

La problemática derivada del descanso obligatorio por nacimiento y cuidado de menor en el deporte profesional

The problem derived from compulsory parental leave and childcare in professional sport

VÍCTOR RIBES MORENO

DOCTOR EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Resumen

Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, ha introducido importantes cambios respecto a la protección por maternidad y paternidad, al unificar los descansos para ambos progenitores. En consecuencia, se ha incrementado el descanso del antiguo permiso de paternidad para igualarlo a la maternidad. Uno de los cambios más relevantes de esta unificación, es que el antiguo permiso de paternidad se transforma en una suspensión del contrato de trabajo, obligando a ambos progenitores a disfrutar una parte del descanso simultáneamente una vez acontecido el nacimiento del menor, la acogida o adopción. Si bien nos encontramos ante un evidente paso para lograr una igualdad efectiva, la normativa puede tener graves consecuencias cuando la trasladamos al ámbito del deporte profesional.

Abstract

Royal Decree-Law 6/2019 of 1 March introduced important changes regarding maternity and paternity protection by unifying leave for both parents. Consequently, the duration of the former paternity leave has been increased to match maternity leave. One of the most important changes regarding this unification is that the former paternity leave becomes a suspension of employment contract, forcing both parents to enjoy a part of the leave simultaneously after the birth, fostering or adoption of the child. Although we are facing an obvious step towards actual equality, the regulations may have serious consequences in the field of professional sport.

Palabras clave

deportistas profesionales; nacimiento y cuidado de menor; maternidad y paternidad

Keywords

Professional athletes; birth and childcare; maternity and paternity

1. INTRODUCCIÓN

El art. 23 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE respecto a la igualdad entre hombres y mujeres establece que “*la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución*” mientras que art. 3.2 del Tratado de la Unión Europea indica que “*la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño*”. Por una parte, es cierto que poco a poco se van dando pasos para lograr tales objetivos en las relaciones comunes, pero, por otra parte, el deporte profesional sigue siendo un escollo de difícil abordaje para cumplir el mandato de la UE.

La desprotección y discriminación de la mujer en el deporte no es una novedad, debido a la escasa repercusión y visibilidad en los medios de comunicación¹ de los

¹ ANGULO, M., *Las imágenes de los deportistas en los medios de comunicación*, Consejo Superior de Deportes, Madrid, 2017.

problemas que han tenido afrontar las mujeres deportistas. Históricamente el colectivo ha estado a la sombra de sus homólogos masculinos en cuanto a popularidad, a lo que había que añadir: el rechazo social de una sociedad más conservadora, las diferencias culturales entre el deporte de la clase bajas y los aristócratas, la falta de instalaciones y recursos para practicar deporte. Lo que ha condicionado a su vez el acceso a los derechos laborales y de protección social².

La Declaración de Brighthon³ fue un punto de inflexión a nivel internacional, donde los países firmantes acordaron promover el desarrollo de políticas, estructuras y mecanismos que aseguren a todas las mujeres la oportunidad de participar en el deporte en un ambiente seguro, que les apoye y que conserve los derechos de dignidad y respeto. No obstante, si bien se han ido solventando parte de los problemas del pasado⁴, con los nuevos tiempos han aparecido otros aspectos que han impedido la plena igualdad entre el deporte masculino y el femenino y que, desgraciadamente, se han normalizado en nuestro sistema de relaciones laborales y de protección social.

La maternidad en el deporte profesional, supone en uno de los casos de estudio más complejos y anecdóticos de nuestro sistema de protección social. Esta particularidad, deriva principalmente de la adaptación de las normas laborales comunes a una profesión en la que la capacidad física y psicológica es llevada al extremo que exige la competición profesional, donde un parón para disfrutar del descanso correspondiente, implica que la deportista tarde un tiempo determinado en recuperar la capacidad física, viendo comprometido su futuro laboral.

En primer lugar, es innegable el impacto físico de la maternidad y de las consecuencias para deportista, que resumimos en dos problemas principales.

— El parón de la competición derivado de la maternidad.

Este no solamente afectará al periodo de descanso y posterior recuperación, sino también, a la más que previsible situación de riesgo durante el embarazo⁵ que empezará a tramitarse en el momento en el que el club tenga constancia de que la trabajadora está en estado de gestación. Es decir, durante el tiempo de gestación y posterior descanso obligatorio, la jugadora se tendrá que apartar del terreno de juego y de los entrenamientos. Tiempo que puede durar meses.

² Sobre la desigualdad entre géneros en el deporte véase RIVAS VALLEJO, M. P., «Perspectiva de género», en Rivas Vallejo, M. P. (Dir), Toledo Oms, A. (Coor.), *La relación del trabajo en el deporte profesional*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011, pág. 161 y ss.

³ Conferencia organizada por el *British Sports Council* (Consejo Británico de Deportes) con el apoyo del COI, del 5 al 8 de mayo de 1994.

⁴ Pioneras en conseguir el reconocimiento como deportistas profesionales en los años 70 fueron las llamadas “Las Pelotari”. Un grupo de mujeres que hicieron de su afición al deporte su trabajo. Aunque no fue un camino nada fácil, ya que tuvieron que soportar multitud de obstáculos, insultos y comportamientos que hoy serían objeto de sanción para cualquier club o entidad deportiva. Véase BURUI IGUZKIZA, D, SALABERRI PELAYO, A., *Las Pelotari*, Documental, 2015, España.

⁵ Resulta evidente que en cumplimiento del art. 26 de la LRPL el cambio de puesto de trabajo es técnica y objetivamente imposible por la naturaleza de la relación laboral, por lo que entrará en marcha el apartado 3 del mismo artículo y, por tanto, protección ofertada en el art. 186 de la LGSS respecto a la suspensión de contrato por riesgo durante el embarazo.

— La protección de la salud de la trabajadora.

Nos referimos tanto a la salud física como psicológica. Por una parte, la recuperación física tras el embarazo y, por otro lado, las posibles consecuencias psicológicas derivadas por la presión de volver a competir y de auto exigencia para recuperar el nivel de competitividad previa a la maternidad⁶.

Los clubes deportivos, en vista de proteger sus intereses optaron por introducir una cláusula antiembarazo en el contrato de las deportistas⁷, opción a nuestro juicio, totalmente aberrante y que vulnera el art. 14 de la CE. Estas cláusulas, son la consecuencia de encontrarse las deportistas profesionales en «tierra de nadie»⁸ y que desde nuestro punto de vista, reflejan una evidente falta de control e inspección de la administración laboral en el deporte profesional, cuya falta de eficacia está vulnerando los derechos fundamentales de las mujeres deportistas⁹.

En cuanto al descanso por paternidad, también ha supuesto un complejo objeto de estudio, principalmente motivado por la escasa aceptación de este. Un claro ejemplo ha sido el colectivo de los futbolistas profesionales, donde el disfrute del descanso era simplemente anecdótico¹⁰. Entre los motivos de la escasa aceptación, destaca la nula protección del puesto de trabajo tras el descanso derivado del parón en la competición, por ende, el deportista veía comprometida su continuidad en el club. Es decir, presentan un problema similar al de las mujeres, pero con la diferencia de que su salud no se ve expuesta.

Sin embargo, donde verdaderamente radicaba la diferencia entre ambos colectivos, era en la opcionalidad y la libertad de decisión del deportista para acogerse a tal permiso. Además, para el club deportivo, la paternidad tampoco suponía un “riesgo” a cubrir como el riesgo durante el embarazo de las mujeres deportistas.

⁶ En general los riesgos psicosociales son los grandes olvidados en cuanto a la prevención y vigilancia de la salud de las mujeres deportistas. Véase RIVAS VALLEJO, M. P., «Perspectiva de género», en Rivas Vallejo, M. P. (Dir), Toledo Oms, A. (Coor.), *La relación del trabajo en el deporte profesional*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011, pág. 189 - 190.

⁷ Cláusulas que harían saltar las alarmas en el año 2014 en el X Congreso de la Asociación Española de Derecho Deportivo, donde tuvo lugar la conferencia *Embarazo como cláusula de penalización* en la que ya se informaba de la aplicación y normalización de las cláusulas en los contratos individuales de las deportistas profesionales. Cláusulas que estaban totalmente asumidas y normalizadas dentro del ámbito deportivo y sin duda alguna, han interferido en la vida privada de las deportistas, pues según denunciaba en 2018 la Asociación para Mujeres en el Deporte Profesional (AMDP), no hay ninguna jugadora de fútbol de la primera división que sea madre.

⁸ Véase el reciente artículo donde se estudia la problemática de tales cláusulas RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “Las cláusulas antiembarazo en las relaciones laborales de los deportistas”, *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, nº 62, 2019.

⁹ Recordemos que los contratos de trabajo deben ser registrados en los servicios públicos de empleo, incluidas las cláusulas anexas. Además, dependiendo del deporte practicado, también deben contar con el visto bueno de la federación correspondiente, por ejemplo, los Estatutos de la Real Federación de Fútbol Español indica en el art. 122. 2. que para inscribir a un jugador con licencia tipo “P” - aquellos que perciban una retribución y, por tanto, profesionales - deberán ir acompañados de la copia del contrato.

¹⁰ Como en el caso de Gerard Piqué, que tan solo un día después de ser padre viajó a Málaga para enfrentarse contra el equipo de dicha localidad. Mismo caso que Leo Messi que un día después del nacimiento de su hijo Thiago, disputó un partido contra el Celta de Vigo o el ejemplo de Joaquín Caparrós, cuando siendo entrenador del Mallorca renunció al descanso para seguir entrenando a su equipo. Otro ejemplo fue el de Andrés Iniesta que tres días después del nacimiento de su hija disputó un partido de cuartos de final de la Champions League.

Esta libertad de decisión presentaba dos problemas que chocaba con la igualdad entre los hombres y las mujeres en el deporte.

— Ventaja competitiva de los hombres sobre las mujeres.

La libertad de acogerse al permiso de paternidad suponía ventaja competitiva sobre las mujeres. Esta ventaja radica en que podían seguir entrenando y compitiendo, por lo que las características físicas del deportista no se ven mermaidas. De este modo, los hombres no presentan el problema de tener que recuperar la condición física tras el descanso y se elimina cualquier problema de salud derivado de tal condición¹¹.

— Aumentar la diferencia en popularidad entre el deporte masculino y el femenino.

A consecuencia de que las ligas deportivas y en general los equipos, mantienen los jugadores clave durante la temporada, aumentando en consecuencia el espectáculo y la popularidad del deporte. Igualmente, tampoco se verá afectada la planificación de la temporada, con el consiguiente ahorro económico para el club deportivo.

— La imagen sobre la paternidad en la sociedad.

El deporte profesional es un escaparate del que multitud de personas, especialmente adolescentes toman ejemplo. Casos como el del jugador de fútbol Lucas Vázquez, cuya paternidad coincidió con la convocatoria a la selección española para el Mundial de Rusia de 2018¹², a la que acudió, con la posterior alabanza de la prensa deportiva en general.

Identificados los principales problemas de desigualdad, cabe mencionar que en el presente artículo nos centraremos en el estudio del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Concretamente nos centraremos en investigar el impacto para el deporte profesional de la unificación de la maternidad y la paternidad en una misma prestación llamada “nacimiento y cuidado de menor” de las que veremos en primer lugar las novedades introducidas y, en segundo lugar, la problemática derivada de la obligación del descanso inmediatamente tras el parto, acogimiento o adopción.

2. NOVEDADES DEL RDL 6/2019 EN EL DEPORTE PROFESIONAL

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres no tuvo el efecto esperado respecto a la eliminación de cualquier forma de discriminación hacia la mujer y en garantizar la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia laboral¹³. La explicación de RIVAS VALLEJO¹⁴ apunta a que la LO 3/2017 no abordó debidamente la perspectiva de género al

¹¹ Incluso psicológicamente suponía un aliciente para el deportista por la motivación de ganar un partido o “marcar un gol” para dedicárselo al recién nacido.

¹² La cronología del suceso, es que el trabajador fue padre un miércoles, el viernes ya estaba concentrado con la selección, el domingo jugando un partido amistoso y al jueves siguiente, viajando a Rusia para disputar el mundial.

¹³ Preámbulo del RDL 6/2019.

¹⁴ RIVAS VALLEJO, M. P., “Salud y discriminación de género”, *Judicatus*, nº 5, 2015, pág. 97.

no considerar un riesgo para la salud aspectos como la “doble jornada” de la mujer en el trabajo¹⁵, la mayor precariedad laboral, la devaluación de valor de su trabajo, las diferencias salariales. Diferencias que indudablemente podemos encontrar en el deporte profesional.

El RDL 6/2019 intenta paliar estas desigualdades en cumplimiento del art. 9. 2 y 14 de la Constitución Española. Al mismo tiempo, supone una modernización y ampliación de las políticas de igualdad establecidas en la LO 3/2007 en los siguientes aspectos:

- Exigir planes de igualdad en empresas de más de cincuenta trabajadores¹⁶.
- Remarcar el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- Destacar el derecho del trabajador a la remuneración correspondiente a su trabajo, en igualdad de condiciones y sin discriminación.
- Equiparar los permisos descanso en las situaciones protegidas de ambos progenitores.
- Crear una nueva prestación para el ejercicio corresponsable del cuidado del lactante.

Entrando ya de pleno en el análisis de la prestación por cuidado y nacimiento de menor y como afecta al deporte profesional. Mencionaremos primeramente las situaciones protegidas de acuerdo con las modificaciones introducidas por el RDL 6/2019, y que podemos encontrarlas en el art. 177 de la LGSS y clasificarlas en las siguientes:

- a) La maternidad biológica.
- b) La gestación por sustitución.
- c) La adopción.
- d) La guarda con fines de adopción.
- e) El acogimiento familiar siempre que la duración sea superior a un año y el menor acogido sea menor de seis años¹⁷. No obstante, encontramos dos excepciones al límite de la edad en las siguientes condiciones:
 - En caso de discapacidad, siempre que el acogido sea menor de edad.
 - Que debido a circunstancias y experiencias personales del menor o por provenir del extranjero, tenga especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

¹⁵ Nos referimos como “doble jornada” primeramente, a cumplir con la jornada propia de una relación laboral y, en segundo lugar, a las tareas que han recaído históricamente en las mujeres como es el cuidado de hijos, así como las tareas derivadas, que con la incorporación de la mujer al trabajo han pasado a realizarse una vez terminada la jornada laboral.

¹⁶ También se incluyen las sanciones correspondientes de no cumplirse tal exigencia.

¹⁷ De acuerdo con las indicaciones del Art. 45. 1. d) del ET.

f) La tutela sobre menor por designación de persona física¹⁸.

Mientras que entre las principales novedades que afecten al deporte profesional, encontramos las siguientes.

a) Equiparación del descanso obligatorio para ambos progenitores.

Tal medida tiene la finalidad de cumplir con el mandato del art. 68 del Código Civil¹⁹. La redacción del citado artículo, concretamente la parte de “*compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo*” es uno de los argumentos sobre los que se sustenta el RDL 6/2019 para buscar la efectiva igualdad entre hombre y mujeres.

Para garantizar el efectivo mandato del CC, se ha optado por modificar el art. 48. 4 del ET para igualar el descanso de paternidad al de maternidad e unificarlos bajo la misma prestación, por lo que transitoriamente, el descanso queda configurado del siguiente modo²⁰.

NACIMIENTO				
	MADRE BIOLÓGICA	OTRO PROGENITOR		
		2019	2020	2021
DURACION TOTAL	16 semanas.	8 semanas.	12 semanas.	16 semanas.
PARTE OBLIGATORIA	6 semanas ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatas al parto.	2 semanas ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatas al parto.	4 semanas ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatas al parto.	6 semanas ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatas al parto.
PARTE VOLUNTARIA	10 semanas de libre distribución en periodos semanales, a jornada completa o parcial.	6 semanas de libre distribución en periodos semanales, a jornada completa o parcial.	8 semanas de libre distribución en periodos semanales, a jornada completa o parcial.	10 semanas de libre distribución en periodos semanales, a jornada completa o parcial.

En cuanto a la adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento.

¹⁸ Cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor, siempre que conlleve la convivencia entre el tutor y el tutelado, en los mismos términos de edad que el adoptado o acogido.

¹⁹ Art. 68 CC - Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.

²⁰ El descanso se podrá ampliar en los siguientes casos:

En una semana para cada progenitor por cada nacimiento, adopción o acogimiento múltiple a partir del segundo. Una semana para cada progenitor en caso de discapacidad.

El descanso se podrá ampliar por parto prematuro y hospitalización por un periodo superior a 7 días, a continuación del parto hasta un máximo de 13 semanas.

ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO			
	2019	2020	2021
DURACION TOTAL	Para cada progenitor 6 semanas + 12 semanas a distribuir entre los dos progenitores	Para cada progenitor 6 semanas + 16 semanas a distribuir entre los dos progenitores	16 semanas para cada progenitor.
PARTE OBLIGATORIA	Para cada progenitor 6 semanas ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatamente después a la resolución judicial o decisión administrativa	Para cada progenitor 6 semanas ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatamente después a la resolución judicial o decisión administrativa	Para cada progenitor 6 semanas ininterrumpidas, a jornada completa, inmediatamente después a la resolución judicial o decisión administrativa
PARTE VOLUNTARIA	12 semanas voluntarias a distribuir entre los dos progenitores	16 semanas voluntarias a distribuir entre los dos progenitores	10 semanas libre distribución en periodos semanales, a jornada completa o parcial para ambos progenitores.

* Elaboración propia.

Curiosamente, esta medida contradice la exposición de motivos del RDL 6/2019 que especifica que *“los poderes públicos están obligados a adoptar medidas específicas a favor de las mujeres cuando existan situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres”* pues en esta ocasión, no hay duda alguna que el colectivo beneficiario es el masculino. Por lo que a nuestra opinión respecta, el Gobierno ha buscado trasladar los problemas de la maternidad al colectivo masculino, e indirectamente, beneficiar a las mujeres trabajadoras.

- b) Obligación de disfrutar el descanso por nacimiento y cuidado de menor para ambos progenitores.

Como hemos comentado, esta obligación recaía en la madre biológica en caso de parto natural que debía de disfrutar seis semanas ininterrumpidas, quedando el otro progenitor excluido de esta obligación. Mientras que, en caso de adopción, guarda con fines de acogimiento o acogimiento la obligación recaía en uno de los progenitores a elección de los interesados, de los cuales, mayoritariamente volvía a recaer en la mujer.

El origen de esta obligación, lo encontramos por una parte en el art. 39. 2 de la CE por el cual *“los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”* por otra parte, el art. 39. 3 de la CE que establece que *“los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”* y también en el cumplimiento de la Sentencia del TC, 17/2003, de 30 de enero de 2003 que expresaba: *“la*

protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado". No obstante, la realidad social y cultural de España, es que el cuidado de los hijos recae sobre un sólo progenitor, principalmente la mujer trabajadora, y en pocas ocasiones sobre el padre, de manera que este deber se estaba claramente omitiendo.

Para paliar esta situación, la reforma del RDL 6/2019 modifica el art. 48. 4 y 5 del ET obligando a ambos progenitores a disfrutar del descanso simultáneamente e inmediatamente al nacimiento o después a la resolución judicial o decisión administrativa en el supuesto de adopción, guarda o acogimiento. La finalidad principal es que puedan dedicarle el tiempo a asistir al recién nacido o menor adoptado o acogido.

c) **Modificación del permiso de paternidad a suspensión del contrato de trabajo.**

Hasta la entrada en vigor del RDL 6/2019 el descanso por paternidad era un permiso. Razón por la cual el deportista no tenía la obligación de disfrutarlo. Con la nueva normativa, se ha modificado el art. 45. 1. d) del ET dejando de ser un permiso para ser una suspensión del contrato de trabajo eliminando la libertad de elección de si disfrutar o no del descanso.

La suspensión del contrato es además una herramienta para garantizar el disfrute por parte del otro progenitor, ya que debido al principio de irrenunciabilidad de derechos, no podrá renunciar o no hacer uso del derecho que le concede el cuidado y nacimiento de menor.

d) **El descanso por nacimiento y cuidado de menor se solicita conjuntamente para ambos progenitores.**

Una de las principales incógnitas era saber cómo la Seguridad Social iba a controlar el efectivo cumplimiento de las obligaciones de descanso del progenitor distinto a la madre biológica. Antiguamente el padre podía no presentar la solicitud de paternidad, por lo que era de esperar que una forma de evitar la obligación del descanso era igualmente no presentar solicitud alguna.

Para solventar este inconveniente, la SS ha habilitado unos nuevos formularios de manera que ambos descansos se solicitan conjuntamente. De esta forma destacamos un mayor control por parte de la Seguridad Social para garantizar el cumplimiento de la suspensión del contrato.

3. PROBLEMÁTICA DEL DESCANSO POR NACIMIENTO Y CUIDADO DE HIJOS DERIVADOS DEL RDL 6/2019

Visto los cambios propuestos por el RDL 6/2019, analizaremos los inconvenientes que se plantean tanto para el club como para el deportista derivados del descanso obligatorio. Por otra parte, y como hemos mencionado anteriormente, quién en esta ocasión se verán

perjudicados son los deportistas masculinos, pues el deporte femenino ya venía sufriendo estos problemas.

a) El impacto para el club de perder el jugador seis semanas²¹.

Evidentemente también dependerá de la relevancia del jugador para el equipo. Pero sin duda, será un gran inconveniente en cuanto a la planificación del equipo e incluso de la temporada, pudiéndose comprometer los resultados del club con el respectivo impacto económico que ello supone.

Por otra parte, el jugador no está obligado a informar al club de la futura paternidad²² lo que agrava el problema si tenemos en cuenta a los posibles jugadores lesionados propios que de la competición profesional. Por lo que en cualquier momento el club puede encontrarse con que de repente un jugador disfrute el descanso obligatorio y además haya compañeros con una posición similar que estén lesionados.

Este puede suponer un gran inconveniente si nos atenemos a deportes y categorías donde hay pocos jugadores para cubrir una posición en concreto. Por ejemplo, la mayoría de equipos que disputa la Segunda División B e incluso algunos equipos de Segunda División, cuentan con tan solo dos porteros. Ejemplo que se puede extrapolar al waterpolo o al baloncesto, donde las plantillas son aún más reducidas. Por no mencionar la imposibilidad del club de poder integrar a un jugador una vez iniciada la temporada o fuera del mercado de fichajes para cubrir posibles bajas, dejando prácticamente como única solución la entrada de jugadores del equipo filial. Solución a la que no todos los equipos pueden acogerse por su tamaño o recursos.

b) El impacto para la carrera del deportista.

Otro de los problemas del descanso obligatorio, es que el deportista no podrá participar en ninguna actividad que se considere como tiempo de trabajo efectivo en base al art. 9 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales que dispone “*la jornada del deportista profesional comprenderá la prestación efectiva 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 técnica para la misma*” y excluye del cómputo de la jornada máxima “*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*”.

Sobre este último aspecto, sería lógico pensar que el trabajador podría al menos participar en los desplazamientos del club. No obstante, aclara DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN²³ que por extrapolación de la STS, de 16 de diciembre de 2008²⁴ y en

²¹ Recordemos que la obligación de las seis semanas entrará en vigor a partir de 1 de enero de 2021.

²² La norma solamente obliga a avisar al club deportivo con quince días de antelación en relación a disfrutar el descanso no obligatorio. No obstante, en el caso de las mujeres deportistas, se recomienda hacerlo lo antes posible para evitar cualquier riesgo.

²³ DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R., «La relación individual de trabajo», En Rivas Vallejo, M. P. (Dir), Toledo Oms, A. (Coor.), *La relación del trabajo en el deporte profesional*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011, pág. 62-64

cumplimiento del art. 2 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, deja sin efectos la redacción del art. 9. 3 del RD 1006/1985 en relación a la exclusión del cómputo como tiempo de trabajo de los deportistas durante los desplazamientos, debido a las pocas dudas que ofrece el planteamiento de que un deportista no está a las órdenes del club incluso durante los desplazamientos, pues son estos los que permiten la prestación efectiva de los servicios²⁵.

Teniendo en consideración el pronunciamiento anterior y la normativa europea. Podemos afirmar que durante la suspensión del contrato de trabajo el deportista no podrá competir, entrenar²⁶, asistir a las charlas de equipo, tampoco acudir a eventos ni actos de promoción organizados por el club, ni tampoco a aquellos tiempos que el convenio colectivo considere como tal, y por supuesto, tampoco podrá participar en los desplazamientos con el equipo. A pesar de ello, no parece que este último precepto se cumpla cuando vemos en el fútbol profesional como trabajadores con una suspensión de contrato por incapacidad temporal, viajan con el equipo, por ejemplo, a la final de una competición²⁷.

En consecuencia, podríamos pensar que, para hacer frente a la pérdida de capacidades físicas, el deportista podría ejercitarse por su cuenta. Sin embargo, este supuesto también plantea una problemática de especial relevancia en caso de que el jugador sufra una lesión debido al entrenamiento realizado por su cuenta. Concretamente, nos referimos a la calificación que merecería este tipo de accidente, del que estaríamos sin duda ante un caso de accidente no laboral²⁸.

En resumen, la nueva normativa puede ocasionar que un jugador pierda los partidos de especial relevancia según la fecha de nacimiento. Por lo que a nuestro parecer respecta, si estamos ante un caso de un deportista con grandes aspiraciones o relevantes para el equipo, en cierta manera puede verse “obligado” a planificar su paternidad o bien para hacerla coincidir en periodos en los que no se acumulen muchos partidos o incluso en las vacaciones de este. Lo que nos introduce al siguiente problema.

c) En el supuesto de descanso obligatorio durante las vacaciones del jugador.

En el supuesto de que el descanso por nacimiento y cuidado de hijo coincida con las vacaciones del jugador, las vacaciones quedarán suspendidas para poder disfrutarse una vez terminado el descanso obligatorio tal y como indica el art. 38. 3 del ET.

Este aspecto que, bien podría “salvaguardar” la carrera del deportista, también aguarda otro inconveniente en cuanto al derecho del disfrute de estas. En nuestra opinión,

²⁴ Roj: STS 7004/2008, nº de recurso 4/2007 de la Sala Contencioso – Administrativo. En este caso se trataba de una relación laboral especial de abogados y el efecto sobre la duración de la jornada máxima del art. 14. 1 del RD 1331/2006. Fallo que dejaba sin efectos el citado artículo que consideraba no computar a efectos de la jornada máxima de la jornada de trabajo, el tiempo que empleen los abogados en los desplazamientos o esperas.

²⁵ *Ibid.* pág. 64.

²⁶ Tampoco acudir a las relacionadas con sauna y masaje si está a las órdenes del club.

²⁷ Caso de la final de la Copa del Rey de 2019, donde el Valencia CF desplazó al jugador Cheryshev lesionado y en muletas, mientras que el FC Barcelona también llevaba en la convocatoria varios jugadores lesionados.

²⁸ RIBES MORENO, V., “Síntoma de infarto y deporte. Relevancia en la consideración como accidente de trabajo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº 17, 2018, pág. 223.

tenemos ciertas dudas de que un deportista profesional que ha tomado el descanso por cuidado y nacimiento de hijo coincidente con su periodo vacacional, posteriormente hiciera uso de su derecho a disfrutar de las vacaciones que le correspondan.

En definitiva, estamos ante un caso en el que se obliga a disfrutar del descanso por cuidado y nacimiento de hijo – con un control más estricto por parte de la Seguridad Social – pero se plantea una problemática similar si posteriormente el trabajador tiene que disfrutar del periodo completo de vacaciones, a diferencia de que este derecho apenas tiene control por parte de la autoridad laboral.

- d) En el supuesto de descanso obligatorio durante su incorporación a la Selección Nacional.

Otro de los problemas que plantea el descanso obligatorio por cuidado y nacimiento de menor es el supuesto de que el deportista sea llamado a jugar a la Selección Nacional. El objeto de debate surge raíz del art. 1. 6 del RD 1006/1985 que indica no será de aplicación tal normativa a las relaciones entre los deportistas profesionales y las Federaciones Nacionales cuando se integren en equipos, concentraciones, representaciones o selecciones organizadas por la misma.

Recordemos que los deportistas están obligados a acudir a las convocatorias y los clubs, como entidades federadas que son, a poner a sus deportistas al servicio de sus respectivas federaciones nacionales según el art. 29 de la Ley 10/1990²⁹. Añadimos también el art. 47 de la misma ley, que dice que durante el tiempo que sea requerido el deportista por su selección nacional, el empresario seguirá conservando tal carácter frente al deportista, pero quedando suspendidas las facultades de dirección y control de la actividad laboral y las obligaciones relacionadas con dicha facultad.

Por lo tanto, de un modo inexplicable, el deportista deja de ser profesional cuando esté concentrado con la selección nacional sin esclarecer que condición adquiere cuando pasa a depender de la correspondiente Federación Nacional³⁰. Incluso podría existir un principio de cesión de jugadores y de suspensión de contrato de trabajo ya que se desnaturaliza por esta norma los principios de ajenidad y dependencia propias de las relaciones laborales entre el deportista y su club. Por lo que podríamos deducir que automáticamente estaría excluido del ámbito de protección de la SS, abriendo la oportunidad para que el deportista se integre en la convocatoria si se encuentra durante el descanso obligatorio.

Para resolver esta complicada situación cabe determinar primero qué relación existe entre el deportista y el club durante su estancia en la Selección Nacional. En primer lugar, no hay cesión³¹ debido a que el club forma parte de una federación y debe contribuir a poner a disposición los jugadores cuando ésta los requiera, además, el club deportivo sigue manteniendo el alta del deportista y abonando la cuota a la Seguridad Social. Por otra parte,

²⁹ Artículo 29. 1 - Las Sociedades Anónimas Deportivas y el resto de los Clubs deportivos, al objeto de formar la selección nacional, deberán poner a disposición de la Federación Española que corresponda, los miembros de su plantilla deportiva, en las condiciones que se determine.

³⁰ FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 69, 2007, pág. 160-163.

³¹ Cesión en los términos establecidos en el art. 11 del RD 1006/1985.

tampoco se da una situación de suspensión de contrato de trabajo porque es el club quien envía al deportista y éste, tampoco puede negarse. Por último, la relación entre el deportista y la federación no es de carácter laboral sino administrativa, al depender las federaciones de la Administración Pública, de este modo, los actos recurridos por deportista se realizarán ante el CSD y las revisiones de la misma corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa³².

Si tomamos el ejemplo de los estatutos de la RFEF respecto a las excepciones por parte del jugador para no acudir a la convocatoria de la selección. El art. 263 establece que tal obligación no será necesaria si es debido a enfermedad o lesión del deportista, por lo que no se contemplan otras causas de suspensión del contrato³³ como el cuidado y nacimiento de hijo.

Especialmente polémico fue el caso de Sergio Ramos, cuando en marzo de 2018 tuvo su tercer hijo y coincidió con una concentración de la Selección Española para preparar un amistoso contra Argentina. Tras una rápida visita al hospital volvió fue directo a la concentración renunciando al permiso de paternidad. La prensa deportiva alabó el gesto del jugador, incluso el seleccionador Julen Lopetegui declaraba: *“ha hecho un esfuerzo extraordinario por venir a entrenar, cosa que lógicamente él podía haberse saltado. Pero no lo ha hecho, demostrando claramente la mentalidad que tiene y que, además, nos encanta”* aunque si bien el entrenador hacía referencia a que podría saltarse el entrenamiento no quedaba claro si es debido a los dos días que le daba el ET o si fue más un gesto “humanitario” con el jugador.

De este modo, entendemos que el cuidado y nacimiento de menor, como causa de exclusión no es equiparable a la enfermedad o lesión. Por lo que el jugador quedará obligado a asistir a la convocatoria de la Selección Nacional desnaturalizándose el fin principal del RDL 6/2019. Aunque trato aparte sería la posible negociación el seleccionador para poder no asistir en casos especiales como el nacimiento.

No obstante, este problema no se plantea en el caso de las mujeres deportistas ya que el descanso es inmediatamente al parto y, por lo tanto, la finalidad de tal, es la recuperación de la salud.

Por caso contrario, los estatutos de la FEB establecen como un deber de los jugadores el de acudir a la convocatoria de la selección. Respecto a los clubes, indica que estos facilitarán la incorporación a la convocatoria, no encontrándose excepción –a diferencia de la RFEF– respecto a las situaciones de enfermedad o lesión. En consecuencia, podríamos argumentar que si el deportista se encuentra con el contrato suspendido por cuidado y nacimiento tanto el club podría no facilitar su incorporación, e incluso, el jugador decidir no acudir a la convocatoria.

En resumen, se crea una situación jurídica compleja debido al difuso régimen jurídico que adquiere del jugador cuando es convocado por la selección nacional, de la cual intuimos

³² ROQUETA BUJ, R., “Deportistas, entrenadores y técnicos: régimen jurídico aplicable”, *Revista española de derecho deportivo*, nº 9, 1998, pág. 56.

³³ Excepcionalmente se han tenido en consideración circunstancias establecidas en el art. 37. 3 del ET o los casos pactados de no convocatoria que afectaron a Oleguer Presas o Nacho Fernández.

que los estatutos deberán adaptarse para contemplar el cuidado y nacimiento como una causa que excluya al jugador a integrarse a la selección nacional si se pretende alcanzar la igualdad que pretende el RDL 6/2019.

e) Perjuicio económico para el deportista.

Otro de los problemas que ocasionaba los antiguos descansos de maternidad y paternidad, era respecto a la desigualdad derivada de la prestación económica. Esto es debido a que el importe de la base reguladora de la prestación durante el descanso era acorde a la base de cotización del trabajador, con el límite de la base máxima de cotización vigente. De este modo, si el deportista tiene unos ingresos que superen la base máxima de cotización verá su salario reducido drásticamente a tal importe.

En consecuencia, al ser el descanso de paternidad una opción y el de maternidad una obligación, la mujer deportista de nuevo se veía discriminada económicamente, al margen de la ya evidente brecha salarial.

Con la reforma, este problema se traslada a todos los deportistas³⁴. En las relaciones laborales comunes esta problemática se suele solventar mediante la negociación colectiva –generalmente extra estatutaria– complementando las prestaciones económicas por cuidado y nacimiento de menor al 100% del salario real, ya que los supuestos de cuidado de nacimiento de menor no están complementados a la totalidad del salario como suele ocurrir en las situaciones de IT. Solución que aún no ha llegado a la negociación colectiva en el deporte³⁵ sin perjuicio aplicar esta opción mediante pacto individual entre el deportista y el club.

4. CONCLUSIONES

No cabe duda de que el RDL 6/2019 es un proyecto ambicioso que supone una auténtica revolución en cuanto al tratamiento de la maternidad y la paternidad en las relaciones del deporte profesional, abordándose uno de los temas más espinosos como es la igualdad de la deportistas³⁶ para cumplir el mando de la UE y de la CE. Aunque como crítica, la norma parece que ha obviado tomar medidas más concretas respecto al resto de problemas que deben afrontar las mujeres en el trabajo.

Destaca RIVAS VALLEJO³⁷ que en términos generales, la protección de la deportista se diluye cuando vemos la realidad que atañe a los clubes deportivos “*poniendo de manifiesto la existencia de ciertos instrumentos de actuación que no han sido debidamente utilizados para garantizar la transversalidad de género en el tratamiento de la salud reservado siempre su análisis diferencial para los factores puramente biológicos, especialmente los relativos a la procreación*”. Y recalca que los distintos problemas de

³⁴ Especialmente se verán afectados aquellos deportistas que cobren salarios astronómicos como los del fútbol o baloncesto profesional.

³⁵ Tras analizar los principales convenios colectivos que afectan al deporte.

³⁶ BAUSALI 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 Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, nº 39, 2013 pág. 173-176.

³⁷ RIVAS VALLEJO, M. P., “Salud y discriminación de género”, *Judicatus*, nº 5, 2015, pág. 106.

desigualdad que ya planteaba la LO 3/2017³⁸ podrían haberse incluido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales como un riesgo específico para la salud de la trabajadora³⁹.

Si nos atenemos a la discriminación como un riesgo laboral, podríamos afirmar de hecho estaríamos ante un caso punible el art. 8 de la LISOS, pues destacamos *“los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”* y *“el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma”* y *“el acoso [...] por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”*.

Con la integración propuesta por RIVAS VALLEJO se garantizaría un marco legal sólido que permita el desarrollo e integración de la no discriminación en los planes de prevención del club deportivo. Sin embargo, a día de hoy no se ha conseguido incorporar esta materia en las políticas de salud laboral, siendo una oportunidad de integración que de nuevo se ha perdido en el RDL 6/2019.

Por último y respecto al descanso obligatorio. Aún es pronto para apreciar los efectos de la norma, sobre todo cuando aún no ha entrado en vigor el descanso obligatorio de las seis semanas. Pero la experiencia del pasado ya nos ha advertido de las consecuencias que suponen la extrapolación de la normativa común al colectivo de deportistas⁴⁰ por lo que deberemos de esperar a ver la aceptación de los deportistas y de los clubes deportivos, de la que intuimos no compartirán en la totalidad las exigencias de la reforma.

³⁸ Como es la salarial, la doble jornada laboral, de condiciones de trabajo, de acoso laboral o prevención de los riesgos psicosociales, y en general, las situaciones de discriminación que afectan a la salud de la trabajadora

³⁹ *Ibid.* pág. 97.

⁴⁰ Hablamos principalmente de la incapacidad permanente parcial y total. Véase la obra de BAUSALI HERRERO, E., *La invalidez permanente de los deportistas profesionales*, Bosch, Barcelona, 2005.