientación de la actividad deportiva general; respecto a este ámbito de representación los sindicatos de deportistas profesionales tienen reconocida su presencia en los órganos colegiados de determinados organismos:

- En la Comisión Directiva del Consejo de Deportes. En virtud de lo establecido por el Real Decreto 1970/1999, de 23 de diciembre, de modificación del Real Decreto 1242/1992, de 16 de octubre, por el que se regula la composición y funcionamiento de la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes forman parte de la misma como vocales “cuatro vocales designado por el Presidente del Consejo Superior de Deportes entre personas de reconocido prestigio en el mundo del deporte. De ellos, tres lo serán, uno a propuesta del Comité Olímpico Español, otro a propuesta de las ligas profesionales y otro a propuesta de las asociaciones de deportistas profesionales de las modalidades deportivas en las que existan competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal”.
- La Asamblea General del Deporte, cuyo objetivo es asesorar al presidente del Consejo Superior de Deportes. Tal y como establece el artículo 2 del Real Decreto 630/1993, de 4 de mayo, sobre la Asamblea General del Deporte forma parte de la misma “un vocal en representación de cada una de las asociaciones de deportistas profesionales, designado por el Presidente del Consejo Superior de Deportes de entre los propuestos por las mismas”.
- Sociedades Anónimas Deportivas. Según establece la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, sobre Sociedades Anónimas Deportivas en la Comisión Mixta a que hace referencia la Disposición Transitoria Primera de la Ley del Deporte para la modalidad deportiva de fútbol participará como vocal uno “designado por el Consejo Superior de Deportes a propuesta de la

Asociación de Deportistas Profesionales más representativa”. Lo mismo ocurrirá para la modalidad de deportiva de baloncesto y para aquellas otras competiciones que en un futuro se declaren profesionales. Resulta destacable que esta norma haga referencia a asociaciones “más representativas” teniendo en cuenta que en estos sectores, tal y como ya se ha reseñado anteriormente, resulta extremadamente difícil que los sindicatos cumplan las condiciones que la Ley Orgánica de Libertad Sindical exige para la mayor representatividad. Así pues esta expresión ha de entenderse en un sentido vulgar como referida a los sindicatos más representativos en el sector concreto en el que opera la Comisión Mixta.

- Deportistas de alto nivel. El artículo 7 del Real Decreto 971/2007, de 13 de julio, sobre deportistas de alto nivel y alto rendimiento regula la Comisión de Evaluación del Deporte de Alto Nivel en cuya composición se incluyen “tres deportistas de alto nivel, uno en representación de los deportes olímpicos, otro en representación de deportes no olímpicos y otro en representación del deporte paralímpico, designados previa consulta a las asociaciones más representativas de los deportistas de dichos ámbitos”.
- Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje. En virtud de lo establecido en el Real Decreto 811/2007, de 22 de junio, por el que se determina la estructura, composición, funciones y régimen de funcionamiento de la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje formarán parte de las respectivas subcomisiones – Subcomisión de Protección de la Salud y Subcomisión contra el Dopaje en el Deporte – “en representación de los deportistas, cuatro vocales nombrados por la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, a propuesta de las asociaciones de deportistas profesionales”.

Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas. En virtud de lo establecido en el Real Decreto 991/1998, de 22 de mayo, por el que se crea el Consejo para las Emisiones y Retransmisiones Deportivas formarán parte del Pleno del mismo “en representación de las asociaciones de deportistas profesionales que participen en competiciones de carácter profesional y ámbito estatal: el presidente de cada una de dichas asociaciones”.

E) Valoraciones críticas

Baste lo expuesto para poner de manifiesto la peculiar organización de la actividad administrativa en el ámbito deportivo, donde puede observarse la participación de las asociaciones de deportistas, tal y como expresa Font⁵¹¹ cuando establece que “es ya habitual relacionar el fenómeno de la participación –entendido en su sentido más extenso– con la superación de los esquemas del Estado Liberal, basado en la separación entre el Estado y la sociedad, y la subsiguiente institucionalización del Estado Social que se fundamenta en la interpenetración entre el propio Estado y la sociedad. Se pretende de esta forma entender que la participación sirve al objetivo de salir al paso de la crisis de la legitimación del poder basada únicamente en la representación parlamentaria y dar un nuevo contenido a la

⁵¹¹ T.FONT I LLOVET: “Algunas funciones de la idea de participación”, *REDA*, Número 45, Madrid, Enero-Marzo. 1985.

funcionalidad de la soberanía popular, principalmente mediante la multiplicación del número de centros de decisión pública en los que se incorpore la voluntad social ...”, de manera que se constata la participación de los deportistas profesionales, a través de sus organizaciones representativas, en aquellos aspectos que afectan en mayor o menor medida y en distintos ámbitos, al desarrollo de su actividad.

Este régimen de participación canaliza la intervención de los particulares, en este caso los deportistas profesionales, en las tareas de gestión relacionadas con el desarrollo de su actividad, tal y como expresa Muñoz Machado “la intervención de los particulares en las tareas de gestión, fenómeno que ya fue entrevisto por el propio HAURIUO, y al que se refiere en su totalidad la obra clásica de GENY, puede concebirse como una fórmula tradicional de participación en la Administración que, aunque se sigue utilizando ampliamente, ha quedado desbordada por los nuevos rasgos en el fenómeno que la participación está adquiriendo en nuestros días. Intensificación de la participación que, en absoluto, puede explicarse exclusivamente, según el primer autor citado, desde la perspectiva de técnicas jurídicas tan concretas como la delegación...”, exponiendo este mismo autor que lo que se pretende con la participación de la Administración es complementar las decaídas formas de legitimación externa imponiendo una presencia viva y cualificada de los intereses comunitarios en el interior de la propia estructura administrativa eliminando la radical contraposición anterior entre Estado y sociedad⁵¹².

5. La negociación colectiva

A) Condicionantes y restricciones

a. Competencias de las Ligas Profesionales

El Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas algunas de las normas que inciden en las condiciones laborales y en la capacidad para negociar respecto a las mismas. Así, su art. 25, respecto de las ligas profesionales, les atribuye las siguientes competencias:

- a. Organizar sus propias competiciones, en coordinación con las respectivas Federaciones deportivas españolas, de acuerdo con los criterios que, en garantía exclusiva de los compromisos nacionales o internacionales, pueda establecer el Consejo Superior de Deportes.
- b. Desempeñar, respecto de sus asociados, las funciones de tutela, control y supervisión, estableciendo al respecto las normas y criterios para la elaboración de presupuestos y supervisando el cumplimiento de los mismos.
- c. Ejercer la potestad disciplinaria en los casos previstos en las Leyes. Reglamentos y en sus Estatutos.
- d. Informar previamente los casos de enajenación de instalaciones de las sociedades anónimas deportivas en los supuestos contemplados en el artículo 25 de la Ley del Deporte.

⁵¹² S.MUÑOZ MACHADO: “Las Concepciones del Derecho Administrativo y la Idea de participación en la Administración”, Revista de Administración Pública. Núm. 74. Septiembre-diciembre. Madrid. 1977.

- e. Informar el proyecto de presupuesto de los clubes que participen en competiciones de carácter profesional.
- f. Informar las modificaciones de las competiciones oficiales que proponga la Federación deportiva española correspondiente, cuando afecten a las competiciones oficiales de carácter profesional”.

Por su parte, el art. 28 establece que Las ligas profesionales organizarán sus propias competiciones en coordinación con la respectiva Federación deportiva española, y de acuerdo con los criterios que, en garantía exclusiva de los compromisos nacionales o internacionales, pueda establecer el Consejo Superior de Deportes.

b. Convenios entre Federación y Liga

Dicha coordinación se instrumentará mediante la suscripción de convenios entre las partes. Tales convenios podrán recoger, entre otros, la regulación de los siguientes extremos:

- Calendario deportivo, elaborado de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional segunda del presente Real Decreto.
- Ascensos y descensos entre las competiciones profesionales y no profesionales.
- Arbitraje deportivo.
- Composición y funcionamiento de los órganos disciplinarios de las competiciones profesionales.
- Número de jugadores extranjeros no comunitarios que podrá participar en dichas competiciones. La determinación del número de jugadores extranjeros no comunitarios autorizados para participar en competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal se realizará de común acuerdo entre la Federación Deportiva Española, la liga profesional correspondiente y la asociación de deportistas profesionales. En caso de desacuerdo, será de aplicación lo previsto en la disposición adicional segunda del presente Real Decreto.

c. Reglas supletorias

Para el supuesto de que no se firmen los convenios a los que hace referencia el art. 28, la DA 2ª del Real Decreto establece el régimen que habrá de seguirse, disponiendo que en el caso de que no se suscribiesen los convenios que refiere el artículo 28 del presente Real Decreto, o en los mismos no se incluyesen la totalidad de los temas, dispone las reglas que la organización de las competencias propias de las ligas profesionales tendrá en cuenta cuales son:

- El calendario deportivo de las competiciones oficiales de carácter profesional será elaborado por la liga profesional correspondiente, debiendo respetar en todo caso lo pactado en el correspondiente convenio colectivo. El Presidente de la Federación dispondrá de diez días contados desde el de su recibo para ratificar o rechazar el mismo, entendiéndose ratificado, si en dicho plazo no se hubiese manifestado. La no ratificación deberá ser expresa y debidamente motivada.
- En caso de no ratificación, la liga profesional presentará una nueva propuesta, que deberá ser ratificada o rechazada en las mismas condiciones que las expresadas anteriormente, en el plazo de cinco días.

De no ser aprobada esta nueva propuesta, el Consejo Superior de Deportes resolverá sobre ello.

- El acceso de los clubes deportivos a las competiciones oficiales de carácter profesional precisará, además del derecho de carácter deportivo reconocido por la Federación española, del cumplimiento de los requisitos de carácter económico, social y de infraestructura que estén establecidos por la liga profesional correspondiente, que serán los mismos para todos los clubes que participen en las citadas competiciones, en las respectivas categorías y figurarán en los Estatutos o Reglamentos de la liga profesional.
- Las vacantes que se produzcan en las competiciones de carácter profesional y ámbito estatal por cualquiera de los motivos reglamentariamente establecidos se cubrirán manteniendo en la categoría a aquellos clubes que, como resultado de la clasificación deportiva, debieran perder la misma.
- El número de equipos a los cuales la Federación deportiva española pueda reconocer el derecho deportivo de acceder a la competición profesional en el momento de la entrada en vigor del presente Real Decreto, será el actualmente existente, pudiendo ser modificado en temporadas sucesivas, por común acuerdo entre la Federación deportiva española y la liga profesional correspondiente.
- La determinación del número de jugadores extranjeros no comunitarios autorizados, para participar en pruebas o competiciones oficiales de carácter profesional y ámbito estatal, se realizará de común acuerdo entre la Federación deportiva española, la liga profesional y la asociación de deportistas profesionales correspondiente.

d. El CSD y los Comités de árbitros

Asimismo, el Consejo Superior de Deportes establecerá, mediante resolución, el número de jugadores extranjeros no comunitarios que podrán participar en las competiciones propias de las ligas profesionales en el caso de desacuerdo entre las Federaciones deportivas españolas, ligas profesionales y asociaciones de deportistas profesionales sobre este particular, así como en los conflictos de interpretación derivados de tales acuerdos.

En aquellas modalidades deportivas en que exista competición oficial de carácter profesional, se constituirá un Comité Arbitral de la competición profesional, compuesto por un representante de la Federación española, un representante de la liga profesional y un componente del colectivo arbitral que no se encuentre en activo, nombrado de común acuerdo entre ambas entidades. El Presidente de este Comité será el miembro designado por la Federación. Este Comité tendrá como tareas:

- Designar los colegiados que dirigirán los encuentros.
- Establecer las normas que tengan repercusión económica en el arbitraje de la competición profesional.
- Desarrollar programas de actualización y homogeneización de los criterios técnicos durante la competición, en concordancia con las directrices que establezca el Comité Técnico de Árbitros respectivo.

e. Competencias de la federación

En las Federaciones deportivas españolas donde exista competición profesional, la potestad disciplinaria deportiva de esa competición correspondiente a tales Federaciones se ejercerá por un Comité de Competición formado, bien por un juez único de competición designado de común acuerdo entre la liga profesional y la Federación, o bien por tres personas, dos de las cuales serán designadas por la liga profesional y la Federación respectivamente, y la tercera, por común acuerdo entre ambas entidades.

Los miembros de este Comité de Competición, que deberán ser licenciados en Derecho, serán designados por un mandato mínimo de una temporada y sus decisiones podrán recurrirse ante el Comité de Apelación de la Federación deportiva española correspondiente.

El Presidente de este Comité, en el caso de que se opte por órgano colegiado, será el miembro designado por la Federación”.

Esta regulación, que como ya se ha expuesto anteriormente, impide que la negociación colectiva afecte a los aspectos contemplados en la misma, atribuye tanto a la organización de las competiciones como de los implicados en las mismas a dos entidades deportivas. Por el contrario, cuando se establece la negociación colectiva, en la misma intervienen las entidades que agrupan legalmente a los clubes, aunque esta asociación de empresarios no goce de la autonomía suficiente para organizar la actividad deportiva correspondiente puesto que dicha negociación aparece condicionada por la existencia de normas de carácter general que afectan a la actividad, a pesar de lo cual la negociación colectiva es posible por cuanto las federaciones deportivas intervienen por parte de la Administración en la fijación de las condiciones laborales junto con el resto de los actores interesados en las mismas.

f. Valoración

De lo dispuesto en estos preceptos puede extraerse la conclusión de que hay determinados aspectos de la relación laboral que parecen quedar sustraídos del ámbito de la negociación colectiva sindical, ya que la referencia a los convenios alude a los que se pueden firmar entre la liga profesional correspondiente y la respectiva federación, apareciendo como complementarios de los posibles convenios colectivos que pudieran firmarse entre las asociaciones de deportistas (sindicatos) y sus interlocutores.

B) Convenios estatutarios y extraestatutarios

Todos los condicionantes a los que se ha hecho referencia hasta el momento determinan el tipo de negociación colectiva en el ámbito de los deportistas profesionales, de forma que fruto de la misma son los “convenios de sector” que afectan únicamente a un conjunto de trabajadores a los que no les será de aplicación el régimen laboral común ni el correspondiente convenio colectivo⁵¹³.

Sobre esta base ha de determinarse la naturaleza de la negociación colectiva, para lo cual es necesario tener en cuenta la regulación que respecto a la misma aparece recogida en el Estatuto de los Trabajadores. Esto nos permitirá diferenciar

⁵¹³ Convenios de sector, los sindicatos deportivos no son “sindicatos franja”, ni puede entenderse que se asista ante convenios colectivos franja.

entre una negociación colectiva con alcance general, la contenida en dicho texto legal, y otra que trasciende esta regulación y este alcance y que se sitúa en el marco obligacional que afecta únicamente a las partes que participan en la misma⁵¹⁴.

En el primero de los casos nos encontraríamos ante lo que doctrina y jurisprudencia han denominado “convenios estatutarios” mientras que los segundos serían “convenios extraestatutarios”, distinción bastante aceptada pero cuestionada por algunos autores. Atendiendo a esta distinción tendrían la consideración de convenios estatutarios los que se refiere el art. 82 ET, es decir los convenios colectivos, resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, que constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva y mediante los cuales, tal se regulan las condiciones de trabajo y productividad y que obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. Para negociar estos convenios colectivos recogidos en el art. 82 se encuentran legitimados aquellos representantes a los que hace referencia el art. 87 ET, si bien y en lo que se refiere a los representantes de los trabajadores y a los convenios de ámbito superior a la empresa se encuentran legitimados:

- Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal y también, en sus ámbitos respectivos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.
- Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de Comunidad Autónoma para aquellos convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial y, en sus ámbitos respectivos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.
- Los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10% de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio.

En el caso de que los órganos de representación previstos en la normativa sindical celebraran un convenio, si dichos órganos no cumplieran alguno de los requisitos reseñados, nos encontraríamos ante un convenio extraestatutario respecto de los cuales la jurisprudencia determina su admisibilidad entendiéndose que son aquellos que no han sido negociados y concluidos de acuerdo con las reglas establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, jurisprudencia que contempla que los mismos han de admitirse puesto que la referencia contenida en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores a “los convenios colectivos regulados por esta ley” supone el reconocimiento de la existencia de convenios no regulados en el mismo, así Alarcón Caracuel, no admite la distinción entre convenios estatutarios y extraestatutarios, y entiende que el contenido normativo de estos últimos es idéntico al de aquellos puesto que la estructura de sus cláusulas será idéntica en ambos casos; y si los mismos han sido negociados por sindicatos su validez se deriva de lo establecido en el artículo 28.1 de la Constitución Española⁵¹⁵.

⁵¹⁴ M.RODRÍGUEZ PIÑERO: “La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional, *Relaciones Laborales I*, 1992.

⁵¹⁵ La Audiencia Nacional en Sentencia 35/2003 de la Sala de lo Social que el Tribunal Constitucional ha admitido la validez y eficacia de estos pactos de forma reiterada y ya en su ...

Finalmente ha de reseñar que los convenios extraestatutarios tienen un carácter contractual⁵¹⁶.

Así pues, atendiendo a todo lo expuesto se ha acordado la inscripción y publicación de los convenios colectivos para las actividades del fútbol, el baloncesto masculino, el baloncesto femenino, el balonmano y el ciclismo profesional, convenios que ostentan una presunción de validez que obliga a quien pretendiera su impugnación a probar la falta de representatividad de quienes los hubieran negociado, sin olvidar que, aunque no se haya producido dicha impugnación, siguen siendo convenios extraestatutarios caracterizados por su eficacia personal general en base a la situación de monopolio de los respectivos sindicatos (“asociaciones”) que intervienen en su negociación, así como por su eficacia contractual, tal y como se ha referido⁵¹⁷.

Sentencia 108/1989 de 8 de junio establecía que el carácter estatutario o no del convenio es simple consecuencia de que se cumplan o no los requisitos de mayoría representativa que el Estatuto de los Trabajadores exige.

⁵¹⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1999 que establece que los convenios extra estatutarios,) tienen naturaleza contractual y su fuerza de obligar encuentra fundamento en los artículos 1091 y 1254 a 1258 del Código Civil, quedando su eficacia limitada a las partes que lo suscribieron y en los términos en ella establecidos, como recordara la Sala sentencia de 17 de octubre de 1994 pues estos pactos carecen de valor normativo, teniéndolo solo convencional y no integrándose en el sistema de las fuentes del Derecho Laboral previsto en el artículo 3.1 del Estatuto de los Trabajadores, regulándose por la normativa general del derecho común en el campo de las obligaciones.

⁵¹⁷ La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de enero de 2007 establece que estos convenios tienen naturaleza y eficacia contractual y contenido regulador únicamente respecto de los sujetos afectados por el contrato, pues esa fuerza la reciben de la Constitución y del consentimiento de los negociadores, pero sin que sus cláusulas sobrepasen ese ámbito en ningún sentido ni pueden ser calificados como normativos en el puro sentido de la palabra, sino únicamente con el alcance al que nos hemos referido, en cuanto regulan derechos y obligaciones de aquellos a quienes se extiende el concreto contrato colectivo.

VII. CONCLUSIONES

Más que unas conclusiones propiamente dichas, lo que se pretende en este tramo final de la Memoria es recapitular algunos temas sobre los que se ha expuesto el tenor de nuestras normas y principales sentencias.

Laboralización del Deporte

La aceptación de la naturaleza laboral de los contratos deportivos ha sido un proceso no exento de dificultades.

A la calificación de los Tribunales a comienzo de la década de los 70 del siglo pasado siguió la social y jurídicamente trascendente mención en la Ley de Relaciones Laborales en 1976.

La verdadera aplicación de un régimen laboral propio a los deportistas profesionales, como relación laboral especial, solo surge con el RD 318/1981, de 5 de febrero, disposición que vino a desarrollar el artículo 2.1.d) del Estatuto de los Trabajadores.

Su origen inmediato se encuentra en los acuerdos AFE-CLUBES de 1979, a su vez planteados como una reforma de los aspectos más espinosos de los Reglamentos de la Federación Española de fútbol.

El Real Decreto 1006/1985

La promulgación del RD 1006/1985, aún vigente, apenas cuatro años después, trató de consolidar los avances de los derechos de los deportistas, en particular con la supresión del antiguo “derecho de retención”.

La norma también quiso conciliar los derechos del deportista con el mercantilismo de una actividad cada vez menos guiada por los principios del olimpismo.

No obstante, las más de dos décadas transcurridas muestran en numerosas de sus instituciones la necesidad de reformas que afronten la nueva realidad del deporte profesional, fundamentalmente derivada de la globalización.

El campo de aplicación del precepto sigue siendo polémico, aunque una consolidada doctrina judicial ha acabado otorgando cierta seguridad jurídica a supuestos confusos como los del personal técnico (entrenadores, preparadores, Secretarios Técnicos, Directores Deportivos) o los seleccionadores, mientras que aumentan las dudas sobre la posición de los árbitros.

Naturaleza de las remuneraciones

La llamada “prima de fichaje”, a pesar de su denominación, no tiene carácter compensatorio o indemnizatorio sino que forma parte del salario pues responde al concepto que del mismo consta en los artículos 8.2 RD 1006/1985 y 26 ET.

No tendrán la consideración de salario las indemnizaciones por preparación y formación previstas en el artículo 14.1 del Real Decreto 1006/1985, así como tampoco la participación que se abona al deportista sobre el precio de su traspaso definitivo o cesión temporal. Sin embargo, determinados autores entienden que este importe no es una compensación, sino una participación en el precio de la cesión o traspaso.

Temporalidad, formación y derechos formativos

En nuestro modelo de contrato de trabajo para deportistas no tiene cabida el contrato por tiempo indefinido, si bien, no se establecen límites a la duración temporal de los contratos. De este modo:

- No hay un periodo mínimo de duración de los contratos, circunstancia que tiene efectos colaterales importantes.
- Tampoco hay restricciones excesivas a las posibles prórrogas, cuyo régimen puede alterarse mediante convenio colectivo.
- Según reciente jurisprudencia, la estabilidad en el empleo también es un objetivo en estos contratos y por ello el club ha de indemnizar al término del contrato (temporal), potenciándose así la oferta empresarial de continuidad.

El art. 4.1 RD 1006/1985 prescribe que el contrato para la formación se registrará por el Estatuto de los Trabajadores y por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y la normativa laboral común estableciendo los supuestos de suspensión del mismo, salvo pacto de las partes acordando lo contrario, y consignando como supuesto de suspensión la ahora denominada incapacidad temporal.

Existe, sin embargo, una pujante corriente doctrinal que lo considera incompatible con la naturaleza especial del contrato.

El viejo y polémico “derecho de retención” fue abolido y reemplazado por los “derechos de formación” aunque ello no ha supuesto la finalización de los debates sobre el tema.

La suscripción de precontratos laborales (casos de Fran Mérida o de Raúl Baena) ha agudizado las contradicciones de un sistema de compensación por formación que se refiere exclusivamente al deporte profesional, dejando fuera los derechos que puedan resultar procedentes respecto a deportistas que no se encuentran en edad laboral. El actual sistema carece de las bases necesarias para compensar realmente la inversión-gasto que ha sido destinada a la formación de los deportistas cuando los mismos inician la práctica del deporte como profesional. A modo de ideas para el debate, pueden expresarse diversas valoraciones o recomendaciones:

- Cambiar el modo de evaluar los costes de la formación y aplicar el "método Bernard".
- Implicar a quienes actúan representando al menor.
- Activar los mecanismos de autorización judicial cuando se suscriben los compromisos.
- Examinar las circunstancias del caso por si pudiera haber responsabilidad extracontractual del club de destino.
- Renovar periódicamente el consentimiento expreso del menor para proseguir su formación.
- Propiciar una regulación convencional entre clubes que clarifique el tema.
- Contemplar expresamente el tema en la Ley del Deporte.
- Dar protagonismo a la correspondiente Federación deportiva.
- Criticar la sentencia y promover un cambio de jurisprudencia.

- Dejar el tema en manos de los Tribunales, para que éstos determinen lo que procede en cada caso.

Contrato de trabajo a tiempo parcial y sujeto a prueba

En lo que respecta a los deportistas profesionales, nada impide que puedan celebrarse contratos a tiempo parcial, modalidad que aparece expresamente reconocida como aplicable dentro de este ámbito de actividad por el Real Decreto 1006/1985, y que ha sido expresamente admitida por la jurisprudencia, en contra de lo que sostenían algunas tesis doctrinales.

Como ha sentenciado el Tribunal Supremo, la profesionalidad tampoco comporta –como antes se ha indicado– la exclusividad de medio de vida; exactamente igual que si se tratase de una relación laboral común, donde es factible – y del todo frecuente– el trabajo a tiempo parcial.

Pese a que la doctrina más solvente cuestiona la posibilidad de que el contrato de trabajo deportivo se sujete a prueba, la remisión que el RD 1006 realiza al Estatuto de los Trabajadores conduce a que los Tribunales acepten esa posibilidad.

Derechos de los trabajadores

El RD 1006/1985, en su art. 7 regula los derechos y obligaciones de las partes del contrato, estableciendo en el punto quinto una remisión a los derechos y deberes básicos previstos en los arts. 4 y 5 ET. Asistimos a una remisión de los derechos y deberes de carácter general, que tal y como advierte el propio artículo 4.1 del Estatuto de los Trabajadores, se exigirán y cumplirán “*con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa*”; pues bien el derecho a la ocupación efectiva recogido en el apartado 1, letra b) del referido art. 4 del ET, aparece expresamente regulado en el art. 7 RD 1006/1985, que nos llevará más adelante a un análisis más concreto y específico.

Los derechos de los deportistas que resultan de aplicación por remisión al art. 4.2 ET “en la relación de trabajo”, no son más que una transposición de los reconocidos en la Constitución Española, bien con carácter general para todos los ciudadanos (prohibición de discriminación, integridad física, intimidad o dignidad) o en relación con los trabajadores de relación laboral común (ocupación efectiva, promoción y formación profesional, seguridad e higiene y percepción puntual de las retribuciones). Los derechos contemplados en el art. 4 ET, que recoge carácter básico los siguientes:

- El derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio.
- La libre sindicación.
- La negociación colectiva.
- La adopción de medidas de conflicto colectivo.
- La huelga.
- La reunión.
- La información, consulta y participación en la empresa.

Asimismo, en su inciso segundo, este mismo artículo recoge como derechos que ostentan los trabajadores en la relación de trabajo, entre los que se encuentran:

- El derecho a la ocupación efectiva.

- El derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad.
- El derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de la lengua, dentro del Estado español. Asimismo tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.
- El derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.
- El derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.
- El derecho a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.
- El derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.
- Y cuantos otros derechos se deriven específicamente del contrato de trabajo.

Atención muy especial hemos debido prestar al derecho a la libertad de expresión y a la propia imagen, sin que en este momento parezca razonable extendernos en consideraciones acerca de las cuestiones abordadas.

Deberes de los trabajadores

El artículo 5 ET lista seis deberes básicos de los trabajadores: 1º) Cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia. 2º) Observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten. 3º) Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas. 4º) No concurrir con la actividad de la empresa. 5º) Contribuir a la mejora de la productividad. 6º) Cuantos se deriven, en su caso, de los respectivos contratos de trabajo.

En la exposición se han examinado las principales peculiaridades de los mismos: obligatoriedad a someterse a controles de dopaje, concentraciones e instrucciones de los Clubes, rendimiento exigible, comparecencias públicas, atención a medios de comunicación, compromisos publicitarios, respeto a los adversarios, etc.

La extinción contractual

En materia de extinción contractual, el listado que incluye el RD 1006/1985 en su artículo 13 es cerrado, de manera que las nueve causas distribuidas entre sus letras a) e i) no son completables o ampliables con la aplicación supletoria de otras previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Especiales problemas plantea esta configuración singularmente en aquellas que han sido reformadas –sobre todo en

1994– en la legislación laboral común, sin que exista correlato en esta relación laboral especial, como la amortización de puestos de trabajos y su distinción del despido colectivo, pues la regulación especial remite siempre al artículo 51 ET, conforme al ordenamiento jurídico vigente en el momento de su aprobación.

La ya aludida en estas conclusiones inadecuación del RD 1006/1985 a la caracterización propia del sector industrial del deporte profesional resulta tan acentuada como acuciante la necesidad de su reforma, si se contemplan exclusivamente las regulaciones de las causas de extinción del contrato de trabajo deportivo. Aspectos como la globalización del sector o la incidencia de las normas deportivas dictadas por las Federaciones internacionales insoslayablemente deben ser afrontados por el ordenamiento estatal, porque de hecho constituyen una realidad que está influyendo en la práctica, y el Real Decreto 1006/1985 tan vive de espaldas a ellas como resultan en ocasiones ineficaces sus previsiones.

La facultad que concede el RD 1006/1985 al deportista para resolver *ante tempus* y sin alegación de causa alguna su contrato de trabajo lleva aparejada, en su caso y a tenor de lo dispuesto en el apartado uno art. 16 RD 1006/1985, la obligación de satisfacer una indemnización que bien podrá ser pactada entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, fijada por la Jurisdicción Laboral. Respecto del primero de los supuestos ha de afirmarse que este pacto no es una cláusula penal de las que sancionan el incumplimiento de una obligación principal y que se encuentran reguladas en el 1.152 y siguientes del Código Civil, pues no se está ante un incumplimiento contractual sino ante el ejercicio válido de una facultad rescisoria anclada no sólo en las normas laborales, sino que hunde sus raíces en la propia Constitución. Se trata, por tanto, de una figura autónoma para la determinación de la responsabilidad indemnizatoria por los daños y perjuicios que pueda causar el deportista profesional a su empresa con la ruptura de su contrato.

La generalización de la práctica consistente en la inclusión de estas “cláusulas de rescisión” en los contratos de trabajo deportivos con cuantías muy elevadas ha planteado el interrogante de si, en algunos casos, pueden considerarse abusivas, por su desproporción con el salario recibido por el deportista profesional. Al efecto ha de sostenerse, de acuerdo con la doctrina judicial más reciente, que esa calificación merecerán las determinaciones convencionales de la indemnización que frustren la libertad del trabajador para cambiar de empresa, y que merecerá ser moderada hasta una cifra que pueda ser afrontada por el equipo interesado en la contratación, de acuerdo con los precios y tasaciones habituales en el mercado de trabajo de esa modalidad deportiva; fuera de esos supuestos, ningún óbice opone el RD 1006/1985 a la autonomía de la voluntad consagrada en el artículo 1.255 del Código Civil.

En cuanto a los efectos derivados de la resolución causal del contrato de trabajo por voluntad del deportista profesional, ha de notarse que el régimen contenido en el art. 16.2 RD 1006/1985 es inadecuado para esta relación especial de trabajo. Identificar el supuesto de hecho y los efectos de esta previsión reglamentaria con los previstos con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores para los casos de “despido indirecto” –art. 50 ET; necesidad de Sentencia firme de la Jurisdicción Laboral para resolver definitivamente el contrato–, aboca a conceder una protección exigua a los trabajadores esencialmente temporales y dependientes de una cotización que se resiente por mínimas actuaciones, y por tanto susceptible de ser notablemente perjudicada por una empresa disgustada con la actuación del trabajador.

Aspectos colectivos

Los temas de negociación colectiva, sindicación o representación nos sitúan ante múltiples dudas. De lo dispuesto en varios preceptos puede extraerse la conclusión de que hay determinados aspectos de la relación laboral que parecen quedar sustraídos del ámbito de la negociación colectiva sindical, ya que la referencia a los convenios alude a los que se pueden firmar entre la Liga profesional correspondiente y la respectiva Federación, apareciendo como complementarios los posibles convenios colectivos que pudieran firmarse entre las asociaciones de deportistas (sindicatos) y sus interlocutores.

La peculiar organización de la actividad administrativa en el ámbito deportivo puede observarse la participación de las asociaciones de deportistas. La participación sirve al objetivo de salir al paso de la crisis de la legitimación del poder basada únicamente en la representación parlamentaria y dar un nuevo contenido a la funcionalidad de la soberanía popular, principalmente mediante la multiplicación del número de centros de decisión pública en los que se incorpore la voluntad social, de manera que se constata la participación de los deportistas profesionales, a través de sus organizaciones representativas, en aquellos aspectos que afectan en mayor o menor medida y en distintos ámbitos, al desarrollo de su actividad.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ABREU, G.A.: *El fútbol y su ordenamiento jurídico. Origen en Inglaterra e implantación en Argentina*, Marcial Pons, Ediciones de Argentina, Buenos Aires, 2012.

AGUIAR DÍAZ, A.: “Los casos Fran Mérida, Raúl Baena y Olivier Bernard”, *Anuario andaluz de derecho deportivo*, núm. 9, 2009.

ÁGUILA SOTO, C., SICILIA CAMACHO, A.: “La relación laboral del deportista profesional”, *Cívitas: Revista española de derecho deportivo*, núm. 7, 1997.

ALONSO MARTÍNEZ, R.: “La libertad de expresión de los deportistas profesionales en el marco de su relación contractual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/95”, *Derecho Deportivo en línea (Ddel)*.

ÁLVAREZ MORENO, A.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de septiembre de 2008, relativa al despido de entrenador de fútbol vinculado al club por un contrato de trabajo especial”, *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 26, 2009.

-“Indemnización de daños y perjuicios por resolución de un contrato de trabajo de director técnico deportivo con anterioridad a que se hubiera iniciado la prestación de servicios. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 25 de julio de 2012”, *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 39, 2013.

ARROYO, J.: “Un puente para llegar antes: los Derechos de Formación en el Fútbol Español a propósito de la decisión del TAS caso 2011/A/2477 FC Spartak Moscow v. RFU amp; FC Rostov”, *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 40, 2013.

BASAULI HERRERO, E.: La incierta igualdad de los deportistas profesionales. ¿Es posible el despido nulo y en concreto por causas de discriminación? Incidencia de los convenios colectivos y las posibles vías de solución de los conflictos generados por la relación entre los clubes y los deportistas profesionales, *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 39/2013.

CABRERA BAZÁN, J.: *El contrato de trabajo deportivo (Un estudio sobre la relación contractual de los deportistas profesionales)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

CARDENAL CARRO, M.: *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2ª edic., Murcia, 1996.

-“Incumplimiento de precontrato por "deportista aficionado" y jurisdicción competente: comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial (sección quinta) de Alicante de 28 de mayo de 1996”, *Aranzadi civil*, núm. 3, 1996.

-“La libre circulación de los futbolistas profesionales: diez consideraciones sobre la sentencia del caso Bosman”, Aranzadi social, núm. 1, 1996.

-“El espinoso tema de los reconocimientos médicos previos a la contratación de deportistas, al hilo del caso "Geli": (sentencia de la Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 7 de abril de 2000)”, Anales de derecho, núm. 18, 2000.

-“A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales: un balance y una propuesta (I)”, Aranzadi social, núm. 5, 2000.

-“A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales: un balance y una propuesta (II)”, Aranzadi social, núm. 5, 2000.

-“La respuesta es no: A raíz del conflicto de los llamados Comunitarios B, unas reflexiones sobre deporte y Derecho comunitario”, Aranzadi social, núm. 5, 2000.

-“La invalidez de los deportistas profesionales en el disparadero”, Revista jurídica de deporte y entretenimiento, núm. 6, 2001.

-“Contratos laborales y federativos de los entrenadores de fútbol: validez y extinción”, Derecho deportivo, núm. 3-4, 2003.

-“La extinción del contrato del deportista por retrasos en el abono de su salario: una regulación insostenible (comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, de 8 de julio de 2003)”, Anuario andaluz de derecho deportivo, núm. 3, 2003.

-“Derechos de los extranjeros en la actividad deportiva”, en PALOMAR OLMEDA, A. (coord.): Tratado de extranjería: aspectos civiles, penales, administrativos y sociales, ed. Aranzadi, 2004.

-“¿Cabe supeditar la duración de las contrataciones laborales realizadas por un equipo ciclista a la duración del patrocinio?”, Derecho deportivo, núm. 6, 2004.

-“¿Puede la indemnización que corresponda a un deportista profesional tras su despido improcedente superar el importe de los salarios dejados de percibir por la extinción *ante tempus*?: las incertidumbres provocadas por una sentencia del Tribunal Supremo que probablemente incorpora en sus fundamentos de derecho un *lapsus linguae*”, Revista jurídica de deporte y entretenimiento, núm. 11, 2004.

-“¿Es Mayte Martínez deportista profesional?”, Revista jurídica de deporte y entretenimiento, núm. 12, 2004.

-“¿Es válido el contrato verbal en el ámbito del deporte profesional?”, Revista jurídica de deporte y entretenimiento, núm. 13, 2005.

-“El permiso de trabajo de los deportistas profesionales”, Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, núm. 15, 2005.

-“Globalización del deporte mundial y marco jurídico (El informe encargado por la Presidencia de la Unión sobre el estado del deporte profesional en Europa”, Aranzadi social, núm. 5, 2006.

CARDENAL CARRO, M. y BRAVO GUTIÉRREZ, P.: “Las indemnizaciones a que tienen derecho los deportistas profesionales por lesión que determina la extinción de su contrato o el abandono de la práctica del deporte, según dos recientes sentencias del Tribunal Supremo”, Revista jurídica de deporte y entretenimiento, núm. 13, 2005.

CARDENAL CARRO, M. y BUENDÍA JIMÉNEZ, J.A.: “A raíz de los comunitarios "B": algunas reflexiones sobre extranjería y deporte profesional”, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 2, 2001.

CARDENAL CARRO, M., GARCÍA SILVERO, E.A. y GONZÁLEZ del RÍO, J.M.: Regulación laboral del trabajo deportivo en Europa y América: (*guía básica*), ed. Aranzadi, 2006.

CARDENAL CARRO, M. e HIERRO HIERRO, F.J.: “Las relaciones laborales en el sector del juego: una lectura a través de la doctrina de los tribunales”, en PALOMAR OLMEDA, A.: Régimen del juego en España, ed. Aranzadi, 2006.

CARDENAL CARRO, M. e IRURZUN UGALDE, K.: “Extranjería y Deporte: coordenadas históricas para entender un problema y algunas reflexiones desde el Derecho del Trabajo”, Revista jurídica de deporte y entretenimiento, núm. 4, 2000.

-“Sobre si se tiene cobertura legal la precarización del empleo en el sector del ocio y del deporte acerca de la exclusión del artículo 1.6 RD 1006/1985 y su aplicación a los entrenadores”, Revista jurídica de deporte y entretenimiento, núm. 7, 2002.

-“El caso Miralles: ¿Volver a 1981 o reinventar el modelo?”, *Revista jurídica del deporte*, núm. 10, 2003.

CARDENAL CARRO, M., RUBIO SÁNCHEZ, F. y IRURZUN UGALDE, K.: “Una sentencia más sobre las cláusulas de rescisión de los deportistas profesionales”: La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 5, 1998.

CARDENAL CARRO, M. y SEMPERE NAVARRO, A.V.: Las relaciones laborales especiales: una visión panorámica y práctica, Estudios de derecho judicial, núm. 141, 2007.

CARDENAL CARRO, M.: “Una propuesta sobre el concepto de deportista profesional. (Nota extrapolable al ámbito de aplicación de otras relaciones laborales especiales)”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, 2009.

CRESPO PÉREZ, J. de D.: “Sentencia de la sala de lo social del TSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2013 (caso Boateng): aldabonazo a la negociación del convenio del fútbol profesional”, *Revista Jurídica del Deporte* núm. 42/2014.

CHARRO BAENA P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI C.: “*Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral*”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extra 3, 2007 (Ejemplar dedicado a Igualdad de oportunidades para todos).

CORDERO SAAVEDRA, L.: “*El deportista profesional. Aspectos laborales y fiscales*”, ed. Lex Nova. Valladolid. 2001.

ESPARTERO CASADO, J.: *Introducción al Derecho del Deporte*, ed. Dykinson, 2009.

ESQUIVEL MUÑIZ, U.: “*Las denominadas cláusulas de rescisión del contrato de los deportistas profesionales*”, ed. Dykinson, Madrid. 2003.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A. y PÉREZ BONMATÍ, A.: “Calificación de la relación laboral del personal técnico de un club o sociedad anónima deportiva”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1, 2012.

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: “Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 69, 2007.

FUENTE LAVIN, M. (de la): “*La Seguridad Social de los deportistas profesionales*” www.iusport.es/opinion/mikel99

GARCÍA BRAVO, S.: “*Análisis sistémico de los derechos de formación deportiva*”, ed. La Ley, núm. 7227, 2009.

GARCÍA CABA, M.M.: “La modificación del régimen jurídico de los entrenadores de la competición futbolística profesional a la luz de la resolución del Consejo Superior de Deportes, de 7 de febrero de 2007”, *Revista andaluza de derecho del deporte*, núm. 3, 2007.

-Breves reflexiones sobre las potestades de las Ligas Profesionales en la tramitación de las licencias deportivas para la disputa de la competición profesional: ¿una expropiación federativa? (A propósito del "Caso Murcia"), Cívitas: *Revista española de derecho deportivo*, núm. 19, 2007.

-El régimen jurídico del fútbol profesional español ante el reciente Convenio de Coordinación: novedades y primeros problemas prácticos en su aplicación, Cívitas: *Revista española de derecho deportivo*, núm. 20, 2007.

-El descenso de categoría por impago de deudas a deportistas y su conformidad a derecho, 12 años después: a propósito de la STS de 8 de mayo de 2006, Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, núm. 21, 2007.

-El nuevo convenio colectivo del fútbol profesional español: consideraciones generales y cuestiones prácticas, Anuario andaluz de derecho deportivo, núm. 8, 2008.

-El deporte ante el Derecho Comunitario, ¿el final de una especificidad utópica?, Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, núm. 22, 2008.

-¿Los directivos de las Ligas Profesionales están sujetos a la disciplina de las federaciones deportivas?: el ejemplo del fútbol y la reciente interpretación del CEDD, Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, núm. 24, 2008.

-Lo que se podría/debería hacer ante una hipotética reforma del régimen jurídico del deporte profesional en España, Anuario iberoamericano de derecho deportivo, núm. 1, 2009.

-¿Puede una circular regular la constitución de clubes deportivos?: a propósito de la sentencia del TSJ de Valencia, de 25 de julio del 2008, Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, núm. 26, 2009.

-Cinco propuestas y una conclusión para un perfeccionamiento del régimen jurídico del deporte profesional, Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, núm. 27, 2009.

-El régimen jurídico de explotación de los derechos audiovisuales futbolísticos, un conflicto endémico que necesita soluciones jurídicas: quid novum?, Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, núm. 29, 2010.

-De nuevo sobre la "pretendida" reforma del deporte profesional: un análisis de la tramitación parlamentaria y algunas propuestas de lege ferenda, Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, núm. 30, 2010.

-La organización arbitral del fútbol profesional y los conflictos normativos: ¿vuelven los matrimonios de conveniencia?, Cívitas: Revista española de derecho deportivo, núm. 27, 2011.

-Derecho a la información vs. derecho al entretenimiento: ¿por qué el fútbol profesional sigue siendo diferente?, Cívitas: Revista española de derecho deportivo, núm. 28, 2011.

-Sobre la especial necesidad de construir un marco jurídico global del deporte profesional, Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento, núm. 33, 2011.

-El nuevo procedimiento abreviado de resolución contractual anticipada del fútbol profesional español: principales características y esquemas prácticos, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 34, 2012.

-Algunas reflexiones sobre la reciente aplicación de la reforma concursal al fútbol español: ¿cañonazos contra moscas o salvas de honor para mariposas?, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 36, 2012.

-Propuestas para la –tantas veces anunciada–, reforma del régimen jurídico del fútbol (deporte) profesional, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 37, 2012.

-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.

-A propósito de la reciente jurisprudencia comunitaria sobre los derechos audiovisuales futbolísticos: ¿hacia una reinterpretación del interés general del fútbol Español?, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 42, 2014.

GARCÍA CABA, M.M. y TEBAS MEDRANO, J.: “El Fondo de Garantía Salarial y las normas aplicables a las entidades concursadas y en dificultad económica en el nuevo convenio colectivo del fútbol profesional español”, *Cívitas: Revista española de derecho deportivo*, núm. 23, 2009.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: “Precontratos de trabajo, menores de edad y deporte profesional entre las dudas y las incertidumbres”, *Justicia laboral*, núm. 55, 2013.

GARCÍA DE PABLOS, J.F.: “La validez de los precontratos deportivos”, *Revista Jurídica del Deporte* núm. 40, 2013.

GONZALO GÓMEZ, A.: “La contratación de deportistas profesionales”, *Anuario andaluz de derecho deportivo*, núm. 9, 2009.

GONZÁLEZ del RÍO, J.M.: “Desistimiento de deportista profesional y precontrato de trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 10, 2006.

-“Rescisión de contrato de entrenador de balonmano por no alcanzar los objetivos deportivos estipulados en el contrato de trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 20, 2008.

-*El deportista profesional ante la extinción del contrato de trabajo deportivo*, ed. La Ley, 2009.

-“Derecho de imagen de futbolista profesional y jurisdicción competente”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1, 2012.

-“El régimen jurídico de los entrenadores y seleccionadores deportivos”, *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 39, 2013.

JESÚS GUTIÉRREZ CEDENA, J.: “Desestimación de reclamación de daños y perjuicios por inexistencia de contrato laboral perfeccionado: Comentario a la Sentencia 1115/2013 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 17 de mayo de 2013”, *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 41, 2013.

IRURZUN UGALDE, K.: “Convenios colectivos y deporte profesional”, *Cívitas: Revista española de derecho deportivo*, núm. 6, 1995.

-La negociación colectiva en el deporte profesional, Vitoria-Gasteiz: Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia=Servicio Central de Publicacions del Gobierno Vasco, 2005.

-“Manual sobre las relaciones laborales en el entorno de los servicios deportivos locales”, *Derecho deportivo en línea (Ddel)*, núm. 6, 2005-2006.

-“El nuevo convenio colectivo 2005-2011 de la NBA: una referencia para la reflexión sobre nuestro modelo de deporte profesional”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 16, 2006.

-“El nuevo convenio colectivo 2005-2011 de la NBA: una referencia para la reflexión sobre nuestro modelo de deporte profesional”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 17, 2006.

-“El mercado de trabajo del fútbol profesional, edificio en ruina: A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Ferrol de 12 de noviembre de 2010 (Caso Oliver Brocos)”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 31, 2011.

IRURZUN UGALDE, K. y CARDENAL CARRO, M.: “Extranjería y Deporte: coordenadas históricas para entender un problema y algunas reflexiones desde el Derecho del Trabajo”, *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, núm. 4, 2000.

-“Sobre si se tiene cobertura legal la precarización del empleo en el sector del ocio y del deporte acerca de la exclusión del artículo 1.6 RD 1006/1985 y su aplicación a los entrenadores”, *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, núm. 7, 2002.

IRURZUN UGALDE, K. y CASTRO RINCÓN, A.: “¿El "deportista-anuncio" tiene encaje en el RD 1006/1985?: Comentario a raíz de la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 6 julio 2004”, *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, núm. 13, 2005.

IRURZUN UGALDE, K. y RUBIO SÁNCHEZ, F.: “Una sentencia más sobre las cláusulas de rescisión de los deportistas profesionales”, Miguel Cardenal Carro, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 1998.

IRURZUN UGALDE, K. y SEGALÉS FIDALGO, J.: “Cláusulas de rescisión: entre el respeto al derecho al trabajo y del futbolista y el mantenimiento del mercado de traspasos. Notas a propósito de la STSJ 17-10-2006 (caso "Zubiaurre")”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm., 19, 2007.

LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “Intervención administrativa en la relación laboral especial de los deportistas profesionales extranjeros. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de abril de 2005, asunto c-265/03, Igor Simutenkov, *Temas Laborales* núm. 82, 2005.

LOPERA CASTILLEJO, M.J.: “La relación que une al entrenador de fútbol con la federación nacional de calificación y efectos jurídicos. A propósito de la STSJ de Madrid de 16 de marzo de 1992”, *Cívitas: Revista española de derecho deportivo*, núm. 1, 1993.

LUJÁN ALCARAZ, J.: “La opción empresarial en el despido improcedente de un deportista profesional”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 1991.

-“Las fronteras del deporte profesional”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2008. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=12909>

-“Los derechos de formación deportiva”, *Revista jurídica del deporte*, núm. 31, 2011.

-“El agente deportivo”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 36, 2012.

MIGUEL PAJUELO, F. de: “Efectos del despido improcedente de deportista profesional. Comentario a la sentencia del tribunal superior de Justicia de Cataluña de 18 de diciembre de 2012”, *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 39/2013.

MONROY ANTÓN, A.: “El deportista profesional: la necesidad de la reforma del Real Decreto 1006/1985”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2005.

-“Los derechos de formación, ¿un abuso en el fútbol español?”, *La Ley*, núm. 7155, 2009.

-El despido procedente de deportistas profesionales por incumplimiento de objetivos, *Diario La Ley*, núm. 7450, 2010.

OLLO LURI, M.P.: “Es profesional o aficionado este futbolista?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, num. 5, 2009.

OROZCO PARDO, G.: “Responsabilidad civil derivada de la actividad del deportista profesional: algunas reflexiones”, *Revista andaluza de derecho del deporte*, núm. 3, 2007.

PALOMAR OLMEDA, A.: “Análisis de los diferentes aspectos que plantea la resolución del contrato de trabajo de los deportistas profesionales”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 30, 1987.

-“El Derecho Comunitario tras los pasos del deporte: un nuevo episodio que puede resquebrajar las estructuras deportivas convencionales”, *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, núm. 3, 2000.

-“La regulación de las titulaciones deportivas en el ámbito del Real Decreto 1913/1997, de 19 de diciembre”, *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, núm. 3, 2000.

-“El principio de competencia en el ámbito deportivo: los denominados convenios de integración”, *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, núm. 5, 2001.

-“La aplicación al ámbito del Deporte de las reglas del Derecho de la competencia”, en A. PALOMAR OLMEDA (coord.): *El modelo europeo del deporte*, ed. Bosch, 2002.

-“Algunos elementos centrales en la configuración de los fenómenos asociativos deportivos”, *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, núm. 9, 2003.

-“Algunas reflexiones intemporales sobre el modelo de organización del deporte profesional”, *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, núm. 10, 2003.

-“La incidencia del dopaje en la relación laboral: apuntes sobre una polémica en ciernes”, *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 11, 2004.

-“Los sindicatos en el deporte español”, *Revista Jurídica del deporte*, núm. 13, 2005.

-“La organización del deporte: instituciones y personas en ámbitos: nacional e internacional, estatal y autonómico, público y privado”, *Estudios jurídicos*, núm. 2006, 2006.

-“El entorno jurídico de las nuevas tendencias deportivas. Deporte de aventura, animación deportiva y ocio activo”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 17, 2006.

-“Algunas cuestiones sobre la aplicación de la normativa concursal al ámbito del deporte profesional”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 18, 2006.

-“La necesidad de reconfigurar el estatuto del deportista”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 19, 2007.

-“La indemnización por daños y perjuicios por vulneración de las normas de defensa de la competencia. Comentario en torno a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25 bis), de 18 de diciembre de 2006”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 19, 2007.

-“Reflexiones sobre la eventual oportunidad de la despublificación de la disciplina deportiva”, en CARRETERO LESTÓN, J.L. (coord.): *El nuevo derecho deportivo disciplinario*, ed. Dykinson, 2009.

-“El tratamiento de la insolvencia financiera y el deporte profesional”, en PALOMAR OLMEDA, A. (dir.) y TEROL GÓMEZ, R. (coord.): *El deporte profesional*, ed. Bosch, Barcelona, 2009.

-“La libertad individual y la intimidad como límites necesarios a la actuación pública y privada en la actividad deportiva”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 26, 2009.

-“La reforma del régimen jurídico del deporte profesional”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 806, 2010.

-“El fútbol, ¿interés general o general interés?”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 848, 2012.

-“Elementos para del debate sobre el marco sancionador general de la actividad deportiva”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 37, 2012.

-“Las transformaciones del deporte y la problemática emergente: a propósito de los menores”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 39, 2013.

-“La necesidad de la reordenación del estatuto jurídico del menor deportista”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 39, 2013.

-“Una aproximación a los derechos federativos en el ámbito de la modalidad de fútbol”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 41, 2013.

-“El ordenamiento deportivo nacional (I): federaciones y ligas profesionales”, en PALOMAR OLMEDA, A. y PÉREZ GONZÁLEZ, C. (coords.): *Derecho deportivo: legislación, comentarios y jurisprudencia*, ed. Tirant lo Blanch, 2013.

-“El ordenamiento deportivo nacional (II): régimen disciplinario, electoral, dopaje y violencia en el deporte”, en PALOMAR OLMEDA, A. y PÉREZ GONZÁLEZ, C. (coords.): *Derecho deportivo: legislación, comentarios y jurisprudencia*, ed. Tirant lo Blanch, 2013.

PALOMAR OLMEDA, A. y DESCALZO, A.: Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional: *especial referencia al fútbol*, ed. Dykinson, 2001.

PALOMAR OLMEDA, A. y PÉREZ GONZÁLEZ, C.: “El fútbol profesional y la Unión Europea: un comentario de urgencia al Informe del Parlamento Europeo”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 20, 2007.

-“Reflexiones sobre la eventual oportunidad de la despublificación de la disciplina deportiva”, en CARRETERO LESTÓN, J.L. (coord.): *El nuevo derecho deportivo disciplinario*, ed. Dykinson, 2009.

-Derecho deportivo: *legislación, comentarios y jurisprudencia*, ed. Tirant lo Blanch, 2013.

PALOMAR OLMEDA, A. y RODRÍGUEZ GARCÍA, J.: “De nuevo sobre la necesidad de la reconfiguración de la relación jurídica del deportista”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 23, 2008.

PALOMAR OLMEDA, A. (dir.) y TEROL GÓMEZ, R. (coord.): *El deporte profesional*, ed. Bosch, Barcelona, 2009.

-“La reforma del deporte profesional: ¿necesidad o capricho? El fútbol como pretexto”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 29, 2010.

PIEDRA de la CUADRA, J.: *IV Congreso Internacional y XXV Nacional de Educación Física. Discriminaciones Económicas de las mujeres en el deporte de alto nivel*, Universidad de Sevilla, Departamento de Educación Física y Deporte, 2008.

QUINTERO LIMA, M.G.: “A vueltas con la naturaleza de la relación laboral de los entrenadores y los efectos de su extinción. STSJ Cataluña 4 diciembre 2013 (JUR 2014, 22784)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 167, 2014.

RIVAS VALLEJO, P., TOLEDO OMS, A. y DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R.: *La relación de trabajo en el deporte profesional*, ed. Grupo Difusión, Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “La relación laboral de los deportistas profesionales, principales rasgos configuradores”, *Actualidad Laboral*, Monografías de Jurisprudencia, Septiembre 2007.

RODRÍGUEZ COPÉ, M.L.: “Finalización *ante tempus* de la relación laboral del deportista profesional y lesión de derecho fundamental”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6, 2013.

RODRÍGUEZ GARCÍA, J.: “Los requisitos mínimos para contratos estándar de jugadores de fútbol profesional en el derecho español”, *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 26, 2009.

RODRÍGUEZ TEN, J.: “¿Existe realmente el «derecho de huelga» de los futbolistas profesionales ante sus clubes a la vista de las consecuencias establecidas por la reglamentación federativa?”, *Cívitas: Revista española de derecho deportivo*, núm. 28, 2011.

ROQUETA BUJ, R.: “La garantía de las deudas salariales de los futbolistas profesionales. A propósito del Convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional de 2008”, *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 26, 2009.

-*Los deportistas profesionales. Régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, ed. Tirant, Valencia, 2011.

-“¿Los convenios colectivos pueden limitar los salarios de los deportistas profesionales?”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 35, 2012.

-Régimen jurídico de los deportistas profesionales y otros agentes del deporte (I y II), en PALOMAR OLMEDA, A. y PÉREZ GONZÁLEZ, C. (coords.): *Derecho deportivo: legislación, comentarios y jurisprudencia*, ed. Tirant lo Blanch, 2013.

-*Crisis económica y deporte profesional*, ed. Aranzadi, 2014.

-“Las transferencias de los futbolistas”: *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 43, 2014.

RUBIO de MEDINA, M.D.: *La relación laboral especial de los deportistas profesionales*, ed. Bosch, Biblioteca Básica de Práctica Procesal núm. 279, Barcelona, 2008.

RUBIO SÁNCHEZ F.: *El mercado de trabajo del deporte profesional: gestión empresarial, mediación en la contratación y cláusula de rescisión*, Aranzadi social, núm. 5, 1999.

-“Naturaleza laboral de la actividad de los entrenadores deportivos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, de 30 de enero de 2003”, *Anuario andaluz de derecho deportivo*, núm. 3, 2003.

-“Derecho a la intimidad de los trabajadores: vigilancia con cámaras de seguridad u otro tipo de dispositivos”, *Aranzadi social*, núm. 5, 2003.

-“*El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*”. ed. Dykinson, Madrid, 2005.

-“Responsabilidades derivadas de la práctica del deporte del golf”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 14, 2005.

-“Validez procesal de la grabación de una conversación telefónica privada: comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal

Superior de Justicia de Cataluña de 24 de enero de 2006 (AS 2006, 928)”, *Aranzadi social*, núm. 2, 2006.

-“Falta de ocupación efectiva y acoso moral en la relación laboral de los deportistas profesionales. Comentario Sentencia TSJ de Murcia de 28 de julio de 2009 (AS 2009, 1789)”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 28, 2010.

-“Cláusulas de rescisión: una síntesis”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 33, 2011.

RUBIO SÁNCHEZ, F., IRURZUN UGALDE, K., CARDENAL CARRO, M.: “Una sentencia más sobre las cláusulas de rescisión de los deportistas profesionales”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 1998.

SAGARDOY BENGOCHEA J. A. y GUERRERO OSTOLAZA, J. M., *El contrato de trabajo del deportista profesional*, ed. Civitas, Madrid, 1991.

SALA FRANCO T.: *El trabajo de los deportistas profesionales*, ed. Mezquita, Madrid, 1983.

SELIGRAT GONZÁLEZ, V.M.: “Menores, deporte y responsabilidad civil”, *Diario La Ley*, núm. 8040, 2013.

-“Contratos deportivos y protección de menores”, *Actualidad civil*, núm. 4, 2014.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Precontratos de trabajo infantiles (y millonarios)”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 744, 2008.

-“Dos casos de indemnizaciones “laborales” en la Jurisprudencia Civil”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, 2013.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “El caso Webster: indemnización por extinguir el contrato más allá del <período protegido>”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 23, 2008.

SICILIA CAMACHO, A.: “El deportista profesional: una relación laboral de carácter especial”, *Apunts: Educación física y deportes*, núm. 49, 1997 (Ejemplar dedicado a: Dossier: Clubs deportivos).

TOROLLO GONZÁLEZ, F.J.: “Las relaciones laborales especiales de los deportistas y artistas en espectáculos públicos [en torno al artículo 2.1.d) y e)]”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (edición especial dedicada a El Estatuto de los Trabajadores veinte años después), Vol. I, 2000.

TRILLO GARCÍA, A.: “Derechos de imagen, su carácter salarial y su inclusión en la base reguladora de accidentes de trabajo”, *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 26, 2009.

VAL (de) TENA, A. y VAL (de) ARNAL, J.J.: “La negociación colectiva de los deportistas profesionales”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1996.

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

VIDAL, P.: “El desgaste y la edad en los deportistas profesionales: retirada o invalidez”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 873, 2013.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

<http://www.acb.com/>
<http://aedd.webnode.com/>
<http://www.aepsad.gob.es/aepsad>
<http://www.amdeged.es/revista/revista>
<http://www.avancedeportivo.es/ad/el-deporte-femenino-en-negro/>
<http://blog.deportedeley.com/>
http://www.cacocu.es/static/CacocuElementManagement/*/aula-de-derecho-deportivo
<http://ceo.uab.cat/new.html>
<http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-14.pdf>
<http://www.csd.gob.es/csd/>
<http://www.csd.gob.es/csd/promocion/mujer-y-deporte>
<http://dapp.es>
<http://www.dd-el.com/>
<http://deporteyderecho.wordpress.com/>
<http://www.derechodeportivo.es/>
<http://www.derechodeportivo.org/>
<http://derechodeportivomadrid.com/>
<http://despachodeldeporte.com/>
<http://www.diariojuridico.com/?s=DEPORTE>
<http://www.elchut.com/>
<http://es.fifa.com/aboutfifa/officialdocuments/index.html>
<http://www.europapress.es/deportes/>
<http://www.expansion.com/juridico/>
<https://www.facebook.com/revistafairplay>
<http://www.feb.es/>
<http://www.feddf.es/>
<http://www.indret.com/>
<http://iusport.com/>
<http://javierlasheras.com/deportes/>
<http://www.lawinsport.com/>
<http://www.lawsport.com/index.aspx>
<http://www.ligafemenina.es/>
<http://www.lfp.es/>

<http://www.lokosxelbaloncestofemenino.com/>
<http://mujerydeporte.org/>
<http://noticias.juridicas.com/>
<http://noticias.lainformacion.com/deporte/>
<http://palabradefutbol.com/se-presenta-el-forum-derecho-etica-y-deporte/>
<http://www.periodistadigital.com/laotraliga/>
<http://www.raco.cat/index.php/FairPlay>
<http://www.redeporte.org>
<http://www.revista-apunts.com/es/>
<http://www.rfef.es/>
<http://rua.ua.es/>
<http://www.seap.minhap.gob.es/index.html>
<http://www.superdeporte.es/>
<http://www.uca.es/iaic/cargarAplicacionNoticia.do?identificador=12>
<http://www.ugt.es/Mujer/crisalida/00051/Sentencias.html>
<http://www.ugt.es/Mujer/crisalida/00051/Opinion.html>
<http://usuarios.multimania.es/mujerydeporte/index.htm>
<http://web.icam.es/actualidad>