

COLECCIÓN
CUESTIONES ACTUALES DE DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

RELACIONES LABORALES ESPECIALES: RÉGIMEN JURÍDICO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Directora

María Elisa Cuadros Garrido

Coordinador

José Antonio González Martínez

Prologuista

Belén del Mar López Insua

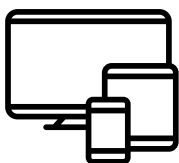




¡Gracias por confiar en nosotros!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook



**Acceso desde
cualquier dispositivo con
conexión a internet**



**Idéntica visualización
a la edición de papel**



Navegación intuitiva



Tamaño del texto adaptable

Síguenos en:



COLECCIÓN
CUESTIONES ACTUALES
DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

8

RELACIONES LABORALES ESPECIALES: RÉGIMEN JURÍDICO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

COLECCIÓN

CUESTIONES ACTUALES

DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Directoras:

M.ª ELISA CUADROS GARRIDO

*Profesora Contratada doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Murcia.*

BELÉN GARCÍA ROMERO

*Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Murcia.*

ALEJANDRA SELMA PENALVA

*Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Murcia.*

Consejo editorial:

RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO

*Catedrática de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social, Universidad
Complutense de Madrid*

STEFANO BELOMO

Profesor ordinario, Università Di Roma

JAIME CABEZA PEREIRO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad de Vigo*

DARIO CALDERARA

*Ricercatore a tempo determinato presso Scienze
Giuridiche Sapienza, Università Di Roma*

ALBERTO CÁMARA BOTÍA

*Catedrático Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad de Murcia*

STEFANO CAIROLI

*Professore Associato de derecho del trabajo
y Presidente de la Commissione dei contratti
di lavoro, Università degli Studi di Perugia*

BELÉN CARDONA RUBERT

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad de Valencia*

ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO

*Catedrática Titular de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Complutense de Madrid*

M.ª ELISA CUADROS GARRIDO

*Profesora Contratada doctora Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia*

JOAQUÍN DÓLERA LÓPEZ

Abogado laboralista

ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ

*Catedrático de Derecho Internacional
Privado, Universidad de Oviedo*

FABRIZIO FERRARO

*Ricercatore a tempo determinato di
diritto del lavoro presso il Dipartimento
di Scienze giuridiche, Università
degli studi di Roma Sapienza*

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA

*Profesor Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social, Universidad Oberta Catalunya*

ANDREA FRANCONI

Universidad de Buenos Aires, Argentina

BELÉN GARCÍA ROMERO

*Catedrática Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad de Murcia*

JUAN GIL PLANA

*Profesor Titular Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social de la Universidad
Complutense y Magistrado Suplente de la
Sala de lo Social de la Audiencia Nacional*

NURIA GARRIDO CUENCA

*Catedrática Derecho Administrativo,
Universidad de Castilla La Mancha*

NURIA PAULINA GARCÍA PIÑERO

*Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad Complutense*

FRANCISCO XABIERE GÓMEZ GARCÍA
*Profesor ayudante doctor de
la Universidad de León*

M.ª CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO
*Catedrática Derecho del Trabajo y de la
de Castilla La Mancha*

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN
*Catedrático Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra*

JULEN LLORENS ESPADA
*Profesor Titular Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Pública de Navarra*

MARÍA INMACULADA MARÍN ALONSO
*Catedrática Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad de Sevilla*

MIRENTXU MARÍN MALO
*Profesora Titular doctora Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Pública de Navarra*

DOMENICO MEZZACAPO
*Professore ordinario di Diritto del
lavoro, Sapienza Università di Roma.
Presidente della Commissione di
certificazione dei contratti di lavoro*

DAVID MONTOYA MEDINA
*Catedrático Universidad de Alicante
(acreditado a Catedrático)*

GRATIELA FLORENTINA MORARU
*Profesora ayudante doctora Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad de Castilla La Mancha*

PILAR ORTIZ GARCÍA
*Profesora Titular de Sociología,
Universidad de Murcia*

M.ª MAGNOLIA PARDO LÓPEZ
*Profesora Titular Derecho Administrativo,
Universidad de Murcia*

ANA ISABEL PÉREZ CAMPOS
*Catedrática Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos*

JESÚS RENTERO JOVER
*Magistrado jubilado de la Sala de lo Social del
Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha*

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA
*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad de Murcia*

BEATRIZ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO
*Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social, Universidad Pública de Navarra*

MARÍA JOSÉ ROMERO RODENAS
*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad de Castilla La Mancha*

YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA
*Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social, Universidad Complutense de Madrid*

MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ
*Catedrática Titular de Derecho
Mercantil, Universidad de Murcia*

CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS
*Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social de la Universidad de Murcia y Directora de la
Unidad de Igualdad de la Universidad de Murcia*

CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ
*Profesora asociada Derecho del Trabajo y del la
Seguridad Social, Universidad de Castilla La Mancha*

ALEJANDRA SELMA PENALVA
*Catedrática Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad de Murcia*

CARMEN SOLÍS PRIETO
*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social, Universidad de Extremadura*

EDUARDO ENRIQUE TALÉNS VISCONTI
*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad de Valencia*

COLECCIÓN
CUESTIONES ACTUALES
DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

8

RELACIONES LABORALES ESPECIALES: RÉGIMEN JURÍDICO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Directora
María Elisa Cuadros Garrido

Coordinador
José Antonio González Martínez

Prologuista
Belén del Mar López Insua

COLEX 2025

Copyright © 2025

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial.

© María Elisa Cuadros Garrido, © José Antonio González Martínez

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, 15004, A Coruña (Galicia)
info@colex.es
www.colex.es

SUMARIO

PRÓLOGO

Belén del Mar López Insua

Pág. 15

CAPÍTULO I

EL TRABAJO EN EL HOGAR FAMILIAR: RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS EMPLEADAS DEL HOGAR

Cristina Ayala del Pino

Pág. 21

1. Características del empleo doméstico	22
2. Protección social y condiciones laborales	24
2.1. Protección por desempleo	26
2.2. Protección por el Fondo de Garantía Salarial	28
2.3. Salario	29
2.4. Tiempo de trabajo	31
A) Jornada de trabajo	31
B) Descansos y permisos	32
3. Derechos fundamentales en el ámbito doméstico	32
3.1. Derecho a la seguridad y salud en el trabajo	32
4. Desafíos actuales y propuestas de mejora	42
Bibliografía	44

CAPÍTULO II

LA RELACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS ARTISTAS EN ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

Henar Álvarez Cuesta

Pág. 47

1. Particularidades del trabajo artístico	47
2. Ámbito subjetivo de la relación laboral especial vinculada a la actividad artística	48
3. El trabajo artístico: entre la temporalidad y la flexibilidad	53

SUMARIO

4. Derechos y deberes de las personas artistas	56
5. La precariedad salarial de los artistas.	57
6. Tiempo de trabajo, tiempos de disponibilidad y ensayos	58
7. Protección de la vida, la seguridad y la salud en el trabajo artístico.	60
8. Finalización del contrato de trabajo artístico	61
9. La protección del trabajo artístico de los menores de dieciséis años y las peculiaridades de la regulación para los extranjeros extracomunitarios	63
10. La protección de los derechos de propiedad intelectual de las personas artistas	64
11. Los derechos colectivos en el marco de la relación laboral especial de las personas artistas, técnicas y auxiliares	65
12. Futura regulación de la relación laboral especial	68
Bibliografía	75

CAPÍTULO III

DEPORTISTAS PROFESIONALES: ENTRE LA AUTONOMÍA Y LA SUBORDINACIÓN

Ángel Guillén Pajuelo

Pág. 79

1. Introducción: derechos fundamentales y deportistas profesionales.	80
2. Marco legal del deporte profesional.	84
3. Derechos laborales y deportivos.	91
4. Conflictos entre disciplina interna y derechos fundamentales	98
5. Jurisprudencia relevante y conflictos laborales frecuentes.	102
6. Consideraciones finales.	107
Bibliografía	110

CAPÍTULO IV

PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN: AUTONOMÍA, CONFIANZA Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

Carolina Martínez Moreno

Pág. 115

1. Definición y requisitos del personal de alta dirección.	116
1.1. Consideración preliminar: el desdibujamiento del vínculo laboral ordinario	116
1.2. Un rápido repaso de los elementos conceptuales de la alta dirección laboral.	118
1.3. La diferenciación entre el alto directivo y el consejero ejecutivo: ¿ha perdido virtualidad la teoría del vínculo?	122
1.4. El elemento fiduciario como fundamento de la especialidad de la relación	126
1.5. Puestos de dirección con particularidades sectoriales. Especial referencia al personal directivo profesional del sector público.	127

SUMARIO

2. Especialidades contractuales y extinción de la relación laboral	134
2.1. Sistema de fuentes y contrato de alta dirección	134
2.2. Contratación y selección, período de prueba y otros pactos típicos en el contrato de alta dirección	139
2.3. Vicisitudes y extinción del contrato de alta dirección	142
2.4. La relevancia de las cláusulas indemnizatorias y los «blindajes»	149
3. La especial confianza y vinculación a la empresa y su compatibilidad con el respeto a los derechos fundamentales	154
3.1. La premisa: el necesario reconocimiento de los derechos básicos de la persona	154
3.2. Los derechos sindicales y de acción colectiva	155
3.3. Las consecuencias de la lesión de derechos fundamentales en la relación de alta dirección	157

CAPÍTULO V

EL TRABAJO PENITENCIARIO CARÁCTER LABORAL Y TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Montserrat Molina Álvarez

Pág. 161

1. Delimitación	161
2. Naturaleza jurídica y régimen normativo del trabajo penitenciario	162
2.1. Marco constitucional, legal y reglamentario	162
2.2. El régimen jurídico del trabajo penitenciario: particularidades	165
A) Marco normativo y carácter especial de la relación laboral	165
B) Tensiones inherentes: orden penitenciario vs derechos laborales	165
2.3. Ley Orgánica General Penitenciaria	166
3. Tutela internacional de los derechos fundamentales	169
3.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la excepción del trabajo forzoso	169
A) La OIT y la protección frente a la explotación	170
B) Las Reglas <i>Nelson Mandela</i> y el consentimiento informado	171
C) La perspectiva humanitaria en conflictos armados	172
D) <i>Soft law</i> y doctrina internacional	172
E) La perspectiva europea; normativa de la Unión Europea y jurisprudencia del TEDH	173
F) Convenio europeo de derechos humanos y su impacto en el trabajo penitenciario	175
4. El trabajo penitenciario como instrumento de reinserción	176
4.1. Naturaleza y finalidad del trabajo en prisión	176
4.2. Reinserción social y preparación para la vida en libertad	176
4.3. Obligatoriedad del trabajo	178
A) Excepciones	179

SUMARIO

5. Derechos laborales de las personas reclusas trabajadoras.....	180
5.1. Remuneración. Salario mínimo interprofesional y descuentos obligatorios	180
5.2. Seguridad Social. Cobertura médica y prestaciones	182
5.3. El Derecho a la huelga de los presos	184
5.4. Contenido esencial y límites del derecho de huelga. Marco general.....	186
A) Naturaleza constitucional y protección reforzada	186
5.5. El principio de proporcionalidad y la salvaguarda del núcleo esencial	188
5.6. Límites legítimos al ejercicio del derecho	188
6. Fundamentos para la extensión del derecho de huelga a los internos tra- bajadores	189
6.1. Principio de igualdad y no discriminación	189
6.2. Analogía funcional entre trabajo penitenciario y trabajo libre	190
6.3. Contenido esencial y defensa colectiva.....	190
6.4. Test de proporcionalidad aplicado a la restricción absoluta	191
6.5. Función resocializadora y valor educativo del derecho de huelga	191
6.6. Omisión legislativa y aplicación directa de la Constitución Española.....	192
7. Reflexiones finales	193
Bibliografía	194

CAPÍTULO VI

DERECHOS DE LOS MENORES TRABAJADORES EN CENTROS DE INTERNAMIENTO

Manuela Abeleira Colao

Pág. 201

1. Introducción	202
2. Los sujetos de la relación laboral: ¿menores internados?	203
3. La protección jurídica del trabajador menor internado	207
3.1. Marco jurídico internacional y europeo	208
3.2. Marco jurídico nacional: los derechos fundamentales del menor	214
4. La relación laboral de los menores internos en España	219
4.1. La laboralidad de la relación especial	220
4.2. La capacidad del menor de edad para celebrar contratos de trabajo	222
4.3. Condiciones laborales específicas de la prestación realizada por me- nores de edad	226
A) Clasificación de los trabajos realizados por los menores	230
B) Algunas consideraciones sobre el trabajo del menor internado.....	231
a) Cuantía y pago del salario	231
b) La resolución del contrato por voluntad del menor	233
c) Prevención de Riesgos Laborales	234
d) Garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos.....	234
Bibliografía	236

CAPÍTULO VII

EL CONTRATO DE LOS RESIDENTES EN CIENCIAS DE LA SALUD: NATURALEZA JURÍDICA Y CONFLICTOS CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

María Elisa Cuadros Garrido

Pág. 241

1. Recorrido legislativo del régimen jurídico de los residentes sanitarios.	242
2. Naturaleza jurídica	250
3. Regulación jurídica de las peculiaridades del personal residente sanitario . . .	251
3.1. Delimitación	251
A) Incidencia de los riesgos psicosociales de los médicos residentes	252
B) Incidencia de la pandemia en los riesgos psicosociales de los médicos residentes	253
C) El sistema legal de adjudicación de las plazas en la Ley 44/2003.	253
3.2. Singularidades.	254
A) Inexistencia de periodo de prueba	254
B) Régimen a tiempo completo	255
C) Ordenación del tiempo de trabajo y descanso	255
D) Sistema retributivo	258
E) Sistema de evaluaciones.	258
F) Duración temporal del contrato, con sus renovaciones y prorrogas necesarias	259
G) Régimen disciplinario.	260
H) Discapacidad del MIR residente.	260
I) Responsabilidad del médico residente	261
J) Reconocimiento médico obligatorio antes de finalizar el contrato de trabajo. art. 2. 4 del RD 1146/2006	262
4. Derechos fundamentales que han resultado cuestionados.	262
4.1. Incluir a los MIR en los servicios mínimos no vulnera su derecho a la huelga.	263
4.2. Infracción del derecho a la integridad física de los residentes	263
4.3. Discriminación por razón de nacionalidad de los extranjeros MIR residentes sanitarios	264
4.4. Discriminación indirecta por razón de sexo en las guardias médicas.	266
4.5. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos de evaluaciones negativas del MIR y discriminación por enfermedad del médico	267
5. Apuntes finales	269
Bibliografía	269

CAPÍTULO VIII

LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE LOS ABOGADOS EN DESPACHOS PROFESIONALES

Santos Manuel Caveró López

Pág. 273

1. Régimen jurídico aplicable.	274
--	-----

SUMARIO

1.1. Peculiaridades y justificación de la especialidad de esta relación laboral ..	275
1.2. Características principales del régimen jurídico de aplicación (RD 1331/2006).....	277
1.3. Relación con el Estatuto de los Trabajadores.....	277
1.4. Otras consideraciones	278
1.5. Jurisprudencia relevante	278
2. Conflictos entre independencia profesional y subordinación	280
2.1. El conflicto: independencia vs. subordinación	281
2.2. Soluciones y límites legales	282
2.3. Conclusión	283
3. Las cláusulas contractuales frecuentes en la relación laboral especial de los abogados en despachos profesionales	283
4. Protección de la libertad de expresión y secreto profesional	288
4.1. Protección de la libertad de expresión	288
4.2. Protección del secreto profesional	290
4.3. Conclusiones y desafíos actuales	292
Bibliografía	294

CAPÍTULO IX

PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LOS CEE. EL MANDATO UNIVERSAL DE ACCESIBILIDAD Y LA OBLIGATORIEDAD DE LOS AJUSTES RAZONABLES FUERA DE LOS CEE

José Antonio González Martínez

Pág. 301

1. Personas con discapacidad en los centros especiales de empleo	302
2. La discriminación de las personas de los centros especiales de empleo	305
3. La accesibilidad y el ajuste razonable: mismo objeto (igualdad de trato), pero diferente carácter (general o específico)	306
4. La accesibilidad universal como instrumento de carácter general	309
4.1. La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su tratamiento de la discapacidad desde la óptica de los derechos fundamentales	309
4.2. Marco constitucional y legal de la accesibilidad universal	311
5. Los ajustes razonables como mecanismo subsidiario de la accesibilidad universal	317
5.1. Evolución normativa del concepto hasta la actualidad	317
5.2. La exigencia de razonabilidad	321
5.3. Los sujetos obligados a realizar los ajustes	322
5.4. Límites a la obligación de realizar ajustes: la determinación de la carga excesiva	325
6. Conclusiones y propuestas de mejora.	327
7. Bibliografía	328

PRÓLOGO

«El futuro que espera a esta forma todavía no puede concebirla con detalle nuestra imaginación, pero no hace falta ser un profeta para saber que el progreso, tanto de la formación real de nuestra vida como de la formación ulterior del derecho, se moverá con preferencia en esa dirección».

Rudolf VON IHERING¹

Las relaciones laborales no siempre han sido un terreno exento de polémicas y/o conflictos. Desde el mismo nacimiento del contrato de trabajo, el legislador ha hecho un gran esfuerzo por delimitar los lindes entre lo que se considera una relación puramente laboral y una especial. En efecto, si nos retrotraemos en la historia comprobamos que existen hasta tres etapas o fases que explican la evolución del contrato de trabajo y, por ende, el surgimiento de las «relaciones laborales especiales», a saber: primera, durante el primer tercio del siglo XX, justo aquí nace el contrato de trabajo laboral, aunque conviviendo con otras figuras contractuales de naturaleza civil y mercantil; segundo, desde los años 30 hasta los 80, se amplía el ámbito de cobertura de esta figura para abarcar a colectivos tales como los representantes de comercio, los deportistas, los trabajadores del hogar familiar y el personal de alta dirección. Y, todo ello, gracias a la Ley de Relaciones Laborales de 1976 por la que se crea la figura de «las relaciones laborales especiales». Sin embargo, entre mediados de los años 80 hasta la actualidad, se observa una cierta estabilización del personal sujeto a una relación laboral especial, aunque, por otro lado, se observan algunas semejanzas con los trabajadores recogidos en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. De ahí que, poco a poco, la tendencia haya sido la de asimilar las relaciones especiales a los trabajadores por cuenta ajena, aun manteniendo las características propias de su actividad profesional.

Las razones que justifican la calificación como especial de una determinada relación laboral no son unívocas. En cualquier caso, en última instancia la decisión se justifica más en consideraciones de tipo socioeconómico (el servicio doméstico, o los altos cargos) o peculiaridades técnicas, que realmente se podrían haber resuelto por otros mecanismos (la contratación

1 VON IHERING, Rudolf: *El fin en el derecho*, estudio preliminar «El pensamiento jurídico de Ihering y la dimensión funcional del derecho», Granada, Comares, 2011, pág. 109.

colectiva, por ejemplo. O la regulación específica de supuestos concretos dentro del sistema común). El resultado en cualquier caso es que, en unos casos por improvisación y en otros por la ausencia de unos condicionamientos técnicos y de política jurídica, estas sucesivas incorporaciones han motivado un fraccionamiento del contrato de trabajo y que, desde el punto de vista técnico, se ha producido un proceso de diversificación jurídica de los regímenes aplicables, un tratamiento jurídico diferenciado.

El fenómeno no es ni mucho menos nuevo en nuestra legislación laboral, sólo que en el ordenamiento jurídico aparecen, por primera vez, con el Estatuto de los Trabajadores de 1980. Con las sucesivas modificaciones Estatutarias se replantearon y repitieron las mismas técnicas normativas, aunque, eso sí, procurando reducir el número de relaciones especiales.

Sin desconocer la existencia de verdaderas peculiaridades en la prestación de servicios, lo característico de estas relaciones jurídicas «especiales» viene dada fundamentalmente por el establecimiento de un régimen jurídico diverso frente al régimen jurídico aplicable al contrato común. De este modo, se ha tratado de construir una caracterización de la relación de trabajo, sobre bases conceptuales aparentemente objetivas, cuando en realidad la base de toda esa caracterización radica en una decisión de política legislativa.

La dificultad por determinar y explicar el régimen jurídico que hace «especial» a este tipo de relaciones se enumera, a grandes rasgos y de forma abierta, en el artículo 2.1 del actual Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: «Se considerarán relaciones laborales de carácter especial: a) La del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c). b) La del servicio del hogar familiar. c) La de los penados en las instituciones penitenciarias. d) La de los deportistas profesionales. e) La de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad. f) La de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellas. g) La de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo. h) Referido a los trabajadores que prestan servicios portuarios de manipulación de mercancías —actualmente, modificado y retirados del listado por medio del RD-Ley 8/2017, de 12 de mayo que viene dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014— i) La de los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal. j) La de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud. k) La de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos. l) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley». Esta última precisión admite tener un régimen peculiar, a veces diferenciado notablemente del ET como legislación laboral «común», pero siempre que «sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley».

La problemática teórica-práctica que suscitan las relaciones laborales especiales no había sido tratada, hasta ahora, de manera unitaria y completa, de ahí que precise de una revisión general que analice, desde una perspectiva cambiante y de conjunto, todos y cada uno de sus puntos críticos. Precisamente, la temática en la que se centra esta completa obra colectiva son las «Relaciones laborales especiales: régimen jurídico y garantía de los derechos fundamentales». Una monografía que tiene por directora a la Profesora Titular (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: María Elisa Cuadros Garrido y, por coordinador, al profesor Permanente Laboral: José Antonio González Martínez. Ambos son conocidos no sólo por su excelente labor docente en la Universidad de Murcia, sino también por su reconocida faceta investigadora, muy especialmente centrada en materia laboral y de Seguridad Social, de ahí la fructífera producción ensayística que ha visto la luz bajo sus firmas en distintas editoriales y revistas jurisprudenciales de reconocido prestigio. Tiene gran valor que sean, precisamente, los profesores Cuadros Garrido y González Martínez quienes encabezan esta importante obra colectiva, pues dan muestra de su enorme experiencia práctica y sensibilidad al enfocarla desde la base de los derechos fundamentales que recoge nuestra Carta Magna. Además, conociendo la litigiosidad que suscitan las relaciones laborales especiales en vía jurisprudencial realizan una cuidadosa selección de juristas pertenecientes, todos ellos, a diferentes universidades españolas (Rey Juan Carlos, León, Oviedo, San Pablo CEU de Madrid, Murcia y Complutense de Madrid) de prestigio, en donde ya cuentan con una acreditada experiencia profesional y reconocimiento científico y académico.

Se conforma así un trabajo colectivo muy actual, teniendo en cuenta la compleja realidad social por la que se atraviesa, en donde la búsqueda de un equilibrio, no siempre fácil, entre los distintos colectivos implicados deberá siempre caminar en pro de una garantía de los derechos fundamentales. Como no podía faltar en todo gran referente bibliográfico, sus autores no sólo realizan un examen teórico de todo el conjunto de cuestiones que inciden en estas relaciones especiales (a saber: aspectos laborales, de Seguridad Social, Prevención de Riesgos Laborales...), sino que va más allá, ahondando escrupulosamente en la temática y aportando elementos críticos de gran calado sobre su puesta en práctica que difícilmente podrían pasar desapercibidos ante los ojos del estudioso. Todo ello, por supuesto, siempre con pleno respeto hacia la creatividad y libertad de concepción de los participantes. Y es que la valía de una obra de esta envergadura no reside únicamente en facilitar al lector la emisión de un juicio crítico y reflexivo acerca del sistema establecido, sino, además, contribuir con tales aportaciones a una mayor eficiencia social del sistema de relaciones laborales especiales.

Para la sistematización del presente libro colectivo se ha clasificado la materia en nueve partes, recopilando así a la inmensa mayoría de los colectivos afectados. Dando cuenta de las carencias encontradas, pero también de la heterogeneidad de problemas habido. Y es que, la realidad de las relaciones laborales especiales se adscribe a un marco normativo com-

plejo e inevitablemente dinámico que da cuenta de las transformaciones en curso; y, por tanto, necesitado de una reforma totalizadora que le confiera coherencia sin perder de vista la lógica de la «racionalidad social» que ha de informar a todo el sistema jurídico e institucional laboral. Evitando, la fácil tentación u olvido al respeto de los principios base de nuestro sistema Social y Democrático de Derecho. Estamos, ciertamente, ante una situación caracterizada por transformaciones cualitativas y cualitativas en búsqueda de una equiparación con los trabajadores asalariados, de ahí los importantes cambios estructurales, organizativos y de encuadramiento, así como de apertura a garantías latentes, donde se produce una inflexión de envergadura entre la «sociedad del trabajo» y las nuevas exigencias de tutela en el sistema de necesidades sociales, pero también en la misma orientación de las políticas públicas de gobierno. Es en este contexto, donde se evidencia que hay que garantizar la dignidad y el trabajo decente de las relaciones laborales especiales.

Comienza la obra colectiva con el estudio, en el capítulo primero, del régimen jurídico de las empleadas del hogar. Colectivo que, en poco tiempo, ha sufrido un sinfín de transformaciones y/o revisiones que aspiran a evitar la discriminación, así como las desigualdades que ya venían sufriendo las personas trabajadoras al servicio del hogar. El deterioro de estas relaciones laborales especiales, así como las carencias en materia de seguridad y salud en el trabajo han sido, principalmente, los cometidos que ha abordado con astucia y espíritu crítico la profesora Cristina Ayala Del Pino.

En el capítulo segundo, la profesora Henar Álvarez Cuesta nos relata con garra, pero también con precisión cada uno de los entresijos que acontecen a los artistas en espectáculos públicos. Dando cuenta así de que estos trabajadores, al hilo del R.D-Ley 5/2022 ya no sólo abarca a las actividades puramente generales, sino que también se extiende a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para el desarrollo de una actividad artística. Los límites que padece este gran régimen, a la hora del desarrollo de su profesión, le llevan a la profesora Álvarez Cuesta a analizar cómo se protegen derechos básicos tales como: la vida e integridad física y psíquica.

El tercer capítulo, relativo a la relación de los deportistas profesionales, tiene por protagonista a Ángel Guillén Pajuelo. El conflicto abierto, en este punto, nos lleva a hablar de la existencia de reglas muy particulares en cuanto a la retribución, el tiempo de trabajo, los descansos y el derecho a la salud, entre otros. Especialidades, todas ellas, que inciden en derechos fundamentales como: la intimidad, la libertad de expresión, la vida e integridad física y psíquica y, en general, la libertad. Se han planteado aquí múltiples problemas prácticos que distintos conatos legislativos han querido solventar sin éxito, sin embargo, la conquista por los derechos adquiridos ha seguido, más bien, un rumbo jurisprudencial cargado de baches.

En cuarto lugar, la profesora Carolina Martínez Martínez analiza con magisterio el tema del personal de alta dirección. Relación que se caracteriza como especial por la «recíproca confianza que debe existir entre ambas partes derivada de la singular posición que el directivo asume en el ámbito de la empresa en cuanto a facultades y poderes», siguiendo el tenor literal del RD 1382/1985, de 1 de agosto. Tal y como ha puesto de relieve la autora, el conflicto con los derechos fundamentales se hace patente cuando se habla de la garantía de indemnidad, aspecto que, a su vez, puede colisionar con el respeto a otros derechos fundamentales como son: la privacidad y la intimidad de las personas, en cuanto se tratan de relaciones basadas en la confianza.

La doctoranda Montserrat Molina Álvarez centra, en quinto lugar, su brillante estudio sobre el trabajo penitenciario. Colectivo caracterizado por un gran debate doctrinal debido a la falta de libertad y, por ende, del disfrute pleno de derechos. Ciertamente, aunque en materia de derecho colectivo se han alcanzado mejoras significativas, lo realmente interesante son los problemas que estos plantean al hilo de derechos fundamentales como: la dignidad y la prohibición de tratos inhumanos y/o degradantes.

El sexto capítulo de libro corre a cargo de la profesora Manuela Abeleira Colao. Y justo aquí, su autora se focaliza en un tema muy delicado, al tiempo que conflictivo, esto es, los derechos de los menores que trabajan en centros de internamiento. La valentía y entereza que muestra la profesora Abeleira Colao hacia la defensa de los derechos del menor y de los trabajadores de los centros de internamiento se hace patente, a lo largo de su exposición, tras cuestionarse el alcance de la protección que de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica se concede por parte del orden jurisdiccional. Y ello, por no hablar, de los derechos colectivos a la libre sindicación y a la negociación colectiva que también entran en juego.

La directora de la obra, Elisa Cuadros Garrido, dando muestra de su carácter enérgico analiza el séptimo capítulo relativo a la regulación del contrato de trabajo del personal sanitario residente. Con detalle la profesora Cuadros Garrido estudia el régimen jurídico complejo y peculiar de los médicos residentes, haciendo especial énfasis en los derechos fundamentales a la igualdad de trato y oportunidades, no discriminación, integridad física y psíquica y derecho de huelga. Con un tono crítico, la autora indica que tras varios años de lucha ha llegado el momento de modificar la normativa y dignificar el trabajo de todos estos profesionales.

El capítulo octavo lo realiza el profesor Santos Manuel Caverio López, quien analiza las particularidades de los abogados en despachos profesionales al hilo de las notas de «independencia» y «subordinación». Evidentemente, la falta de respeto a estos principios ha provocado conflictos importantes que han debido de ser resueltos por los tribunales y, todo ello, a fin de que éstos conserven sus derechos a la libertad de expresión, al secreto profesional y a la libertad de defensa. Hay varios interrogantes que se plantean en este

punto, como, por ejemplo, la limitada aplicación de la negociación colectiva, sobre la cual su autor nos hace reflexionar y plantearnos el establecimiento de mejoras.

Se cierra esta obra de la mano de su coordinador: José Antonio González Martínez. Justo aquí el profesor González Martínez analiza el tema de las «Personas con discapacidad en los CEE. El mandato universal de accesibilidad y la obligatoriedad de los ajustes razonables fuera de los CEE». Partiendo del evolutivo y controvertido concepto de «discapacidad», su autor centra su excelente investigación en los dilemas y vaivenes que sufre el disfrute de derechos como la igualdad y la no discriminación en los centros especiales de empleo. Ámbito éste en donde la segregación laboral se hace aún mayor, de ahí que cada vez el legislador y la doctrina judicial hable del derecho a realizar «ajustes razonables». Concepto que no queda exento de polémica y debate doctrinal, puesto que resulta necesario para hacer valer el derecho de los discapacitados a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales.

La obra colectiva «Relaciones laborales especiales: régimen jurídico y garantía de los derechos fundamentales» constituye, en definitiva, una aportación fundamental para el mundo del Derecho en general y para el Derecho del Trabajo en particular. Tanto si lo que se pretende es conocer en detalle todo lo relativo a la protección de los derechos fundamentales, como profundizar en la naturaleza misma de las relaciones laborales especiales este libro es, sin duda alguna, la elección idónea. El rigor y la exhaustividad con la que se afrontan los nueve temas estudiados se acompaña del buen sentido del que hacen gala sus autores, cuyas opiniones siempre críticas nos invitan a reflexionar sobre unos colectivos que precisan de mejoras urgentes. Y es, precisamente entonces, cuando «Relaciones laborales especiales: régimen jurídico y garantía de los derechos fundamentales» se puede erigir como singular Virgilio, llevando al entusiasta analista a través de los tortuosos y difusos caminos que comprenden el complejo entramado de las relaciones laborales especiales en nuestro país.

Belén del Mar López Insua

Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

CAPÍTULO I

EL TRABAJO EN EL HOGAR FAMILIAR: RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS EMPLEADAS DEL HOGAR

Work in the family home: special regime for domestic workers

Cristina Ayala del Pino

Profesora Permanente Laboral

Universidad Rey Juan Carlos

cristina.ayala@urjc.es

ORCID: 0000-0002-2633-2973

Resumen: El capítulo pretende analizar la relevancia y contenido de los derechos fundamentales de las trabajadoras del servicio doméstico. A través del estudio de las recientes normas aprobadas, se exponen las necesidades más relevantes, sobre todo, en materia de protección social, condiciones laborales, seguridad y salud laboral y, finalmente, se concluye con algunos de los retos actuales y las propuestas de mejoras.

Palabras clave: empleadas de hogar, empleo doméstico, servicio del hogar familiar, protección social, condiciones laborales, riesgos laborales, salud laboral, derechos fundamentales.

Abstract: The chapter aims to analyze the relevance and content of the fundamental rights of domestic service workers. Through study of the new legislation, the most relevant needs are presented, above all, regarding social protection, working conditions, health and safety at work and, finally, it concludes with some of the current challenges and proposals for improvements.

Keywords: domestic workers, domestic work, family home service, social protection, working conditions, occupational risks, occupational health, fundamental rights.

1. Características del empleo doméstico

Como bien sabemos el trabajo doméstico es una de las actividades más relevantes tanto por el número de trabajadores que ocupa², sobre todo, trabajadoras, mujeres e inmigrantes que lo desempeñan, como por su contribución al funcionamiento general de la economía y la vida social³, convirtiéndose en una actividad imprescindible para el desempeño de numerosos hogares y de la sociedad. Es más, no hay que olvidar que estas trabajadoras ayudan al crecimiento de la riqueza y el Producto Interior Bruto de los países, ya que liberan a otras personas de los trabajos domésticos para así poder dedicarse al desarrollo y desempeño de actividades económicas, educativas o sociales.

De igual manera, la prestación de sus servicios garantiza e incrementa el bienestar social al prestar cuidados y atención a niños, ancianos y enfermos, lo que posibilita de manera más efectiva la conciliación de la vida familiar, personal y laboral. No hay que olvidar, que los cambios sociales y demográficos, tales como, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, el progresivo envejecimiento de la población y el incremento de la esperanza de la vida, los persistentes déficits de las políticas públicas para garantizar la atención de los servicios de los cuidados, entre otros, han incrementado la demanda de este trabajo a lo largo de décadas en nuestro país. Conforme un estudio de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), España es el país de Europa con mayor número de empleadas domésticas, seguido de Francia e Italia⁴.

A pesar de las últimas modificaciones legislativas se evidencia que estas no han incidido de manera positiva en incrementar las cifras de afiliados, que no en el empleo, lo que corrobora una tendencia al aumento del trabajo sumergido en este sector⁵ y que hay que intentar combatir⁶.

2 La OIT en su informe sobre trabajo doméstico, basándose en estadísticas oficiales estima que, a escala mundial, 75,6 millones de personas, en su mayoría mujeres y muchos migrantes, están empleadas en este sector, lo que representa el 4,5 % del total de los trabajadores. <https://www.ilo.org> (consultado el 16 de octubre del 2025).

3 El número de afiliados al Sistema Especial de Empleados del Hogar en septiembre de 2025 era de 213.797 personas, según datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migración. Esta cifra representa un aumento de 61.863 altas en el último mes, tras la extinción del Régimen Especial del Hogar. Al respecto, cabe señalar que esta nueva cifra se refiere al nuevo sistema Especial de Empleados del Hogar, que sustituyó al anterior Régimen Especial del Hogar a partir del 1 de julio de 2025.

4 Vid., *Domestic workers across the world: global and regional statistics and the extent of legal protection*, ILO, 2013, pág. 35.

5 Conforme a los datos de las encuestas de población activa (EPA), en 2025 562.700 personas trabajan como empleadas del hogar, dato que contrasta con el número de afiliados al Sistema Especial de Empleados del Hogar en septiembre de 2025 que era de 213.797 personas.

6 En este sentido, SALCEDO BELTRÁN, M.ª Carmen., afirma «como se puede comprobar, este

No obstante, pese a la relevancia tanto social como económica de la profesión, el servicio doméstico es una de las formas de empleo más precarias, peor remuneradas y desprotegidas. A este respecto, hay muchos países en los que las empleadas del hogar han estado excluidas de la protección de la normativa laboral⁷, mientras que, en otros, como el nuestro, en los que sí está, se comprueba que se ha hecho de manera limitada con respecto a otras categorías de trabajadores. Esta situación deriva de que tradicionalmente se ha considerado un trabajo informal, que no crea riqueza, sino que es un medio para lograr que las necesidades familiares sean satisfechas. Además, es consecuencia de las singularidades propias del trabajo doméstico y su consideración social, entre las cuales, podemos mencionar las siguientes:

- El contenido del trabajo integra una diversidad de tareas consideradas socialmente competencia de las mujeres (limpieza, comida, cuidado de enfermos, ancianos, niños, etc.), lo que evidencia su elevada feminización. Estas particularidades muestran la vulnerabilidad del colectivo que lo conforma, expuesto con frecuencia a explotación y abusos a la hora de realizar su trabajo, llegando incluso a ser víctimas de tráfico ilegal de personas, debido al gran número de trabajadoras extranjeras.
- El trabajo se presta en el domicilio del empleador, donde transcurre la vida familiar y se desarrollan derechos fundamentales como la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Ello infunde una aureola de inmunidad a las condiciones de trabajo arduamente controlables por la Autoridad Laboral.
- El que el trabajo se realice en el marco de convivencia familiar complica la organización como colectivo y el ejercicio de la actividad sindical, por ende, la carencia de negociación colectiva⁸.
- La prestación del trabajo en régimen interno puede incrementar el aislamiento, la invisibilidad y la precariedad, ya que en tal situación el límite a la jornada se atenúa; la apreciación del alojamiento y la manutención pueden absorber una parte importante del salario; junto al aumento de los riesgos psicosociales y el abuso sexual dada la dificultad de control y comunicación.

colectivo es la muestra inequívoca de que la esclavitud continua en la actualidad siendo responsabilidad mundial la implicación en orden a su erradicación». «El trabajo doméstico en España: planteamientos y desafíos insoslayables frente a la «esclavitud moderna»», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 55, 2020, pág.7.

7 Según la OIT el 81% de los trabajadores domésticos están empleados en condiciones informales debido a la falta de legislación adecuada o a una aplicación deficiente de la misma. Cfr., Informe de la OIT., La vía hacia el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2023, <https://www.ilo.org>

8 Sobre el particular, véase AYALA DEL PINO, Cristina., «Derechos colectivos de las empleadas del hogar», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LVII, 2024, págs. 221-244.

Habida cuenta este escenario, no extraña la constante preocupación de la OIT por este colectivo, exponiendo la necesidad de incorporarlo dentro de su objetivo esencial de trabajo decente, al tiempo que proporciona incentivos y orientación a los Estados miembros para favorecer el acceso a condiciones dignas de estas trabajadoras. Con este propósito se aprueba el Convenio 189 y la Recomendación 201, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos⁹, el cual reconoce un cuadro de derechos laborales básico y las actuaciones recomendadas para su obtención¹⁰.

Por su parte, a nivel interno, el progreso en lo que se refiere a la regulación de derechos y protección social de este colectivo ha sido más bien lenta a lo largo del tiempo, perpetuando condiciones de trabajo precarias y lagunas que repercutían en la discriminación múltiple, lo que llevaba a un sector de la población, constituido en su mayoría por mujeres, a la pobreza y a la desprotección social, sobre todo al llegar al período de vejez.

De ahí que, con el propósito de armonizar nuestro derecho a las exigencias europeas de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, se aprueba el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar (en adelante, RDL 16/2022)¹¹. Este RDL 16/2022 trata de llevar a cabo una equiparación de condiciones y eliminación de tratamientos diferenciales e injustificados que producían perjuicios en los términos exigidos tanto por la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea como por el Convenio 189 de la OIT, entre otros, los derechos de Seguridad y Salud laboral. Es decir, el RDL 16/2022 puso fin a la exclusión de este colectivo de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en lo sucesivo, LPRL), al reconocer su derecho a la protección efectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo.

2. Protección social y condiciones laborales

La regulación de la protección social para las trabajadoras domésticas no ha sido una tarea sencilla a lo largo del tiempo. El primer hito importante lo hallamos en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social que, en el contexto del pro-

9 Estos textos fueron adoptados en la 100ª reunión de la Comisión Internacional del Trabajo celebrada el 16 de junio de 2011, entrando en vigor el 5 de septiembre de 2013. Ginebra, 16 de junio de 2011, BOE de 3 de abril de 2023, núm. 79, entrando en vigor el 29 de febrero de 2024, BOE de 11 de septiembre de 2024, núm. 220.

10 *Vid.*, AYALA DEL PINO, Cristina., (2023) «La reciente ratificación del Convenio 189 de la OIT por España», en *Revista de Derecho YACHAQ* n.º 14, págs. 293-310.

11 En relación con esta norma se han publicado diversos estudios, entre otros, GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo., *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar. Una aproximación crítica desde la dogmática jurídica*, Dykinson, Madrid, 2022.

ceso de racionalización y simplificación del sistema, decidió cambiar el Régimen Especial en Sistema Especial¹². Esta ley fue modificada por el Real Decreto-Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de la gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, en virtud del cual se integra el Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar en el Régimen General, mediante un nuevo Sistema Especial. Actualmente, el Sistema Especial de Empleados de Hogar está regulado en la Sección 1.ª del Capítulo XVIII del Título II de la LGSS, aprobada por Real Decreto-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, denominada «Sistema Especial para Empleados de Hogar».

Por razones de oportunidad política junto a la situación económica en la que se realizó la reforma propiciaron que no se extendiera la protección por desempleo a las empleadas del hogar. Ahora bien, la propia norma dejó abierta la posibilidad para que en un futuro dicha protección se previera en el ámbito del Sistema Especial de Empleados del Hogar, dejando la cuestión a resolver en la futura regulación de la relación laboral [DA 39.ª, apartado 3 f) Ley 27/2010]. La sorpresa fue cuando el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (en adelante, 1620/2011) en su DA 2.ª dejó dicha protección en espera, ya que estaba previsto que el Ministerio de Empleo y Seguridad Social formara un grupo de expertos para examinar su viabilidad, conforme a las peculiaridades de esta actividad que al tiempo garantizara el principio de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera.

El legislador se ha tomado su tiempo, con la aprobación del RDL 16/2022, de 6 de septiembre ha venido a saldar la deuda histórica de protección y equiparación de derechos de este colectivo con el resto de los trabajadores por cuenta ajena.

El porqué del cambio lo encontramos en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2022 (Asunto C 389/20) (ECLI: EU: C: 2022: 389/20), en virtud de la cual se falló que España estaba incurriendo en una discriminación indirecta contraria a la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, por no reconocer el derecho de protección por desempleo a las empleadas del hogar, quienes como bien sabemos, en su mayoría, son mujeres.

Si bien el TJUE sólo se pronunció sobre el carácter discriminatorio de la regulación laboral en relación con la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato, su falló tuvo una gran repercu-

12 A este respecto, cabe recordar que la primera modificación se había realizado por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de presupuestos Generales del Estado para 2011, en virtud de la cual se añadió la disposición quincuagésima tercera a la Ley General de Seguridad Social, por la que se extendía desde el 1 de enero de 2011 la acción protectora por contingencias profesionales a las trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de Empleados de Hogar que hasta entonces estaban privadas de ella.

sión, llegando a ratificarse el Convenio 189 de la OIT sobre trabajadoras y trabajadores domésticos de 2011, el 9 de junio, junto con la Recomendación 201 que lo complementa¹³. Asimismo, influyó en que nuestro Gobierno asumiera el compromiso de culminar el proceso de equiparación de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar con el resto de los trabajadores por cuenta ajena, que había sido formulado en la Ley 27/2011 y en el RD 1620/2011, respectivamente.

2.1. Protección por desempleo

El derecho a la protección por desempleo está previsto en el artículo 41 de la Constitución (en adelante, CE) como derecho general al reconocer que: «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo». A este respecto, el artículo 264.1 de la Ley General de Seguridad Social (en lo sucesivo, LGSS) desarrolla el mandato, al establecer que todos los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General están cubiertos por la protección contra el desempleo, siempre que tenga previsto cotizar por esta contingencia. Aun así, pese al mandato de nuestra norma suprema respecto a reconocer con carácter general la protección en el supuesto de desempleo, el artículo 251 d) LGSS establecía la exclusión de la protección a las empleadas del hogar, con la consiguiente carencia de cotización por la contingencia.

Ni que decir tiene que esta diferencia en cuanto al nivel de protección ha sido una reivindicación histórica al considerarse una de las carencias más relevantes que tenía nuestro sistema respecto al principio de igualdad, ya que no hay que olvidar que esta desprotección social tenía su origen en patrones de discriminación laboral con consistentes matices de género, pues como bien sabemos es una profesión socialmente designada a las mujeres y desempeñada convencionalmente por ellas. La ausencia de protección colisionaba con el derecho internacional al referirse a un derecho previsto por las nor-

13 Esta ratificación implicó un gran avance en la dignificación del trabajo al servicio del hogar, al tiempo que significó apostar por la regulación de la economía sumergida y protección de las trabajadoras migrantes que en su mayoría ocupan el trabajo en régimen de pernocta en el hogar familiar. Asimismo, supuso un progreso en la igualdad de género al ser un empleo desempeñado en su mayoría por mujeres. Ambas disposiciones hacen hincapié en la necesidad de que los Estados prevean normas reguladoras de esta ocupación que favorezca la mejora de las condiciones de trabajo, la protección y el diálogo social. En cuanto a las condiciones laborales que requieren especial atención: determinación del tiempo de trabajo, limitación de la edad para trabajar, tutela de los trabajadores migrantes y la protección de la seguridad y salud en el trabajo. Por lo que se refiere a la protección social insisten en que aquéllos garanticen condiciones no menos favorables que las aplicables a los trabajadores en general en relación a la protección de la seguridad social.

mas internacionales del trabajo y por Naciones Unidas a todos los ciudadanos en igualdad. A este respecto, cabe señalar que el artículo 14 CE en relación con el 41 CE relativo al derecho de la Seguridad Social para todos los ciudadanos, especialmente en el supuesto de desempleo concuerda con el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), que prohíbe toda discriminación por razón de sexo, raza, (...) y los artículos 12 y 23 de la Carta Social Europea, en virtud de los cuales se reconoce que todas las personas tienen derecho a la Seguridad Social en igualdad.

En cuanto a la normativa comunitaria, hay que tener presente la Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, a tenor de su artículo 4.1 se dispone que el principio de igualdad de trato supondrá la carencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, (...) en particular en lo que se refiere al ámbito de aplicación de los regímenes de Seguridad Social y las condiciones de acceso a los mismos. De igual manera, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en su artículo 5. b), prohíbe la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en lo que se refiere a la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones. Por su parte, el artículo 9 e) de la citada Directiva considera contrario al principio de igualdad «establecer condiciones diferentes de concesión de prestaciones o reservar estas a trabajadores de uno de los sexos».

Tradicionalmente, los poderes públicos han aducido los argumentos para su exclusión, relacionados con las peculiaridades del empleo doméstico, principalmente la dificultad que suscita el control del fraude, habida cuenta la singularidad del centro del trabajo: hogar familiar, dotado de protección a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio previstos en el artículo 18 CE. Asimismo, se argumenta lo complicado que es contabilizar las horas realmente trabajadas, a efectos de cotización asociada al tiempo de trabajo y al salario. En este sentido, cabe recordar como hemos dicho anteriormente que el trabajo en el hogar es una actividad que con frecuencia se realiza de manera irregular, y en muchos supuestos se ejecuta por inmigrantes indocumentadas. A lo dicho cabe añadir que la ausencia de control sobre la decisión de extinción del contrato por desistimiento permitía al titular del hogar familiar desistir de la relación de trabajo sin necesidad de alegar causa alguna.

Ahora bien, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2022¹⁴ ha puesto de manifiesto que dichas circunstancias no justificaban la falta de protección ante situaciones de desempleo y la diferencia de trato respecto de otros trabajadores por cuenta ajena, quienes gozan de esas prestaciones pese a mostrar características y condiciones semejan-

14 STJUE 24 de febrero de 2022, C 389/20 (ECLI: EU: C: 2022: 389/20).

tes a las de las empleadas del hogar, como por ejemplo los jardineros, los conductores particulares o los trabajadores agrícolas y los trabajadores contratados por empresas de limpieza¹⁵ y, en consecuencia donde coinciden riesgos similares en término (...) de fraude a la Seguridad Social y de (...) trabajo ilegal.

Este pronunciamiento de TJUE ha sido decisivo para que el trabajo doméstico tenga reconocida la protección por desempleo a nivel contributivo y asistencial. El RDL 16/2022 derogó directamente el precepto legal que establecía la exclusión¹⁶.

A este respecto, el apartado d) del artículo 251 LGSS queda suprimido a efectos de que las personas trabajadoras no queden excluidas de la acción protectora del sistema especial. Asimismo, se incorpora el apartado 8.º en el artículo 267.1 a) LGSS a tenor del cual se prevé como situación legal de desempleo la extinción por las causas justificadas previstas en el artículo 11.2. RD 1620/2011. En suma, la prestación por desempleo forma parte ya de la acción protectora del Sistema Especial de Empleados del Hogar siendo obligatoria la cotización por desempleo¹⁷.

La norma se limita al reconocimiento del derecho sin ir más allá de incorporar consideraciones suplementarias. Por lo que, se entiende que desde el 1 de octubre de 2022 las personas integradas en el Sistema Especial del Servicio del Hogar, con contratos vigentes cuando entró en vigor la Ley, empezaron a acumular cotizaciones y como consecuencia generando derechos a prestaciones de conformidad con la normativa general.

2.2. Protección por el Fondo de Garantía Salarial

El RDL 16/20022 también ha traído consigo otra de las novedades con el propósito de lograr la equiparación de derechos y protección del colectivo de personas trabajadoras al servicio del hogar familiar: cotización de las personas empleadoras e intervención del Fondo de Garantía Salarial (en lo suce-

15 Cfr., el apartado 63 de la sentencia citada (ECLI: EU: C: 2022: 389/20).

16 A este respecto, el artículo tercero de la norma deja intacto el Real Decreto-Ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, en aquellos elementos que no prevén tratamientos diferenciales injustificados y menos favorables sino que establecen simples ajustes principalmente formales y de gestión, justificados por el carácter no empresarial de la persona empleadora y por las especiales características de la prestación de servicios en este sector de actividad. No obstante, se pronuncia modificando directamente aquellos preceptos de la normativa de Seguridad Social que coloquen a las trabajadoras en desventaja particular respecto a los trabajadores sin que exista justificación en virtud de factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

17 En este sentido, cabe recordar que la obligación de cotizar, tanto para la trabajadora como sus empleadores, empezó el 1 de octubre de 2022 para las relaciones de al menos 60 horas mensuales, y a partir del 1 de enero del 2023 si fuera de menos horas.

sivo, FOGASA), con la finalidad de proporcionarles coberturas indemnizatorias en los casos de insolvencia o concurso de las empleadoras¹⁸.

A este respecto, la norma integra la relación laboral de este colectivo al catálogo de beneficiarios de las indemnizaciones contempladas por el FOGASA en el supuesto de despido o extinción del contrato (artículo 33.2 ET). De igual manera el RDL 16/2022 modifica el Real Decreto 1620/2011 con el propósito de que pueda aplicarse lo previsto en el artículo 33 ET a las empleadas del hogar en lo que se refiere a la intervención del FOGASA¹⁹.

Estas novedades tienen como consecuencia la necesidad de modificar la normativa sobre el FOGASA, Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial. Así, por una parte, se reconoce la obligación de cotización de las personas empleadoras del servicio doméstico²⁰ y, por la otra, se prevé la cobertura indemnizatoria a las empleadas del hogar en los supuestos de insolvencia o concurso de las empleadoras²¹.

En cuanto a la indemnización se computará sobre la base de 12 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, con el límite máximo de seis mensualidades, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, comprendiendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias (arts. 33.2 ET y 19.6 RD 505/1985). A pesar del beneficio por la inclusión dentro del marco de cobertura, cabe señalar, que esta última es inferior a la prevista para el resto de los trabajadores por cuenta ajena.

2.3. Salario

Las personas empleadas al servicio del hogar familiar tienen derecho como mínimo a una retribución equivalente al salario mínimo interprofe-

18 Cabe recordar al respecto, que el Gobierno reconoció que la exclusión de la cobertura por el FOGASA a las empleadas del hogar era una diferencia de trato injustificada, ya que en la actualidad es posible la declaración de insolvencia de las unidades familiares por la ley de segunda oportunidad (Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social). Además, la ratificación del Convenio 189 de la OIT, junto con la Recomendación 201 de la OIT, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, involucrarse a los Estados a garantizar que estas trabajadoras disfruten de condiciones que no sean menos favorables de las que se empleen a los trabajadores en general en lo que se refiere a la protección de los créditos laborales en el supuesto de insolvencia o de fallecimiento del empleador.

19 Cfr., art. 3.b) RD 1620/2011.

20 A este respecto, se añade al art. 11.1 RD 505/1985 una letra d), en la que reconoce que los empleadores del servicio doméstico están obligados a cotizar.

21 En este sentido, se incorpora un apartado 6 al art. 19 RD 505/1985, previendo la cobertura en el supuesto de extinción del contrato de trabajo por las causas previstas en el art. 11.2 RD 1620/2011.

sional en cómputo anual, en proporción a la duración de su jornada²². Esta cuantía puede ser mejorada a través de pacto individual o colectivo (art. 8 RD 1620/2011).

El salario debe abonarse por la persona empleadora en dinero, ya sea en moneda de curso legal o mediante talón u otra modalidad similar a través de entidades de crédito, previo acuerdo con el trabajador. En el supuesto de la «prestación de servicios domésticos con derecho a prestaciones en especie, como alojamiento o manutención, se podrá descontar por tales conceptos el porcentaje que las partes acuerden», ahora bien, siempre que se garantice el pago en metálico de al menos la cantidad equivalente al salario mínimo interprofesional en cómputo mensual y «sin que de la suma de los diversos conceptos pueda resultar un porcentaje de descuento superior al 30 por 100 del salario total» (art. 8.2 RD 1620/2011). Cualquier incremento salarial debe realizarse a través de acuerdo entre las partes; en su defecto, el salario experimentará un incremento anual «igual al incremento salarial medio pactado en los convenios colectivos», conforme a lo publicado por la Subdirección General de Estadística del Ministerio de Trabajo y Economía Social en el mes en el que «se completen doce consecutivos de prestación de servicios» (art. 8.3 RD 1620/2011).

Asimismo, toda persona empleada en el hogar tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, que se percibirán, salvo pacto en contrario, al finalizar cada uno de sus semestres. En cuanto a su cuantía, esta será la que acuerden las partes, en proporción al tiempo de trabajo por semestre, si bien debe ser suficiente para garantizar, al menos el pago en metálico de la que corresponda al salario mínimo interprofesional en cómputo anual (art. 8.4 RD 1620/2011).

Si el trabajo se realizara por horas, en régimen externo, su retribución debe ser al menos la que se fije en la norma anual sobre el salario mínimo interprofesional para tales trabajadores²³, donde se incluyen «todos los conceptos retributivos» y se abonará íntegramente en metálico, en proporción a las horas efectivamente trabajadas (art. 8.5 RD 1620/2011).

Al igual que el régimen laboral común y, a efectos de seguridad jurídica, es necesario documentar el pago del salario mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago del mismo, en la forma acordada entre las partes o, en su defecto, conforme a lo previsto en el artículo 29.1 ET. Por último, añadir que el Ministerio de Trabajo y Economía Social será

22 En el año 2025 el salario mínimo interprofesional es de 39,47 euros/día o de 1.184 euros/mes. *Cfr.*, el Real Decreto 87/2025, de 11 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2025 (BOE 12 de febrero de 2025).

23 Actualmente, conforme al art. 4.2 RD 87/2025, de 11 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2025, la cuantía es de 9,26 euros por hora efectivamente trabajada.

el encargado de facilitar «los modelos de recibos de salarios» a las personas empleadoras, conforme a la disposición adicional tercera del RD 1620/2011 (art. 8.6 RD 1620/2011).

2.4. Tiempo de trabajo

A) Jornada de trabajo

Conforme al artículo 9 RD 1620/2011, la jornada máxima semanal de las personas trabajadoras en el hogar familiar, será de cuarenta horas de trabajo efectivo, sin perjuicio de los tiempos de presencia que se puedan pactar. El horario se fijará mediante acuerdo entre las partes. Una vez terminada la jornada de trabajo y, en su caso, el tiempo de presencia, aquellas no están obligadas a permanecer en el hogar familiar.

Asimismo, las partes pueden acordar tiempos de presencia suplementarios al tiempo ordinario de trabajo, lo que obliga a la persona empleada a permanecer a disposición de la persona empleadora, hasta su conclusión. El tiempo de presencia tendrá la duración que acuerden las partes, y será objeto de retribución o compensación conforme a lo pactado. Ahora bien, las horas de presencia no podrán exceder de veinte horas semanales de promedio en un periodo de referencia de un mes y, salvo que se acuerde su compensación con periodos equivalentes de descanso retribuido, se retribuirán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias (art. 9.2 RD 1620/2011). Este tiempo extra debe pactarse respetando la jornada máxima de trabajo y los periodos mínimos de descanso, de manera que aquellos no pueden aumentar el tiempo efectivo de trabajo previsto con carácter máximo, pero sí el tiempo global de permanencia o disposición de la persona empleada en el hogar familiar.

Por lo que se refiere al descanso, entre el final de una jornada y el inicio de la siguiente deberá mediar un mínimo de doce horas, si bien puede disminuir a diez horas para la persona empleada en modalidad de régimen interno, siempre que se compense el resto hasta doce horas en periodos de hasta cuatro semanas. Asimismo, esta última dispondrá, al menos, de dos horas diarias para las comidas principales, no computables como tiempo de trabajo.

En cuanto a la posibilidad de realización de horas extraordinarias, las personas trabajadoras en el hogar familiar podrán realizarlas conforme al artículo 35 ET. No exigiéndose la obligación de registro de jornada en el supuesto de estas últimas ni para los contratados a tiempo parcial.

Por último, en lo que se refiere a los menores de dieciocho años, serán de aplicación los límites previstos en el ET: sólo podrán realizar ocho horas diarias de trabajo efectivo, con una pausa de treinta minutos para las jornadas superiores a cuatro horas y media, y deberán tenerse en cuenta en caso de

que trabaje para varios, las realizadas para cada empleador; no podrán realizar horas extraordinarias ni trabajar en periodo nocturno (entre las diez de la noche y las seis de la mañana); tendrán un descanso entre jornadas de doce horas como mínimo y gozarán de un descanso semanal de, al menos, dos días consecutivos (art. 9.8 RD 1620/2011).

B) Descansos y permisos

Las empleadas del hogar tienen derecho a un descanso semanal de treinta y seis horas consecutivas que comprenderá, como regla general, la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo. Cuando no presten servicios en régimen de jornada completa (con arreglo a la duración máxima comentada con anterioridad), la retribución de dicho periodo de descanso «se reducirá en proporción a las horas efectivamente trabajadas» (art. 9.5 RD 1620/2011).

Por lo que se refiere a las vacaciones anuales, será de treinta días naturales pudiendo fraccionarse en dos o más periodos por acuerdo de las partes, siendo uno de ellos al menos de quince días naturales consecutivos. Las fechas concretas de disfrute de las mismas se pactarán por estas últimas. En defecto de pacto, quince días podrán fijarse por la persona empleadora teniendo en cuenta las necesidades familiares y el resto se elegirá libremente por la persona empleada, aunque «deberán ser conocidas con dos meses de antelación al inicio de su disfrute». Durante el tiempo de disfrute de dichas vacaciones la empleada del hogar no está obligada a residir en el domicilio familiar o en el lugar a donde se desplace la familia o alguno de sus miembros (art. 9.7 RD 1620/2011).

De igual manera, estas trabajadoras tienen derecho al disfrute de las fiestas y permisos previstos en la legislación laboral común (art. 9.6 RD 1620/2011).

3. Derechos fundamentales en el ámbito doméstico

3.1. Derecho a la seguridad y salud en el trabajo

No cabe duda de que la protección de las personas empleadas del hogar ha constituido una preocupación constante tanto para los agentes sociales como para la doctrina laboral más reconocida²⁴. La verdad que no tenía

24 A este respecto, desde el marco sindical, se ha reconocido que la equiparación de los empleados del hogar al resto de los trabajadores como el logro de «una reivindicación histórica de las organizaciones sindicales». *Vid.*, Confederación Sindical de CCOO, *Gaceta Sindical*, Edición especial, n.º 54 (2011). Por lo que se refiere, a la doctrina laboralista, cabe mencionar, entre otros: LÓPEZ GANDÍA, Juan., y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, *Los trabaja-*

mucho sentido la diferente protección que nuestro ordenamiento proporcionaba a las empleadas del hogar cuando se las comparaba con otras trabajadoras, es más, esta distinción carecía de justificación objetiva para la mayoría de la doctrina, máxime cuando las empleadas del hogar son trabajadoras por cuenta ajena, sin lugar a duda²⁵.

Uno de los grandes logros que introduce el RD 16/2022, en lo que se refiere a la equiparación de los trabajadores del servicio del hogar familiar a la relación laboral común, es la incorporación en el ámbito de aplicación de la normativa de Prevención de Riesgos Laborales. A este respecto, su primer artículo suprime el apartado cuarto del artículo 3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL). Esta demanda venía de lejos y, por fin, ha visto la luz. De hecho, una vez ratificado el Convenio 189 OIT, tenía que abordarse esta laguna en materia de seguridad y salud, ya que constituye una materia clave tanto en el Convenio como en la Recomendación 201, siendo esencial para mejorar las condiciones de vida y salud de este colectivo y eliminar las discriminaciones a las que estaba supeditado.

A este respecto, cabe recordar que el artículo 3.4 LPRL dejaba a la relación laboral especial de los empleados del hogar fuera de su ámbito de aplicación, senda que continuó el RD 1620/2011, norma que regula el vigente régimen jurídico de la relación laboral de estas trabajadoras. Ninguna de las dos normas mencionadas concretó los argumentos de la exclusión, pero parece evidente que se basaban en las inherentes características del trabajo y el lugar de prestación del servicio, el hogar familiar, que complica el control del cumplimiento de las obligaciones ante la factible vulneración de derechos a la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio, a lo que se suma la singularidad del empleador, falto de la solvencia aplicable a una empresa²⁶.

dores al servicio del hogar familiar: aspectos laborales y de seguridad social. Propuestas de reforma, Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 89-92, quienes hacen referencia a iniciativas que han sido acogidas por el RD 1620/2011. De igual manera, GARCÍA NINET, Jose Luis, *Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados del hogar*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de la Seguridad Social, 2006 y «VV. AA» *Informe sobre la regulación laboral y de seguridad social de la prestación en el hogar familiar, propuestas de reforma*, Coords., ROJO TORRECILLA, Eduardo, CAMAS RODA, Ferrán, y CAMOS VICTORIA, Ignasi, Barcelona, Proyecto Emergim, 2004.

25 *Vid.*, AYALA DEL PINO, Cristina, *Cuestiones laborales de la relación laboral especial al servicio del hogar familiar*, Laborum, Murcia, 2005, págs. 32 y 71 y ss.

26 En este sentido, la sentencia del TSJ País Vasco, de 28 de mayo de 2018 (rec. 681/2019) (ECLI:ES: TSJPV:2018:681), declaró que no existía responsabilidad del empleador en un caso de daños sufridos por incendio en el domicilio, al no existir deuda de seguridad y salud. Por su parte, la STSJ de las Islas Baleares, núm. 588/2005, de 3 de noviembre (Rec. 371/2005), declaró que no podía «exigirse al cabeza de familia, que emplea en su propio hogar y sin ánimo de lucro, el conjunto de obligaciones establecidas en la mencionada norma (LRL) para los empleadores en general, ni exigirse la deuda de seguridad con la amplitud que establece dicha normativa. Así, aunque el art. 13 del RD 1424/1985 obliga al cabeza de familia a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas

Asimismo, la Directiva comunitaria 89/391, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, traspuesta al ordenamiento interno por la LPRL, que descarta del término «trabajador» a los trabajadores al servicio del hogar familiar [art. 3. a)]. Teniendo en cuenta lo anterior, el legislador se circunscribió a los criterios comunitarios y los llevó al derecho interno sin más.

Tras la derogación de la exclusión, con el propósito de garantizar una protección apropiada y similar a cualquier otro trabajador, la norma incorpora una Disposición Adicional decimoctava a la LPRL sobre «Protección de la seguridad y salud en el trabajo de las personas trabajadoras en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar», en virtud de la cual se concreta que las empleadas del hogar tienen derecho a una protección efectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo, sobre todo en el contexto de la prevención de la violencia contra las mujeres, habida cuenta de las singularidades concretas del trabajo doméstico, conforme a los términos y con las garantías que se dispongan reglamentariamente con el objetivo de asegurar su salud y seguridad²⁷. A este respecto, cabe señalar que, de cara a la futura reglamentación, el legislador hace hincapié en la especialidad de la relación laboral, más adelante veremos el alcance del contenido del derecho, que sin duda debe incluir las prescripciones del Convenio 189 en la materia.

Antes de comentar la vigente reglamentación, hay que tener presente que el propio RD 1620/2011 reconoce que el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo que debe adoptar medidas eficaces, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico (art. 7.2). Además, el RDL 16/2022 prevé una remisión expresa a la aplicación supletoria del ET a la relación laboral especial, por lo que sería de aplicación la normativa preventiva en todo lo que no entre en colisión con la singularidad de la relación.

Al quedar encuadrada la relación laboral especial del servicio del hogar en el ámbito de aplicación de la LPRL, ello conlleva derechos y obligaciones para las partes en materia de evaluación de riesgos del puesto de trabajo, de equipos de protección y de vigilancia de la salud, así como la aplicación del régimen de responsabilidades administrativas, civiles, penales o por recargo

condiciones de seguridad e higiene, esta obligación no tiene el alcance previsto en los arts. 14 y 15 LORL, en los que ordena al empleador la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud, debiendo preverse incluso las distracciones e imprudencias no temerarias del trabajador».

- 27 Literalmente dispone que «las personas trabajadoras tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, en los términos y con las garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar su salud y seguridad».

de prestaciones. Ahora bien, no se puede olvidar que una de las principales singularidades de esta relación es, sin duda, lo difícil que es garantizar un entorno de trabajo seguro y saludable, dada la naturaleza de la persona empleadora, ya que el hogar familiar no es una empresa desde una perspectiva organizativa, siendo una de las razones que tradicionalmente llevaba a la exclusión de la normativa de prevención de riesgos laborales. Sin embargo, el RDL 16/2022 a pesar de subrayar que un hogar no tiene características de una empresa, reconoce que ello no puede ir en detrimento de la prevención y protección en el hogar, siendo esencial para la equiparación de derechos a nivel de la Unión Europea, del Convenio 189 OIT y del derecho constitucional a la salud que corresponde a todas las personas.

Como bien sabemos, el RDL 16/2022 entró en vigor el 9 de septiembre de 2022, caracterizándose por fijar un marco genérico, definido con anterioridad al comentar su disposición decimoctava. De esta manera, la reforma inició el camino del desarrollo reglamentario para la regulación y concreción de lo previsto, dando la norma un plazo al Gobierno de seis meses desde su publicación²⁸. Sin respetar este plazo y con bastantes meses de retraso, por fin, se ha aprobado y publicado el reglamento que desarrolla lo previsto en aquel sobre esta materia, el Real Decreto 893/2024, de 10 de septiembre, por el que se regula la protección de la seguridad y la salud en el ámbito del servicio del hogar familiar (en lo sucesivo, RD 893/2024)²⁹.

A tenor de lo que se dispone en su Exposición de Motivos, en esta norma se van a concretar, en aras de articular el derecho a la seguridad y salud de estas personas trabajadoras con las características propias de esta relación laboral especial, el conjunto de derechos de las personas trabajadoras del hogar familiar y de los correlativos deberes de las personas empleadoras dando la seguridad jurídica necesaria para su efectividad. Es más, el impacto del RD 893/2024 va más allá del ámbito de la prevención de riesgos laborales, llegando a alcanzar al derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres, derecho muy presente en la evolución de la regulación jurídica de esta relación laboral especial, reconociéndose que «el avance en los derechos reconocidos a este colectivo constituye una cuestión de justicia social al ser una profesión altamente feminizada».

28 Cfr., la Disposición Final sexta 2 RDL 16/2022. Al respecto, recordar que la publicación fue el 8 de septiembre de 2022.

29 El Gobierno lo presentó como el fin a un agravio histórico y de terminación de «un camino que pone en valor el trabajo en el hogar como un pilar fundamental para la sociedad y que comenzó con la aprobación del subsidio especial en la pandemia ocasionada por el COVID-19, el reconocimiento del derecho a la cotización para la prestación por desempleo y la ratificación del Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos». En este sentido, véase MINISTERIO DEL TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, «El Gobierno aprueba la protección de la seguridad y la salud en el trabajo al servicio del hogar y culmina el compromiso de dotar a las trabajadoras de derechos laborales», en *prensa.mites.gog.es*, 10 de septiembre de 2024.

De esta manera, se tienen en cuenta los criterios generales de actuación de los poderes públicos conforme al artículo 14 LOI y «concretamente, la integración del principio de igualdad de trato en la política laboral con el fin de evitar la segregación laboral y potenciar el valor del trabajo de las mujeres, incluido el doméstico». Además, esta norma pretende dar visibilidad a las enfermedades profesionales que pueden afectar a las personas trabajadoras del hogar familiar, ya que como no existía hasta ahora un derecho a la vigilancia de salud en el ámbito laboral las trabajadoras domésticas se enfrentaban a mayores obstáculos para su reconocimiento en comparación con el resto de los trabajadores.

A este respecto cabe recordar que esta importante previsión de la norma a efectos de la equiparación de derechos y la igualdad, que indudablemente producirá mejoras en las condiciones de trabajo y la protección frente a los riesgos laborales, se prevé en la Disposición Adicional Cuarta RDL 16/2022, en la se dispone que el Gobierno asume el compromiso de crear en el plazo de seis meses una comisión³⁰ de estudio para que integre la perspectiva de género en el listado de enfermedades profesionales regulado en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen pautas para su notificación y registro, con el propósito de que se identifiquen y corrijan las carencias que existen en el ámbito de protección ante las enfermedades profesionales de los trabajos realizados en su mayoría por mujeres.

En suma, la nueva legislación establece cinco derechos fundamentales que marcan un cambio importante en la regulación del sector doméstico: derecho a la evaluación de los riesgos laborales, derecho a componentes de protección adecuados, derecho a dejar de trabajar en caso de riesgo grave e inminente, derecho a la protección ante violencia o acoso y derecho a reconocimientos médicos gratuitos.

A continuación, se va a analizar de manera pormenorizada el contenido más relevante del RD 893/2024, en relación con los derechos mencionados³¹. En virtud de su artículo 2 el derecho a la protección de los riesgos laborales en el empleo del hogar familiar para las personas trabajadoras genera el

30 Esta comisión estaría encargada de elaborar una propuesta de reforma del RD, y estaría integrada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social; el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones; el Ministerio de Igualdad, a través del Instituto de las Mujeres, y el Ministerio de Sanidad, así como las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas. Su cometido sería actualizar la lista de enfermedades profesionales. Es más, aquella jugaría un papel fundamental en la protección de las empleadas de hogar y un listado de enfermedades más exhaustivo permitiría un análisis más preciso de las mismas y una prevención de sus riesgos con carácter general.

31 En extenso, recientemente véase RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, «Trabajo en el hogar familiar y prevención de riesgos laborales», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho Comparado*, Volumen 13, número 3, 2025, págs. 77-116.

correlativo deber de la persona empleadora de protección frente a tales riesgos laborales. A este respecto, esta última deberá:

- Realizar una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de las personas trabajadoras que prestan servicios en el hogar familiar y si los resultados derivados de la misma pusieran de manifiesto situaciones de riesgos, será preciso que adopte las medidas preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar los mismos, documentándolas por escrito con la fecha concreta de su adopción y entregando copia la persona trabajadora para que esté informada (art. 3).
- Proporcionar equipos de trabajo adecuados y de manera gratuita a las personas trabajadoras del servicio del hogar familiar (art. 4).
- Asegurarse para cumplir con el deber de protección previsto en el artículo 2, de que las personas trabajadoras tienen a su disposición toda la información necesaria en lo que se refiere a los riesgos para la seguridad y salud del trabajo que tenga que desempeñar y las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos (art. 5.1)
- Facilitar y permitir que reciban una formación en materia preventiva en el momento de su contratación. Dicha formación será única, a través de la plataforma formativa a la que hace referencia la disposición adicional quinta (art. 5.3).
- Informar lo antes posible a las personas trabajadoras afectadas acerca de la existencia de un riesgo inminente y de las medidas adoptadas o que, en su caso, deban adoptarse en materia de protección (art. 6).
- Organizar la actividad preventiva (art 7).
- Vigilar el estado de salud de las personas trabajadoras lo cual podrá incluir un reconocimiento médico (art. 8).
- Deber de protección frente a la violencia y acoso, incluida la violencia, el acoso sexual y el acoso por razón de origen racial o étnico, nacionalidad, sexo, identidad u orientación sexual o expresión de género. A este respecto se prevé que el abandono del domicilio ante una situación de violencia o acoso sufrida por la persona trabajadora no podrá considerarse dimisión ni podrá ser causa de despido, sin perjuicio de la posibilidad de la persona trabajadora de solicitar la extinción del contrato en virtud del artículo 50 ET y de la solicitud de medidas cautelares en caso de formulación de demandas, conforme a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social³² (Disposición Adicional Segunda).

32 Esta previsión se corresponde con lo previsto en el art. 14.1 LPRL con carácter general. Asimismo, es preciso ponerla en relación con lo previsto en el art. 6 RD 893/2024 en rela-

En relación con el cumplimiento de la obligación de elaborar la evaluación inicial de riesgos se prevé que el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, debía elaborar y poner a disposición de todas las personas empleadoras en el plazo de diez meses desde la publicación de la norma, a través de la página web del Ministerio de Trabajo y Economía Social, una herramienta que facilite el cumplimiento de las obligaciones referidas (Disposición adicional primera). A este respecto, la misma se ha puesto a disposición del público a través del portal público Prevencion10.es el pasado 14 de mayo de 2025, el plazo para realizar la evaluación inicial de riesgos es de seis meses, por lo que se podría realizar hasta el 14 de noviembre de 2025. Esta evaluación es obligatoria para todos los hogares que cuenten con empleadas del hogar.

A pesar de que en la Disposición final quinta del RD 893/2024 se establece su entrada en vigor el 12 de septiembre, las obligaciones previstas en la norma no resultarían exigibles hasta transcurridos seis meses desde la puesta a disposición de la herramienta a la que se hace referencia en la Disposición adicional primera, incluso cuando la persona empleadora concierte dicho servicio con un servicio de prevención ajeno. Es decir, a partir del 14 de noviembre de 2025, las obligaciones respecto de la formación serán de aplicación a partir del momento en el que se dicte la Resolución del Servicio Público de Empleo Estatal para la puesta en marcha de las actividades formativas en materia preventiva.

De igual manera, a partir de esa fecha, las obligaciones de reconocimiento de la salud serán de aplicación sólo cuando se desarrollen las previsiones normativas relativas a la realización de reconocimientos médicos en el marco del Sistema Nacional de Salud establecido en la Disposición adicional sexta. Por tanto, aunque la norma entró en vigor el pasado 12 de septiembre, su desarrollo se ha puesto en marcha a partir de la creación de la herramienta por parte del Ministerio, lo que puede motivar cierta inseguridad jurídica y desconcierto ante lo previsto para la aplicación de la misma.

Por lo que se refiere al derecho a la protección ante violencia o acoso en el empleo doméstico³³ esta normativa ha tenido en cuenta lo previsto en La Disposición decimoctava que hacía hincapié en la necesidad de prevenir y proteger al colectivo frente a la violencia, por lo que la nueva reglamentación es conforme al Convenio 190 OIT sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, de 21 de junio de 2019³⁴, ratificado por España

ción con el derecho a la persona trabajadora a interrumpir su actividad y a abandonar el domicilio ante un riesgo grave e inminente.

33 Por lo que se refiere a la prevención de la violencia contra las mujeres, la disposición adicional decimoctava de la LPRL prevé que para tal protección debe tenerse en cuenta las características concretas del trabajo doméstico, remitiéndose a los términos y garantías que establezca el desarrollo reglamentario, con la finalidad de asegurar la salud y seguridad. Incorporada por el art. 1.2 RDL 16/2022.

34 Cfr., la Disposición General 9978, de 9 de junio de 2022, BOE núm. 143 de 16 de junio de

el 9 de junio de 2022, entrando en vigor el 25 de mayo de 2023; la Directiva 2000/78/CE que prevé el marco general para la igualdad de trato en el trabajo; el acuerdo marco europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo, de 26 de abril de 2007, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En el supuesto de los trabajadores sensibles, es de aplicación el Convenio 103 OIT relativo a la protección de la maternidad, del que no están excluidas las trabajadoras domésticas. Asimismo, la Directiva 92/85 sobre la tutela de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, que tampoco las excluye. Y, en trasposición de esta directiva en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar, y sus normas de desarrollo³⁵.

A este respecto, la disposición adicional segunda RD 893/2024 prevé como medida de prevención de riesgos, la lucha contra los casos de violencia y acoso en el empleo doméstico, dando cumplimiento al artículo 5 del Convenio 189 OIT³⁶. En este sentido, la mencionada disposición «reconoce el derecho a la protección frente a la violencia y acoso en el empleo doméstico, especificando su contenido, y encarga al Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo la elaboración de un protocolo para su prevención»³⁷. En este sentido, las empleadas del hogar tienen derecho a protección frente a situaciones de violencia y acoso, «incluida la violencia, el acoso sexual y el acoso por razón de origen racial o étnico, nacionalidad, sexo, identidad u orientación sexual o expresión de género». Tras su lectura parece que se restringe a la mujer, pero hay que señalar que algunas causas pueden afectar tanto a mujeres como a hombres³⁸. En cualquier caso, hay que tener en cuenta la feminización del sector doméstico, siendo necesario observar este tema desde una perspectiva femenina³⁹.

2022, por la que se aprueba el Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo de trabajo, hecho en Ginebra el 21 de junio de 2019.

- 35 Sobre el particular, véase AYALA DEL PINO, Cristina, «La conciliación de la empleada del hogar: inexistente e invisible», en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, LVI, 2023, págs. 73-94.
- 36 A tenor de este precepto: «todo miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos gocen de una protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia».
- 37 Cfr., el Preámbulo del RD 893/2022.
- 38 Ahora bien, el tratamiento de algunos casos es diferenciado, como ocurre en supuesto de la mujer, con la violencia de género, regulada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (art. 11) o, en su caso, las violencias sexuales, conforme a la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (art. 3.1.). En este sentido, véase FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier, «Un estudio comparativo acerca de la protección jurídico laboral entre las víctimas de violencia de género y de violencias sexuales», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 269/2023 (BIB 2023/2959), págs. 95-138.
- 39 Vid., MARÍN MALO, Mirentxu, «Riesgos psicosociales de los empleados de hogar» en AA. VV.,

De igual manera, la disposición adicional segunda 3 RD 893/2024 hace referencia a la elaboración de un protocolo que concrete la manera de actuar ante tales situaciones. A este respecto, la norma fija un plazo de un año, desde la publicación de la misma, para que el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo lleve a cabo la creación de un protocolo de actuación frente a situaciones de violencia y acoso en el servicio del hogar familiar. La disposición mencionada concreta que el mismo tiene que incluirse dentro de la información a la que se refiere el artículo 5.1 RD 893/2024⁴⁰, así como tiene que ser publicado en las páginas web del Ministerio de Trabajo y Economía Social y del Ministerio de Igualdad, también tendrá que estar a disposición tanto de las personas empleadoras como trabajadoras en las sedes de las Inspecciones provinciales de Trabajo y Seguridad Social.

Dicho esto, se suscita la cuestión de si el empleador estaría obligado a crear un protocolo anti-acoso en este sector, ya que desde que se aprobó la Ley Orgánica 3/2007 y del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, las empresas tienen que disponer del Protocolo de Acoso Laboral. Quizá a priori pudiera parecer excesivo para el servicio doméstico, pero nada impide a que se pudieran adoptar medidas que fueran controladas por la ITSS o de los representantes de los trabajadores o de actuaciones concretas de las administraciones públicas⁴¹.

Por último, el artículo 8.1 RD 893/2024 establece que las personas trabajadoras tienen derecho a la vigilancia de la salud, mientras que la responsabilidad recae en la parte empleadora⁴². Hay que puntualizar que este derecho todavía no es efectivo, conforme a la disposición adicional sexta RD 893/2024, los reconocimientos deberán ser gratuitos, si bien hay que esperar a que el Ministerio de Sanidad los incluya en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de salud.

El marco regulatorio de la norma se dirige sólo a la dimensión individual de la vigilancia de la salud⁴³, centrándola en el reconocimiento médico laboral.

El nuevo régimen jurídico de las empleadas de hogar, CUADROS GARRIDO, M.ª Elisa y SELMA PENALVA, Alejandra (Dirs), Colex, Colección Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, A Coruña, 2023, núm. 2, pág. 340.

40 Este precepto se refiere a la información que la persona empleadora debe cerciorarse de poner a disposición de las personas trabajadoras, que esté relacionada con los riesgos para la seguridad y salud del trabajo que realice, así como de las medidas de protección y prevención que deben emplear para prevenir tales riesgos.

41 *Vid.*, MARÍN MALO, Mirentxu, «Riesgos...», *op. cit.*, pág. 341.

42 Sin embargo, la vigilancia de la salud reconocida por la LPRL para la generalidad de los trabajadores constituye un deber que el empresario debe asegurar a sus trabajadores. *Cfr.* art. 22.

43 A este respecto, cabe señalar que como no es posible aplicar el art. 37.3 RSP y el resto del ordenamiento jurídico general, la dimensión colectiva de la vigilancia de la salud pierde toda su relevancia en el empleo del hogar familiar.

Asimismo, las previsiones normativas a las que hace referencia la disposición adicional citada serán de aplicación, una vez haya transcurrido el plazo de seis meses, desde que se haya puesto en marcha la herramienta de evaluación de riesgos, conforme a lo previsto en la disposición adicional quinta apartados 2 y 4 en relación con el artículo 8.2 RD 893/2024. A este respecto, cabe señalar que la herramienta de evaluación de riesgos laborales para trabajadoras del hogar entró en vigor el 14 de mayo del 2025, con la publicación de la misma en la plataforma Prevención10.es del Ministerio de Trabajo. La obligación de realizar esta evaluación comenzó a aplicarse desde esa fecha y, la fecha límite para cumplir con ella es el 14 de noviembre del 2025. Por lo que a partir de esta fecha ya transcurrida, se puede realizar el correspondiente reconocimiento médico.

Cuestión no menos importante para resaltar es que la norma se pronuncia sobre la voluntariedad de la vigilancia de la salud y de los reconocimientos médicos, aunque exige que éstos sean adecuados y se manifiesta sobre su periodicidad.

A este respecto, hay que señalar que la vigilancia de la salud de las empleadas del hogar sólo puede tener lugar cuando ésta presten su consentimiento, así como el reconocimiento médico debe ser voluntario (art. 8 apdos. 3 y 2 segundo párrafo, respectivamente RD 893/2024)⁴⁴. Esto quiere decir que el mismo no se puede realizar de manera imperativa, por ello la norma utiliza expresiones como que la vigilancia de la salud «podrá incluir la realización de un reconocimiento médico (...)»⁴⁵. Asimismo, la vigilancia de la salud debe llevarse a cabo respetando las debidas garantías a su intimidad (art. 8.3 RD 893/2024)⁴⁶. De todo ello, se puede deducir que la vigilancia de la salud en el empleo del hogar se prevé de manera inespecífica y totalmente voluntaria⁴⁷.

44 En igual sentido, la LPRL dispone que la vigilancia de la salud sólo se llevará a la práctica, cuando el trabajador preste su consentimiento.

45 Ahora bien, de este carácter voluntario se exceptúan conforme al art. 22.1 LPRL los supuestos siguientes: a) cuando los reconocimientos médicos sean imprescindibles para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores; b) para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa; c) por alguna disposición legal relacionada con la protección de riesgos específicos y actividades especialmente peligrosas. Por lo que, quizá debería valorarse la posibilidad de incluir estas excepciones para garantizar la vigilancia del estado de salud de la persona trabajadora, con relación a su ámbito más cercano.

46 Que con carácter general se amplía a su dignidad y a la confidencialidad de toda la información vinculada con su estado de salud (art. 22.2 LPRL).

47 Esto implica una quiebra de los principios de la regulación general (art. 22 LPRL). Al igual que supone una ruptura de los principios fundamentales sobre los que se sustenta la vigilancia de la salud para el resto de los trabajadores: la voluntariedad relativa y la especificidad de los exámenes de salud laboral.

Además, el reconocimiento médico en la relación laboral especial del servicio del hogar no sólo debe ser voluntario, sino también adecuado⁴⁸. En este sentido, el artículo 8.2 RD 893/2024 al explicar que la vigilancia de la salud puede incluir la realización de un reconocimiento médico adecuado, precisa que «tenga en cuenta todos los riesgos a los que la persona trabajadora pueda quedar expuesta, según se hayan especificado en la evaluación de riesgos». Es decir, con el término «adecuado» al referirse al reconocimiento, se está precisando que este último debe ajustarse al contenido de la evaluación inicial de riesgos a la que se hizo referencia anteriormente.

Asimismo, el artículo 8.2 segundo párrafo RD 893/2024 reconoce como novedad en materia de prevención de riesgos laborales, prevista sólo en esta relación laboral especial, la posibilidad de que el reconocimiento médico pueda ser único para cada persona trabajadora aun cuando pudiera prestar servicios para varias personas empleadoras, que suele ser lo más habitual, sin necesidad de que se lo haga en cada hogar familiar donde preste los servicios. A este respecto, sería conveniente que la persona empleadora pudiera justificar de alguna manera que la persona a su servicio cuenta con dicho reconocimiento, quizá sería aconsejable que contara con algún justificante que lo acreditara. Entendiéndose que la persona empleada ha prestado su consentimiento para realizárselo. Ahora bien, qué ocurre, si esta última se niega a hacérselo, tal vez sería recomendable contar con algún documento que acredite por escrito su negativa, máxime, si fuera necesario demostrar, la ausencia de reconocimiento por la parte empleadora.

Para finalizar, el artículo 8.2 párrafo tercero RD 893/2024 dispone que el reconocimiento médico deberá realizarse, al menos, con una periodicidad trienal, salvo que por decisión facultativa se prevea una periodicidad inferior o fuera necesario actualizar el mismo en el supuesto de haberse producido alguna modificación en las condiciones de trabajo.

4. Desafíos actuales y propuestas de mejora

En materia de protección y derecho a la seguridad y salud de las empleadas del hogar en su trabajo, tras la lectura del RD 893/2024 surgen dudas acerca de lo regulado y la necesidad de reflexionar sobre un modelo que resulte realmente efectivo para lograr los fines propuestos, es decir, la protección y el derecho a la seguridad y salud de las personas empleadas del hogar en su trabajo. Tanto las especialidades y particularidades del empleo en el hogar familiar, como las vicisitudes y problemas que en el mismo se pro-

48 Resulta llamativo que se emplee este término, ya que el adjetivo «adecuado» no se menciona para los reconocimientos médicos a los que se hace referencia en la LPRL, ni en las definiciones recogidas en el art. 4 LPRL, tan sólo, a nivel genérico, en lo que afecta a la salud de los trabajadores, se hace referencia en el preámbulo de la norma. Si nos remitimos a lo previsto en el diccionario de la RAE, significaría: correspondiente, apropiado, ajustado exactamente a las condiciones, circunstancias u objeto de alguna cosa.

ducen, probablemente necesiten de otro tipo de enfoques instrumentales, y no sólo de la adaptación o retoque de lo ya establecido en el empleo ordinario por cuenta ajena. Asimismo, hay que tener muy presente que la puesta en práctica del contenido de la norma lleva implícita una sobrecarga de responsabilidad sobre la persona empleadora y el ámbito privado, lo que podría llevarle a una contratación informal de estas personas; sin olvidar también lo difícil que va a ser alcanzar la compatibilidad de esta protección con los derechos a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y familiar.

En lo que se refiere a la posible existencia de casos de abuso, acoso y violencia, conforme a lo previsto en el Convenio 189 de la OIT, sería oportuno y conveniente crear mecanismos de queja y medios eficaces y accesibles para las trabajadoras del sector que les permitiera informar sobre ellos, junto a la necesidad de adoptar las medidas que garanticen la investigación de las reclamaciones o las acciones judiciales, según corresponda, así como, garantizar en todo momento la asistencia que precisen las víctimas.

En cuanto a la creación de un cuadro de enfermedades con perspectiva de género, el RDL 16/2022 prevé una previsión relevante a efectos de la equiparación de derechos y la igualdad y que, sin lugar a duda, producirá mejoras en las condiciones de trabajo y la protección frente a los riesgos laborales. A este respecto, en su Disposición Adicional cuarta se establece el compromiso del Gobierno por crear en el plazo de seis meses una comisión de estudio cuyo objetivo es la inclusión de la perspectiva de género en el cuadro de enfermedades profesionales regulado en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de Seguridad Social, y se fijan criterios para su notificación y registro, con el propósito de que se identifiquen y se corrijan las carencias que existen en el ámbito de la protección ante las enfermedades profesionales de los trabajos realizados en su mayoría por mujeres. No hay que olvidar que estamos ante un sector muy feminizado que está expuesto a muchos riesgos en su trabajo, y que derivan en enfermedades de diversa índole que, normalmente, se tramitan como enfermedad común con el consiguiente perjuicio económico.

Respecto al derecho de igualdad es preciso continuar aportando ideas y diseñando medidas que garanticen la aplicación efectiva de la norma a todas las personas que realizan su trabajo en el hogar familiar, lo que significa pronunciarse sobre la situación de numerosas trabajadoras extranjeras que están realizando sus trabajos de forma irregular al carecer de la correspondiente autorización para trabajar.

De igual manera, para que se garantice el cumplimiento de las obligaciones sería conveniente crear un mecanismo de sanciones adecuadas en el supuesto de infracciones de la normativa laboral. El elevado coste de algunas de las previstas en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y la carencia del carácter empresarial del empleador puede hacer pensar en la inaplicación de la norma sancionadora, pero estas razones no pueden negar la aplicación de la Ley al trabajo doméstico, ya que si fuera así la norma per-

manecería en el papel y las condiciones de trabajo precarias de este colectivo persistiría en el tiempo.

En suma, tras las sucesivas reformas que se han ido produciendo del régimen jurídico de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, se puede afirmar que se ha ido avanzando progresivamente hacia la equiparación de su régimen regulador con el régimen laboral común. En este sentido, las condiciones laborales de las empleadas del hogar se van mejorando poco a poco, teniendo en cuenta la dignificación de su trabajo y la eliminación de la discriminación laboral de este colectivo, así como el reto de lograr un trato en igualdad de condiciones al resto de los trabajadores.

Uno de los retos o desafíos va a ser cómo realizar una total equiparación de ambos regímenes y, en concreto, cómo se va a equiparar la persona empleadora doméstica a la persona empleadora común, teniendo en cuenta que la relación laboral especial se basa en la confianza y se desarrolla en el hogar familiar.

Además, como bien sabemos las empleadas del hogar no sólo realizan trabajos relacionados con el hogar familiar, tareas domésticas en general, como el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte/que integran el ámbito doméstico o familiar, donde se va a exigir un grado de satisfacción pleno. Lo dicho debe tenerse muy presente de cara a futuras regulaciones y como garantía de la protección que se quiere otorgar a estas trabajadoras.

Otra de las cuestiones sobre las que se debería progresar, reivindicación manifiestamente hecha por el colectivo doméstico, es en la equiparación de derechos en los ámbitos de la vida familiar y laboral. Nuestro país tiene un gran reto y no es otro sino reconocer el valor social y económico del trabajo que desempeñan las empleadas del hogar y, al mismo tiempo, tiene que aportar por darle visibilidad y conseguir la equiparación real en derechos con los otros trabajos.

Por último, cuestión no menor es la necesidad de abordar el relevante papel que puede desempeñar el convenio colectivo como herramienta para mejorar las condiciones de trabajo de las empleadas del hogar. La negociación colectiva permitiría paliar muchas de las carencias legislativas, completar donde la norma no llega o interpretar lo que pudiera entrañar confusión. Por ello sería conveniente impulsar medidas que favorezcan la capacidad de organización de los trabajadores y empleadores domésticos, o en su lugar, fomentar su afiliación a las organizaciones más representativas a nivel general.

Bibliografía

AYALA DEL PINO, Cristina:

«Derechos colectivos de las empleadas del hogar», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LVII, 2024.

«La reciente ratificación del Convenio 189 de la OIT por España», en *Revista de Derecho YACHAQ* n.º 14, 2023.

«La conciliación de la empleada del hogar: inexistente e invisible», en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LVI, 2023.

Cuestiones laborales de la relación laboral especial al servicio del hogar familiar, Laborum, Murcia, 2005.

CONFEDERACIÓN SINDICAL DE CCOO, en *Gaceta Sindical*, Edición especial, n.º 54, 2011.

FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier. «Un estudio comparativo acerca de la protección jurídico laboral entre las víctimas de violencia de género y de violencias sexuales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 269/2023 (BIB 2023/2959).

GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo., *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar: una aproximación crítica desde la dogmática jurídica*, Dykinson, Madrid, 2022.

GARCÍA NINET, José Luis, *Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados del hogar*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de la Seguridad Social, 2006.

LÓPEZ GANDÍA, Juan, y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, *Los trabajadores al servicio del hogar familiar: aspectos laborales y de seguridad social. Propuestas de reforma*, Bomarzo, Albacete, 2006.

MARÍN MALO, Mirentxu, «Riesgos psicosociales de los empleados de hogar», en AA. VV. *El nuevo régimen jurídico de las empleadas de hogar*, Colex, Colección Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, A Coruña, 2023, núm. 2.

MINISTERIO DEL TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL., *El Gobierno aprueba la protección de la seguridad y la salud en el trabajo al servicio del hogar y culmina el compromiso de dotar a las trabajadoras de derechos laborales*, en prensa.mites.gob.es, 10 septiembre de 2024.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, <https://www.ilo.org>.

La vía hacia el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2023, <https://www.ilo.org>.

Domestic workers across the world: global and regional statistics and the extent of legal protection, ILO, 2013.

RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo., «Trabajo en el hogar familiar y prevención de riesgos laborales», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho Comparado*, Volumen 13, número 3.

SALCEDO BELTRÁN, María del Carmen, «El trabajo doméstico en España: planteamientos y desafíos insoslayables frente a la «esclavitud moderna»», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 55, 2020.

VV. AA. *Informe sobre la regulación laboral y de seguridad social de la prestación en el hogar familiar, propuestas de reforma*, Coords., ROJO TORRECILLA, EDUARDO, CAMAS RODA, FERRÁN, y CAMOS VICTORIA, IGNASI, Barcelona, Proyecto Emergim, 2004.

CAPÍTULO II

LA RELACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS ARTISTAS EN ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

The employment relationship of artists in public shows

Henar Álvarez Cuesta

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de León
halvc@unileon.es*

1. Particularidades del trabajo artístico

Resulta en exceso complejo acotar el concepto de trabajo artístico. Así, la RAE define como artista a aquella «persona que cultiva alguna de las bellas artes; persona dotada de la capacidad o habilidad necesarias para alguna de las bellas artes; o persona que actúa profesionalmente en un espectáculo teatral, cinematográfico, circense, etc., interpretando ante el público»¹. Por su parte, la Recomendación relativa al Estatuto del Artista, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, el 27 de octubre de 1980 en Belgrado, considera artista a: «...cualquier persona que crea o que participa por su interpretación en la creación o la recreación de obras de arte, que considera su creación artística como un elemento esencial de su vida, que contribuye así a desarrollar el arte y la cultura y que es reconocida o pide que se la reconozca como artista, haya entrado o no en una relación de trabajo u otra forma de asociación». De forma más amplia, el Documento Marco Estatuto del Artista, el Autor/Creador y el Trabajador de la Cultura demanda definir a los trabajadores de la cultura, considerando como oficios conexos o profesiones relacionadas con la actividad artística al conjunto de oficios técnicos y auxiliares que colaboran con el autor en su proceso creativo y ayudan al intérprete en la recreación de la obra, sin excluir a ningún trabajador que tenga una intervención directa en este proceso; y adaptar a las nuevas formas de creación el concepto de obra u objeto de arte, que actualmente y a pesar de incluir la pintura, la escultura, la

1 <http://dle.rae.es/?id=3ryMAo1>.

cerámica, la fotografía o el dibujo, deja de lado otras manifestaciones artísticas como la creación de videos o el arte en red².

Desde una perspectiva internacional, los distintos países de la UE han adoptado tres criterios a la hora de fijar la condición de profesional del artista. De un lado, el reconocimiento basado en la formación; de otro, el basado en la evaluación por iguales (artistas), que se pronunciará sobre la concesión de acceso al régimen a la seguridad social que le da cobertura; en fin, por resolución administrativa, donde el artista debe cumplir una serie de condiciones que por lo general incluyen la inscripción en un registro oficial, y la prueba de los ingresos de la actividad artística. Asimismo, en la mayoría de los casos, las autoridades exigen que los ingresos artísticos excedan de un determinado umbral³.

Por su parte, el Derecho Laboral considera que la actividad artística presenta características propias que precisan de una regulación específica, contenida en el RD 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad.

La justificación de esta especialidad radica, por cuanto hace a las notas características de la relación laboral, en la atenuación máxima de la nota de dependencia que debe estar presente en toda relación laboral⁴, habida cuenta el «creador cultural disfruta de un grado de autonomía en su labor creativa»⁵; y respecto a la concreta regulación jurídica, obedece a «la necesidad de adaptar el régimen jurídico laboral ordinario, especialmente en materia de contratación y extinción, a una actividad esencialmente temporal, de corta duración, y dependiente del éxito y/o fracaso del espectáculo público y de la reacción del público»⁶.

2. Ámbito subjetivo de la relación laboral especial vinculada a la actividad artística

La relación especial regulada tiene por objeto dos tipos de prestaciones que tienen un mismo ámbito común, los espectáculos públicos: de un lado,

2 AUTORES VARIOS: *Documento Marco Estatuto del Artista, el Autor/Creador y el Trabajador de la Cultura*, 2017.

3 <https://avvac.wordpress.com/2010/01/26/%C2%BFque-es-el-estatuto-del-artista/>.

4 KAHALE CARRILLO, Djamil Tony: *La nueva regulación del estatuto del artista. Una visión comparada*, Madrid, BOE, 2023, pág. 49.

5 ALZAGA RUIZ, Iciar: «La reforma de la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos», *Trabajo y Derecho*, núm. 95, 2022.

6 ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, ARADILLA MARQUÉS, María José y GARCÍA TESTAL, Elena: «La relación laboral especial de artistas tras el Real Decreto Ley 5/2022», *Lex Social*, núm. 12, 2022, pág. 11.

están incluidas las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales; de otro, las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad con carácter temporal y no estructural.

Antes de seguir avanzando en el análisis de las personas artistas y quienes realizan actividades técnicas o auxiliares, conviene precisar el nexo de unión y característico de ambas, como es el ámbito de actuación, que proporciona un elemento indirecto para su identificación⁷, esto es, las artes escénicas, audiovisuales y musicales⁸. Por tanto, el elemento que califica esta relación laboral especial «es el hecho de que se lleve a cabo en el seno de un espectáculo público o se grabe para su posterior difusión entre el público», sin entrar a valorar más allá la naturaleza artística o no de la prestación⁹.

Este rasgo calificativo de la actividad artística sometida a la relación laboral especial ha sido modificado por la reforma producida por el RD-Ley 5/2022, de 22 de marzo, la cual parece haber diluido el requisito de espectáculo público clásico¹⁰ para abrirse a las distintas fases de la ejecución de actividades artísticas, técnicas y auxiliares, mediante comunicación pública o destinadas a la fijación o difusión a través de cualquier medio o soporte técnico, tangible o intangible, producción fonográfica o audiovisual, en medios tales como teatro, cine, radiodifusión, televisión, internet, incluida la difusión mediante *streaming*, instalaciones deportivas, plazas, circo, festivales, tablaos, salas de fiestas, discotecas, y, en general, cualquier lugar destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos, o a grabaciones, producciones o actuaciones de tipo artístico o de exhibición. Únicamente quedan extramuros aquellas exhibiciones de carácter estrictamente privado sin que se lleve a cabo su grabación o difusión¹¹ (sin perjuicio de su consideración como relación laboral común si se dieran las características necesarias).

Una vez acotado el concepto de espectáculo público, la norma enumera en una lista abierta sobre quiénes están comprendidos en el término artista, a saber, las personas que desarrollan actividades artísticas, sean dramáticas,

7 ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio: «Artistas y derechos de propiedad intelectual: su inserción en el contrato de trabajo», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013, pág. 170.

8 Esta enumeración plantea la duda de los profesionales taurinos y de los desfiles de moda respecto a su consideración o no como artistas, ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, ARADILLA MARQUÉS, María José y GARCÍA TESTAL, Elena: «La relación laboral especial de artistas tras el Real Decreto Ley 5/2022», cit., págs. 6 y ss.

9 ALZAGA RUIZ, Icíar: «La reforma de la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos», en *Trabajo y Derecho*, núm. 95, 2022.

10 En la línea de lo apuntado por ALZAGA RUIZ, Icíar: «Propuestas de mejora de la situación sociolaboral de los artistas en espectáculos públicos», *NREDT*, núm. 203, 2017, pág. 7.

11 ALZAGA RUIZ, Icíar: «La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos: balance a los treinta años de su aprobación», cit., pág. 129.

de doblaje, coreográfica, de variedades, musicales, canto, baile, de figuración, de especialistas, de dirección artística, de cine, de orquesta, de adaptación musical, de escena, de realización, de coreografía, de obra audiovisual, artista de circo, artista de marionetas, magia, guionistas, y, en todo caso, cualquier otra persona cuya actividad sea reconocida como la de un artista, intérprete o ejecutante por los convenios colectivos que sean de aplicación en las artes escénicas, la actividad audiovisual y la musical¹².

La habilitación a la negociación colectiva sin importar su nivel, siempre y cuando sea estatutaria, para administrar, en sentido declarativo, el propio ámbito de aplicación de la relación laboral especial se remite esencialmente a aquellos pactos cuyo ámbito funcional se incardine plenamente dentro del núcleo de imputación del Real Decreto: las artes escénicas, la actividad audiovisual o la música¹³. De este modo, el elenco abierto por remisión al acuerdo colectivo permitirá seguir incorporando actividades cuya calificación como laborales no ha sido todavía admitida por los Tribunales, como, quizá en un futuro, las personas creadoras de contenido.

Respecto al personal auxiliar o técnico, entiende por tal a quien «presta servicios vinculados directamente a la actividad artística y que resulten imprescindibles para su ejecución». Para este segundo colectivo, el precepto, además de prestar servicios en un espectáculo público, exige que la relación laboral con la empresa empleadora sea directa, su actividad imprescindible y su vínculo temporal. El requisito de actividad directa excluye a quienes prestan servicios para empresas auxiliares o subcontratadas¹⁴. La nota de imprescindibilidad para el desarrollo de la actividad artística viene referida a una lista abierta de prestaciones «como la preparación, montaje y asistencia técnica del evento, o cualquier trabajo necesario para la completa ejecución de aquella, así como la sastrería, peluquería y maquillaje y otras actividades entendidas como auxiliares», pero sin remisión a su ampliación convencional. El carácter de temporal de la prestación excluye aquellas actividades que se desarrollan de forma estructural o permanente por la empresa, aunque sean de modo cíclico, en cuyo caso habría de acudirse al contrato fijo discontinuo ordinario.

Estas personas trabajadoras técnicas o auxiliares necesariamente tendrán una relación laboral especial de duración determinada, sin que se les aplique el régimen especial completo, pues quedan excluidos de las disposiciones del RD relativas a la duración de la jornada, la configuración del tiempo de

12 Así hace el art. 1 Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile, discotecas, locales de ocio y espectáculos de España (BOE núm. 81, de 5 de abril de 2023).

13 BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: «La relación laboral especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas y técnicas auxiliares», *Labos*, núm. 3, vol. 3, 2022, pág. 29.

14 BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: «La relación laboral especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas y técnicas auxiliares», cit., pág. 32.

trabajo o los ensayos, y ello aun cuando el personal técnico y auxiliar forma parte indispensable del proceso artístico y habría de contar con idénticas excepciones o especificidades.

Hoy en día el concepto de actividad artística no puede verse desde el exclusivo esquema de la persona profesionalmente dedicada a «la interpretación teatral, musical, recitación de poesía, etc.», sino que da cabida a otras formas de participación menos convencional, siempre que éstas vayan dirigidas al ocio y esparcimiento del público»¹⁵.

Aun con la ampliación realizada por la última reforma en la relación laboral especial, siguen quedando fuera muchas prestaciones de servicios (dispersas en varias normas), vinculadas al mundo de la cultura y necesitadas de una visión de conjunto, cualquiera que fuera la actividad desarrollada y su forma de difundirla al conjunto de la sociedad. En un tiempo de cambio vertiginoso que precisa de múltiples habilidades interdisciplinares, los artistas han reflejado en su obra y en su actividad dichas capacidades y la perpetua necesidad de adaptación. En estos tiempos, «están apareciendo otras formas de trabajo cultural apoyadas en la red y derivadas de la práctica creativa, formas que priman cada vez más la versatilidad y la polivalencia»¹⁶. Tal sucede con los artistas plásticos, como escultores, pintores, o fotógrafos, que desempeñan claramente actividades que se identifican con el concepto de arte y parecen cumplir con el requisito de la exhibición pública, por cuanto el resultado de su trabajo es objeto de exposición. Como regla general, sin embargo, «ni su actividad es desarrollada directamente ante el público, conformando así un espectáculo, ni es grabada para su posterior difusión entre el mismo. Es el resultado de su actividad lo que se exhibe públicamente y no la actividad en sí misma»¹⁷. Con todo, no cabe desdeñar que la obra artística objeto de exposición consista precisamente en la producción de la obra, en la exhibición del proceso de creación o en la grabación del mismo a modo de *performance*, *happenings* o acciones. En tal caso, e hipotéticamente, habría que concluir, mediando las notas del art. 1 ET, que se trata de una relación laboral especial. Al margen de esta puntual situación, la prestación en régimen laboral de un artista de estas características será una relación laboral común¹⁸.

La figura de las personas creadoras de contenido, definida como «aquellas personas que se considera que tienen el potencial de crear *engagement*, impulsar la conversación y/o influir en la decisión de compra de productos/

15 STSJ Madrid 14 abril 2008.

16 ZAFRA, Remedios: *El entusiasmo. Precariedad y trabajo creativo en la era digital*, Barcelona (Anagrama), 2017, pág. 188.

17 RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Sol: *El contrato laboral del artista*, Valencia (Tirant lo blanch), 2007, pág. 89.

18 RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, Sol: *El contrato laboral del artista*, cit., pág. 89.

servicios a un público objetivo»¹⁹ merece también que se reflexione sobre su concreto régimen jurídico, aparentemente situado en una zona gris entre el trabajo autónomo, la relación laboral común, especial o totalmente fuera de la actividad productiva. La Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, ofrece definiciones de «prestador del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma», o regula los «usuarios de especial relevancia», pero no determina su inclusión en un ámbito jurídico u otro. La cuestión central a aclarar para las personas creadoras de contenido digital (*influencers, tiktokers, streamers, instagramers, o youtubers*), en primer lugar, es si concurren en su actividad las notas requeridas en el art. 1.1 ET (cuestión que quizá haya de determinarse a la vista de las concretas condiciones de cada prestación de servicios) y, en una siguiente clasificación, si pueden ser consideradas artistas en espectáculos públicos (o adscritas a otra relación laboral especial en su caso, como mediadores mercantiles respecto a las marcas, por ejemplo)²⁰.

La contraparte de la relación especial es la persona empleadora que organiza o que produce una actividad artística²¹, incluidas las entidades del sector público (art. 1 RD 1435/1985). Esta definición de persona empleadora incluye a los organizadores de espectáculos propios de las artes escénicas, audiovisuales o musicales, y a los profesionales o empresas cuyo objeto social es la organización y gestión financiera de espectáculos públicos, es decir, a quien se dedica a la producción del espectáculo²².

El precepto del RD mencionado contiene las notas características de todas las relaciones laborales, aunque, como ya se ha mencionado, la dependencia presenta una configuración compleja, pues lo creativo y personalísimo de la actividad artística pueden desdibujar la subordinación requerida²³; dicho de otro modo, en esta prestación, la *lex artis* puede llegar a igualar al poder de organización de la empresa.

19 AUTORES VARIOS: *Libro Blanco Marketing de Influencers*, lab, 2019, https://www.amic.media/media/files/file_352_2145.pdf

20 Un estudio exhaustivo y detallado sobre la concurrencia de las notas de laboralidad en JOVER RAMÍREZ, Carmen: «Los creadores de contenido digital. ¿Una nueva zona gris del Derecho del Trabajo», *Labos*, vol. 6, núm. 2, 2025, págs. 109 y ss.

21 «Durante la tramitación de la reforma, se planteó la posibilidad de incluir a los representantes o managers como empleadores de las personas que prestan servicios en un espectáculo público. Finalmente, la inclusión no se produjo porque en la mayoría de los supuestos las funciones de unos -empleadores- y de otros -managers- difieren, por lo que la naturaleza jurídica del vínculo contractual de unos y otros también», ALZAGA RUIZ, Icíar: «La reforma de la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos», cit.

22 ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, ARADILLA MARQUÉS, María José y GARCÍA TESTAL, Elena: «La relación laboral especial de artistas tras el Real Decreto Ley 5/2022», cit., pág. 13.

23 GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Juan: «Relación laboral de carácter especial de artistas en espectáculos públicos», en AA.VV.: *Las retribuciones de los artistas, intérpretes y ejecutantes*, Madrid (Cinca), 2008, pág. 87.

3. El trabajo artístico: entre la temporalidad y la flexibilidad

El trabajo artístico tradicionalmente llevaba aparejado el calificativo de temporal, y en épocas más recientes cabe denominarlo como precario, por la inestabilidad y flexibilidad del vínculo y por la escasa retribución que de forma general trae aparejada.

Esta relación laboral especial alimenta el vínculo de duración determinada al romper la tradicional preferencia del ordenamiento laboral en favor del contrato indefinido recogido en el artículo 15.1 ET y admitir, en términos de igualdad, tanto la estipulación por tiempo indefinido como la duración temporal del contrato (art. 5 RD 1435/1985).

Quizá por ello se exige siempre su celebración por escrito y se obliga a informar, también por escrito, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral cuando tales contenidos no figuren en el contrato celebrado (art. 3). La ausencia de la forma escrita requerida determinará la consideración de su carácter indefinido y a jornada completa conforme a la remisión efectuada al art. 8 ET.

Las razones de esta excepción al régimen estatutario son variadas, tanto referidas a la propia persona del artista, habida cuenta este trabajo exige una aptitud y cualificación especiales, en permanente renovación (en el mundo artístico pudiera resultar menester sustituir y cambiar a quienes desarrollan una actividad de esta clase para impedir que decaiga o desaparezca el interés del público²⁴ —también sucede en otras múltiples actividades—); como debidas a la naturaleza de la actividad y el marco en el cual se desarrolla, pues está sometida a constantes cambios e innovaciones (cada actuación es de por sí temporal²⁵). El resultado inmediato no es otro que la «supremacía» de la relación finita²⁶ y la creación por esta vía de un contrato temporal *ad hoc*²⁷ para la persona artista, técnica o auxiliar en espectáculos públicos con causas propias y acotadas, sin que se apliquen los límites de duración de cada vínculo previstos en el art. 15 ET.

Sin embargo, frente a esa tradición de temporalidad permanente, la reforma del año 2022 ha tratado de potenciar la causalidad del recurso a los vínculos de duración determinada al exigir especificar los motivos y exigiendo

24 STS 31 enero 1984 (RJ 1984\125).

25 ALZAGA RUIZ, Icíar: «La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos: balance a los treinta años de su aprobación», cit., pág. 139, recogiendo la jurisprudencia tradicional.

26 GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Juan: «Relación laboral de carácter especial de artistas en espectáculos públicos», cit., pág. 89.

27 BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: «La relación laboral especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas y técnicas auxiliares», cit., pág. 36.

su justificación²⁸: «solo se celebrará para cubrir necesidades temporales de la empresa, podrá ser para una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra permanezca en cartel, o por el tiempo que duren las distintas fases de la producción» (art. 5.2). Permite, también, prórrogas sucesivas siempre y cuando persista la necesidad temporal, sin fijar un límite máximo.

La causa que avala el vínculo temporal habrá de ser especificada con precisión en el contrato, junto con las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. Implica que han de constar «los datos estáticos (causa y duración del contrato) y los datos dinámicos que demuestran la conexión entre la duración prevista y la causa de la contratación»²⁹ y en caso de incumplimiento, a semejanza de la relación ordinaria, se presume la condición de fijeza.

De detallar cuáles serían las especificaciones a realizar en cada motivo de temporalidad, en caso de acudir a un número determinado de actuaciones o a un término cierto o por una temporada, se requiere que dicha duración temporal del contrato prefijada de antemano se encuentre efectivamente vinculada a circunstancias objetivas, hasta cierto punto independientes de la exclusiva voluntad de las partes del contrato de trabajo, como el número de actuaciones concertadas con terceros en un determinado programa, escenario, o evento festivo; la constancia de un tiempo cierto vinculado a la duración de programas artísticos; la duración de temporadas artísticas determinada en el marco de la negociación colectiva; o las pautas de duración consolidadas por la costumbre en un determinado territorio y actividad artística concreta. De vincularse la duración con la permanencia de la obra en el cartel, sería preciso establecer un umbral mínimo objeto de asistencia o de rentabilidad.

En fin, de vincularse la duración del contrato a las diversas fases de la producción, ha de precisarse su descripción y ubicación temporal dentro del conjunto de la misma³⁰. En este supuesto, la extensión del vínculo podría ser muy dilatada, habida cuenta, las fases de producción, dependiendo de la actividad artística, pueden ser numerosas y durar conjuntamente el mismo tiempo o incluso más que el propio espectáculo o producción³¹.

28 ALZAGA RUIZ, Icíar: «La reforma de la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos», cit.

29 ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio, ARADILLA MARQUÉS, María José y GARCÍA TESTAL, Elena: «La relación laboral especial de artistas tras el Real Decreto Ley 5/2022», cit., pág. 16.

30 BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: «La relación laboral especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas y técnicas auxiliares», cit., pág. 40.

31 LOZANO ESPINOSA, Verónica: «El régimen especial de los artistas en espectáculos públicos: análisis de su regulación y condiciones laborales», *Derecho Social y Empresa*, núm. 22, 2025, pág. 124.

Respecto al personal técnico o auxiliar, parece necesario justificar en cada caso la vinculación temporal específica con la obra o actividad en cuestión diferente a las necesidades permanentes de la persona empleadora.

Siguiendo con el intento de atajar el recurso fácil al vínculo determinado, sanciona con la fijeza el encadenamiento de contratos tanto de artistas como de técnicos o auxiliares. remitiéndose a lo previsto en el art. 15.5. ET³² y de conformidad con lo mantenido por el Tribunal Supremo³³ y el TJUE³⁴ a este respecto. Esta remisión supone la aplicación no solo de la fijeza por encadenamiento de contratos de una misma persona artista o técnica en un espectáculo (aun desempeñando distintos roles o funciones), sino también cuando, como sucede en los espectáculos públicos a menudo, rotan los artistas o técnicos en el mismo puesto, con las dificultades que tal medida podría entrañar para la concreta actividad artística.

Para atajar la precariedad del trabajo artístico largamente denunciada, y siguiendo las propuestas que abogaban por elevar la indemnización por finalización del contrato³⁵, la extinción del contrato temporal dará derecho a recibir un pago de doce días de salario por año trabajado (prorrataándose los períodos inferiores), pero si el vínculo, incluidas las prórrogas, hubiera durado más de dieciocho meses (esto es, el tiempo que, de haber sido varios contratos hubiera dado lugar a la fijeza), tendría derecho a veinte días de salario por año trabajado. Con esta previsión, se iguala la extinción del contrato temporal con el indefinido por causa objetiva, cierto es que no lo hace con la del despido improcedente, equiparación quizá más lógica para desincentivar los contratos temporales de larga duración que podrían haber sido indefinidos.

La norma también se ocupa de fijar el plazo mínimo de preaviso en caso de extinción del contrato temporal en defecto de pacto convencional o indivi-

32 Ya aplicaban la prohibición de encadenamiento las siguientes sentencias, SSTSJ Madrid 18 marzo 2014 (Rec. 2181/2013), 17 julio y 6 noviembre 2017 (JUR 2017\235639 y 2018\8620). De la misma opinión, ALZAGA RUIZ, Icíar: «Propuestas de mejora de la situación sociolaboral de los artistas en espectáculos públicos», cit., pág. 11. En contra, GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier: «La conversión en indefinido por reiteración discontinua y por utilización sucesiva de contratos temporales en la relación especial de artistas», *Información Laboral*, núm. 1, 2015, pág. 43; PAZOS PÉREZ, Alexandre: «Los artistas en espectáculos públicos con especial referencia al Estatuto del Artista», *Revista de Derecho Social*, núm. 101, 2023, pág. 83.

33 SSTJ 15 de enero de 2020 (Rec. 2845/2017), 8 de septiembre de 2021 (Rec. 1158/2019) y 25 de enero de 2022 (Rec. 120/2019).

34 SSTJUE C-331/17, de 25 de octubre de 2018, asunto Sciotto y C-502/13, de 26 de febrero de 2015, asunto Comisión c. Ducado de Luxemburgo.

35 AUTORES VARIOS: *Documento Marco Estatuto del Artista, el Autor/Creador y el Trabajador de la Cultura*, 2017. Para todos los contratos temporales, VALDÉS DAL-RÉ, Fernando y LAHERA FORTEZA, Jesús: *La precariedad laboral en España: por un nuevo marco jurídico de la contratación temporal para la convergencia con el ordenamiento comunitario*, Granada (Comares), 2004.

dual, sin que su literal suponga un mínimo indisponible: en defecto de pacto, la empresa deberá preavisar la extinción del contrato a la persona afectada con diez días de antelación, si su duración ha sido superior a tres meses; con quince días si ha sido superior a seis meses, y con un mes si ha sido superior a un año; y el incumplimiento de esta obligación por parte de la empresa dará lugar al abono a la persona trabajadora de una indemnización equivalente al salario de los días en que dicho plazo se hubiera incumplido (art. 10.3).

Junto con el contrato temporal, el contrato fijo-discontinuo modificado en virtud de la reforma laboral de 2021 encuentra un gran campo de actuación merced al recurso a la subcontratación, pero también en el ámbito artístico *stricto sensu*. Y si bien el reglamento guarda silencio sobre la posibilidad de realizar contratos a tiempo parcial (indefinidos o temporales) o fijos discontinuos, la falta de regulación expresa no ha de entenderse como prohibición, sino como ausencia de peculiaridades. Únicamente en el caso de los contratos a tiempo parcial se aplicarán las causas de temporalidad específicas de esta relación laboral especial.

4. Derechos y deberes de las personas artistas

Con carácter general, los derechos y deberes laborales de las personas artistas son los regulados en la relación ordinaria, merced a la remisión que el art. 6.1 hace al Capítulo primero del Título I del ET. Sin embargo, a continuación, el precepto regula específicamente la obligación de diligencia, el derecho a la ocupación efectiva y el pacto de plena dedicación.

Por cuanto hace al deber de diligencia, la persona artista (parece que aquí el precepto no incluye a todas las personas incluidas en el ámbito de aplicación del RD) está obligada a realizar la actividad para la que se le contrató, en las fechas señaladas, aplicando la diligencia específica que corresponda a sus personales aptitudes artísticas, y siguiendo las instrucciones de la empresa en lo que afecte a la organización del espectáculo. Se trata de cohonestar el poder de dirección de quien contrata con la necesaria libertad artística, mediada por la buena fe implícita exigible en cualquier vínculo, más aquí con aristas particulares. Este criterio necesariamente ha de entenderse como subjetivo, por lo que la empresa no podrá exigir al artista aquello que rebasa la frontera de sus personales actitudes y capacidades, actuando estos como límite a la diligencia debida; y, como contrapunto, cabe exigir al artista todo aquello de lo que es capaz, aunque suponga rebasar el nivel con el que otras personas vienen ejecutando la prestación de servicios³⁶. En el fondo, se trata de una regulación de la subordinación o dependencia debidas a través del deber de diligencia atravesado y modulado por la *lex artis*.

36 PAZOS PÉREZ, Alexandre: «Los artistas en espectáculos públicos con especial referencia al Estatuto del Artista», cit., p. 86.

El derecho a la ocupación efectiva se proyecta en esta relación laboral especial en la prohibición de excluir a las personas artistas (salvo sanción) de los ensayos ni demás actividades preparatorias para el ejercicio de su respectiva actividad, vinculándose no solo con el derecho al trabajo, sino en este caso, con el derecho a ser vistos y conocidos por el público³⁷ (si no ensayan difícilmente actuarán o no lo harán en condiciones óptimas).

Como sucede en la relación laboral ordinaria, cabe realizar un pacto de plena dedicación, que ha de figurar por escrito en el contrato. Y la importancia que tiene en este caso contar con un determinado artista en exclusiva hace que el RD regule más en detalle este pacto. Así, la compensación económica debida por la plena dedicación podrá quedar englobada en la retribución a percibir por el artista. Como peculiaridad, no podrá ser rescindido de forma unilateral por la persona artista y en los supuestos de ruptura de este pacto por el artista, la empresa tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios, cuya cuantía, salvo expresa previsión en el contrato, será fijada por el órgano judicial competente (que también podrán moderar la pactada), valorando factores como el tiempo de duración previsto para el pacto, la cuantía de la compensación percibida por el artista, y, en general, la lesión producida por el incumplimiento contractual. Con todo, en la práctica, la cláusula que prevé expresamente la cuantía de la indemnización resulta tan excesiva que el artista no puede permitirse recurrir a la opción de rescindir el contrato y arriesgarse a su moderación posterior por los Tribunales³⁸.

El RD también acota los períodos de prueba, siendo aplicable el resto de la regulación común prevista para este pacto. Así, podrá concertarse por escrito un período de prueba en los contratos de duración superior a diez días, por lo que, en los contratos de diez días o menos no cabe dicha posibilidad. A continuación, delimita la duración del período de prueba en función de la duración del contrato: no podrá exceder de cinco días en los contratos de duración no superior a dos meses; de diez días en los de duración no superior a seis meses, y de quince días en los restantes (art. 4).

5. La precariedad salarial de los artistas

Dado que el art. 35 CE reconoce el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, procede contrastar esta previsión con la realidad en el caso de las personas artistas y técnicas o auxiliares en espectáculos públicos. Y la conclusión no resulta halagüeña: son actividades en general con ingresos escasos. Las razones de esta precarie-

37 PAZOS PÉREZ, Alexandre: «Los artistas en espectáculos públicos con especial referencia al Estatuto del Artista», cit., p. 86.

38 LOZANO ESPINOSA, Verónica: «El régimen especial de los artistas en espectáculos públicos: análisis de su regulación y condiciones laborales», cit., pág. 134.

dad salarial son heterogéneas y singulares en cada caso, pero cabe extraer dos transversales a todas las situaciones: de un lado, la casi nula fuerza colectiva derivada de las dificultades para su sindicación y para el ejercicio de los derechos de huelga y negociación colectiva, dado que, de conformidad con el art. 7, la retribución de los artistas se fija en convenio colectivo o en contrato individual; de otro, por la gratuidad con que se ofrece (y se exige) el trabajo artístico en muchas ocasiones (infringiendo la obligación de retribución de la prestación de servicios en la que concurran las características de laboral)³⁹.

Incluso sigue siendo una práctica habitual que los empleadores paguen al artista menos lo que indica el convenio colectivo de aplicación, y en otras ocasiones se ven obligados a elegir entre trabajar sin ser dados de alta o no trabajar⁴⁰.

Para afianzar el derecho a una retribución digna, a continuación, el apartado dos del art. 7 establece una presunción similar a la existente en la relación ordinaria, tendrán la consideración de salario todas las percepciones que el artista tenga reconocidas frente a la empresa por la prestación de su actividad artística, sin más exclusiones que las que deriven de la legislación vigente.

El tercer apartado del mencionado art. 7 remite a la negociación colectiva la regulación de la retribución de los tiempos de disponibilidad. En consecuencia, atendiendo a esta norma, el tiempo que la persona trabajadora se encuentra en situación de disponibilidad respecto del empresario, no tendrá la consideración de tiempo de trabajo y no computa para la jornada de trabajo. En la práctica, lo habitual en la relación laboral especial de artistas es que se abuse de la figura del tiempo de presencia vinculándolo con la antelación con la que se le requiere que acuda al lugar de la actividad⁴¹.

6. Tiempo de trabajo, tiempos de disponibilidad y ensayos

Dadas las peculiaridades de las prestaciones artísticas, la definición de su jornada incluye tanto la prestación efectiva de la actividad artística ante el público, como el tiempo en que está bajo las órdenes de la empresa a efectos de ensayo o de grabación de actuaciones, prohibiendo a tal efecto la obligación de realizar ensayos gratuitos (art. 8.1). En sentido contrario, cuando la persona trabajadora realice ensayos y prepare su actuación de manera

39 ZAFRA, Remedios: *El entusiasmo. Precariedad y trabajo creativo en la era digital*, cit.

40 PAZOS PÉREZ, Alexandre: «Los artistas en espectáculos públicos con especial referencia al Estatuto del Artista», cit., pág. 104.

41 LOZANO ESPINOSA, Verónica: «El régimen especial de los artistas en espectáculos públicos: análisis de su regulación y condiciones laborales», cit., pág. 126.

voluntaria (y conforme a la diligencia debida exigida), este tiempo invertido queda fuera del concepto de tiempo de trabajo.

En materia de duración y distribución de la jornada y del régimen de desplazamientos y giras⁴² (teniendo en cuenta que en muchas ocasiones deben desplazarse durante horas para poder actuar en determinado lugar y una vez finalizada la actuación de volver a sus respectivos hogares⁴³) se estará a lo que se disponga en el convenio colectivo⁴⁴ o pacto individual, con respeto, en todo caso, de la normativa del ET en lo referente a la duración máxima de la jornada (cabe entender que tanto semanal como diaria). Así, algunos convenios colectivos detallan las horas que se computan y los descansos necesarios en función de la concreta actividad⁴⁵.

Los descansos, regulados en el art. 9 junto con las vacaciones, han de cumplir las normas internacionales mínimas, y la única variación es el momento de disfrute: el descanso mínimo semanal de día y medio será fijado de mutuo acuerdo, y no coincidirá con los días en que haya de realizarse ante el público la actividad artística de que se trate. La norma permite fraccionar y acumular el medio día, respetando, en todo caso, un descanso mínimo ininterrumpido de veinticuatro horas, salvo que, mediante pacto individual o colectivo, se estableciera la acumulación por periodos de hasta cuatro semanas su disfrute.

Igual que sucede con los descansos semanales y atendiendo a las peculiaridades de la actividad, cuando no puedan disfrutarse las fiestas incluidas en el calendario laboral por desarrollarse en ellas la actividad artística ante el público, supuesto habitual en la mayoría de actuaciones artísticas (no así en las grabaciones) se trasladará el descanso a otro día dentro de la semana, o del período más amplio que se acuerde, sin precisar cuándo será este, pero sin posibilidad de acumularse durante más de un año.

Las vacaciones anuales retribuidas suelen quedar invisibilizadas al incluirse bien en el finiquito por el fin del contrato temporal o bien en la retribución global correspondiente a los días de trabajo efectivo, particularmente cuando se pacten tales retribuciones como correspondientes a unidades específicas del trabajo artístico, como actuaciones, giras, rodajes y similares,

42 Su consideración como tiempo de trabajo en el art. 24 del Convenio Colectivo de Trabajo de la empresa «Fundación Orquesta de Extremadura» (BO Extremadura núm. 85, de 26 de septiembre de 2023).

43 PAZOS PÉREZ, Alexandre: «Los artistas en espectáculos públicos con especial referencia al Estatuto del Artista», cit., pág. 104.

44 Al respecto, el Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile, discotecas, locales de ocio y espectáculos de España (BOE núm. 81, de 5 de abril de 2023) contiene una detallada regulación, incluidos los ensayos. Otros ejemplos en el Convenio Colectivo de Trabajo de la empresa «Fundación Orquesta de Extremadura» (BO Extremadura núm. 85, de 26 de septiembre de 2023).

45 Art. 9 Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile, discotecas, locales de ocio y espectáculos de España (BOE núm. 81, de 5 de abril de 2023).

permitiendo por esta vía el trabajo ininterrumpido a través de varios contratos para diferentes empleadores.

7. Protección de la vida, la seguridad y la salud en el trabajo artístico

De analizar el derecho a la vida y a la integridad física y moral reconocida en el art. 15 CE, la escasa duración de los contratos, la falta de formación específica y el lento proceso de implantación en la industria artística de planes de prevención adecuados avocan a que dicha actividad tenga una de las más altas cotas de siniestralidad en Europa⁴⁶.

Con todo, y merced al espacio dejado a la autonomía colectiva, algún acuerdo desarrolla este derecho y especifica medidas específicas para la protección de la salud de las personas artistas⁴⁷: la espera en las pruebas y audiciones, en la medida de lo posible, no será a la intemperie, sino que deberá ser un local convenientemente climatizado, con asientos, agua potable y cuarto de baño, no pudiendo superar dicho tiempo de espera la duración máxima de dos horas; la empresa procurará poner a disposición del actor/actriz un camerino digno y limpio dotado de agua, calefacción y ducha con agua caliente para la compañía, así como especialistas en fisioterapia y/o canto, cuando las características de la producción determine esa necesidad, ante posibles situaciones que pudieran ocasionar lesiones corporales a miembros de la compañía⁴⁸; otros diseñan planes de autoprotección y regulan la asistencia sanitaria en caso de desplazamiento al extranjero, tan frecuente en determinadas prestaciones artísticas⁴⁹.

Ha de prestarse atención, como en todas las relaciones laborales, pero en esta con una mayor especificidad, a la evaluación y prevención de los riesgos psicosociales. Las personas trabajadoras incluidas en el ámbito de aplicación de esta relación laboral especial enfrentan problemas de salud mental que han de ser prevenidos relacionados, de un lado, de las propias condiciones laborales que padecen (precariedad, inestabilidad, inseguridad)⁵⁰; y de

46 MURCIA MOLINA, Sonia: *La Seguridad Social de los artistas profesionales en espectáculos públicos*, Valencia (Tirant lo blanch), 2013, pág. 288.

47 Art. 40 Convenio colectivo de empresa Fundación Musical Ciudad de Oviedo (Banda de música) (BO Principado de Asturias, núm. 214, de 8 de noviembre de 2022).

48 Art. 43 del convenio colectivo del Sector Actores y Actrices de Madrid (BO Comunidad de Madrid, núm. 133, de 6 de junio de 2015).

49 Arts. 72 y 73 del convenio colectivo de la entidad Palacio de las Artes Reina Sofía, Fundación de la Comunitat Valenciana (BO Valencia, núm. 246, de 26 de diciembre de 2022).

50 ORDÓÑEZ PASCUA, Natalia: «Los riesgos psicosociales en la contratación temporal», en AA. VV.: *Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores*, Albacete (Bomarzo), 2017, págs. 120 y ss.

otro, con la propia actividad artística, sometida a una gran presión magnificada por las redes sociales. Y como sucede en la relación laboral ordinaria, queda mucho camino por recorrer para lograr una correcta evaluación, prevención y protección, máxime en colectivos tan expuestos.

Vinculada con la protección de la salud y seguridad, la formación de las personas artistas no aparece regulada de forma específica en el reglamento de aplicación, y se enfrenta a los mismos obstáculos ya advertidos: la temporalidad de los vínculos dificulta o impide las cada vez más importantes actividades de formación continua⁵¹.

8. Finalización del contrato de trabajo artístico

En el caso de los artistas en espectáculos públicos, y junto a la temporalidad examinada *supra*, la extinción del contrato de trabajo es uno de los múltiples aspectos peculiares que presenta su régimen jurídico, puesto que el art. 10.4 RD 1435/1985 lleva a cabo una «deslaborización» de los supuestos de incumplimiento del contrato, bien llevado a cabo por el empresario o por el artista. Así, si el incumplimiento consistiere en la inejecución total de la prestación artística, entendida como aquellos supuestos en los que ni siquiera hubiera empezado a realizarse el trabajo que constituye la prestación, regirá lo establecido en el Código Civil⁵². A la hora de precisar el concepto, los Tribunales han rechazado que se trate de inejecución total de la prestación contratada cuando la persona artista ha llevado a cabo algún ensayo, aunque no la actuación principal o cuando se pactó su inicio en una determinada fecha y no se cumplió⁵³.

También el propio contrato puede contener estipulación específica sobre el supuesto de inejecución total, por medio de la cual las partes hubieran pactado la cantidad a satisfacer en concepto de indemnización en estos casos de incumplimiento, aun cuando, en todo caso, la cantidad pactada resulta susceptible de ser moderada por los Tribunales teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, al alza o a la baja⁵⁴. En concreto, las sentencias entienden que el artista debe ser indemnizado tanto por el trabajo que no ha llegado a hacer con el empleador (daño emergente) como por los tra-

51 DURÁN LÓPEZ, Federico: «La significación del Estatuto de los Trabajadores en el sistema jurídico laboral», *TS*, núm. 118, 2000, pág. 11.

52 LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Francisco: «Relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos», *Actualidad Laboral*, núm. 5, 1987, pág. 227.

53 STSJ Madrid de 2 de. Marzo de 2012 (rec. 5793/2011).

54 ARUFE VARELA, Alberto: «Criterios jurisprudenciales recientes acerca de la extinción de la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos, en caso de incumplimiento contractual que conlleve la inejecución total de la prestación artística», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, 2000, págs. 557 y ss.

bajos que haya podido rechazar por haberse comprometido con este (lucro cesante). Respecto a estos últimos, suele ser tan difícil de demostrar o justificar que normalmente los jueces calculan la indemnización no por el perjuicio económico sino en función de los daños morales, esto es, por el modo en que pueda afectar a la carrera o el renombre del artista el hecho de no realizar la actuación o actuaciones⁵⁵. Para ello, han de contestar a cuestiones tales como las siguientes: ¿debe comprender la totalidad de la cantidad pactada en el contrato o hay que deducir los gastos que no se han efectuado al no llevarse a cabo la actuación? ¿O debería aumentarse su cuantía por el deterioro de la imagen del artista al suspender o anular la actuación?⁵⁶. ¿Y si el empresario ha avisado con considerable antelación al artista, de modo que este tiene margen suficiente como para sustituir la actuación anulada por otra?⁵⁷. Para evitar la judicialización de estas inejecuciones, algún pacto regula por la vía de la suspensión del contrato algunos de los supuestos planteados⁵⁸.

Fuera del supuesto de inejecución total, el art. 10 del reglamento remite al resto de causas de extinción de la relación laboral y, entre ellas, procede analizar con mayor detalle dos supuestos. En primer lugar, la consignación en el contrato de una cláusula de resolución denominada «cláusula de protesta», que faculta al empresario para resolver el contrato laboral artístico cuando de la ejecución de la prestación o de la falta de aceptación del intérprete o ejecutante por el público, resulta evidente que este no es la persona adecuada para desempeñar el rol que le había sido asignado⁵⁹. Esta causa estaría comprendida dentro de las libremente consignadas en el contrato siempre y cuando esta falta de adecuación resulte objetiva y no constituya un abuso de derecho por parte de la persona empleadora⁶⁰. En la práctica, los Tribunales han rechazado esta posibilidad, pues, en tanto configurada como falta de aptitud de la persona trabajadora, ha de remitirse a la vía concreta del art. 52 ET, el despido por causas objetivas y no dejar en manos de la empresa la posibilidad de rescindir libremente el vínculo⁶¹. En la práctica,

55 Siguiendo en el razonamiento a LOZANO ESPINOSA, Verónica: «El régimen especial de los artistas en espectáculos públicos: análisis de su regulación y condiciones laborales», cit., pág. 133.

56 STSJ Castilla-La Mancha Sentencia de 15 de octubre de 1997 (núm. 971/1997)

57 STSJ de Andalucía/Sevilla de 7 de febrero de 1995 (núm. 317/1995).

58 Art. 16 del convenio colectivo del Sector de Profesionales de la Danza, Circo, Variedades y Folklore, suscrito por la Asociación de Empresarios de Ocio Nocturno de la Comunidad de Madrid (BO Comunidad de Madrid, núm. 115, de 15 de mayo de 2012).

59 LÓPEZ LLUCH, Inmaculada: «La cláusula de protesta y la ineptitud sobrevenida en la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos», *Jurisdicción Social (Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia)*, núm. 87, 2018, pág. 97.

60 FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª Fernanda: «Sobre la situación laboral de los profesores integrantes de una orquesta», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1987, págs. 1298

61 STSJ País Vasco de 20 de febrero de 2018 (rec. 185/2018).

algún pacto colectivo ha regulado el nivel laboral requerido y, en caso de no ser apto, seguir el procedimiento del despido por ineptitud⁶².

En segundo término, y dentro de las causas previstas para el despido disciplinario en la relación laboral común, resulta en extremo difícil (y ya lo es propiamente en el contrato ordinario), imputar un bajo rendimiento a la persona artista, y mucho menos vincularlo con el resultado del espectáculo, pues este obedece a múltiples causas⁶³. Sin por ello minusvalorar el impacto del público en la continuidad del contrato de la persona artista, el cual, «como receptor y cliente de la actividad de servicios del artista se erige en el verdadero termómetro de su aceptación y, en definitiva [...], en la causa externa más evidente de novación contractual, de prórrogas sucesivas y, en su caso, resolución del contrato de trabajo»⁶⁴, bien del temporal, bien del indefinido (en el rarísimo caso en que haya sido concertado), ha de acudir no al despido por incumplimiento, sino al objetivo, es decir, a la concurrencia de causas productivas.

9. La protección del trabajo artístico de los menores de dieciséis años y las peculiaridades de la regulación para los extranjeros extracomunitarios

Esta relación laboral especial constituye la única excepción a la prohibición del trabajo de las personas menores de dieciséis años, cuya aplicación debe siempre vincularse al derecho a la vida y a la protección de la salud. Para afianzar este respeto, el art. 2 obliga a contar con una autorización por parte de la autoridad laboral que permita la participación de menores de dieciséis años en espectáculos públicos, siempre que dicha participación no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana. La autorización habrá de solicitarse por los representantes legales del menor, acompañando el consentimiento de este, si tuviera suficiente juicio, y la concesión de la misma deberá constar por escrito, especificando el espectáculo o la actuación para la que se concede y el precepto insiste en que dicha posibilidad se configure como excepcional.

La excepcionalidad requerida por la norma debe entenderse en su interpretación más objetiva, es decir, el trabajo artístico no debe ser habitual, por lo que se debe evitar una habitualidad en el trabajo del menor y para ello los

62 Art. 48 del Convenio Colectivo de Trabajo de la empresa «Fundación Orquesta de Extremadura» (BO Extremadura núm. 85, de 26 de septiembre de 2023).

63 PAZOS PÉREZ, Alexandre: «Los artistas en espectáculos públicos con especial referencia al Estatuto del Artista», cit., p. 86.

64 TOROLLO GONZÁLEZ, Francisco Javier: «Las relaciones especiales de deportistas y artistas en espectáculos públicos», *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 197.

contratos han de ser siempre temporales⁶⁵, y con dudas respecto a la posibilidad de prórrogas sucesivas.

Desde luego, hay espectáculos públicos que deben estar totalmente excluidos de la participación de menores de dieciséis años, como son los espectáculos de circo, variedades y cabaret⁶⁶, los espectáculos pornográficos⁶⁷ y habría de extenderse a los que supongan actuación en vivo ante el público. Por tanto, la intervención de los menores quedaría reducida al espectáculo público a través de medios técnicos de exhibición⁶⁸.

Con todo, siguen quedando lagunas en el trabajo de estos menores, siendo necesaria una mayor acotación y desarrollo de esta excepcionalidad por cuanto hace a horarios, descansos, retribuciones y derechos vinculados con su imagen. También quedan extramuros de la protección brindada por el reglamento de artistas que, a día de hoy, quedan fuera del RD, como la exposición de menores (o el protagonismo de los mismos) en redes sociales o plataformas de *streaming*.

En el caso de los extranjeros extracomunitarios y frente a la obligación general de contar con autorización administrativa de trabajo, la LO 4/2000 excepciona este requisito para los artistas que vengán a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada (art. 41), delimitándose de manera anticipada el número de actuaciones, las fechas y los lugares concretos donde se van a realizar⁶⁹. Tampoco se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo respecto a los artistas o grupos de artistas de reconocido prestigio internacional o que participen en un proyecto artístico de carácter internacional que suponga una relevante contribución cultural o social, así como al personal necesario para llevar a cabo su actuación (art. 40 LO 4/2000).

10. La protección de los derechos de propiedad intelectual de las personas artistas

El RD analizado no regula los derechos de propiedad intelectual de las personas artistas, por lo que les será de aplicación el régimen previsto en la Ley

65 PAZOS PÉREZ, Alexandre: «Los artistas en espectáculos públicos con especial referencia al Estatuto del Artista», cit., pág. 79.

66 Art. 4 Convenio núm. 60 OIT, relativo a la edad de admisión de los niños a los trabajos no industriales, 1937.

67 Art. 3 Convenio núm. 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999.

68 PAZOS PÉREZ, Alexandre: «Los artistas en espectáculos públicos con especial referencia al Estatuto del Artista», cit., pág. 80.

69 PAZOS PÉREZ, Alexandre: «Los artistas en espectáculos públicos con especial referencia al Estatuto del Artista», cit., pág. 80.

de Propiedad Intelectual para los trabajadores por cuenta ajena⁷⁰. No obstante, los convenios colectivos sí se preocupan, y más en una sociedad hiperconectada, de especificar los derechos de los artistas a la promoción de su trabajo⁷¹ o de regular la cesión para la comercialización del derecho exclusivo a autorizar la fijación y/o la explotación de la actuación artística⁷².

Tampoco los derechos de imagen han merecido su regulación específica en el reglamento analizado, por lo que igualmente les será de aplicación la Ley de Propiedad Intelectual y que son objeto de atención también por los acuerdos colectivos⁷³.

Finalmente, queda todavía pendiente abordar con rigor y en profundidad el impacto que la inteligencia artificial, especialmente la generativa, puede acarrear para el trabajo artístico. Han de establecerse los límites respecto al uso de la imagen, voz, música, texto y grabaciones de los artistas y cómo y bajo qué condiciones pueden utilizarse para generar ultrasuplantaciones o bien para generar nuevas obras o actuaciones con su estilo, conocimiento y arte.

11. Los derechos colectivos en el marco de la relación laboral especial de las personas artistas, técnicas y auxiliares

El RD 1435/1985 no regula peculiaridad alguna respecto a los derechos colectivos de las personas artistas en espectáculos públicos, remitién-

70 Por extenso en VALDÉS ALONSO, Alberto: *Propiedad intelectual y relación de trabajo*, Madrid (Civitas), 2001 y ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio y GARCÍA TESTAL, Elena: *Contrato de trabajo y propiedad intelectual de los artistas musicales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017.

71 Art. 24 del Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile, discotecas, locales de ocio y espectáculos de España (BOE núm. 81, de 5 de abril de 2023): «Los trabajadores y la empresa podrán realizar una producción audiovisual profesional que publicite y promocióne el espectáculo para su comercialización, con los acuerdos económicos que procedan. Dicha producción audiovisual de carácter promocional no podrá reproducir de forma continua e ininterrumpida más del 5 %, ó 5 minutos de la duración del todo o de cada parte de las actuaciones consideradas de forma unitaria. Siempre y cuando no se superen estos límites la persona trabajadora tendrá derecho a recibir las retribuciones pactadas por este concepto en el contrato de trabajo».

72 Anexo II del Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile, discotecas, locales de ocio y espectáculos de España (BOE núm. 81, de 5 de abril de 2023); art. 24 Convenio Colectivo de Artistas y Músicos en fa Provincia de Santa Cruz de Tenerife 2025 -2026 (BO Santa Cruz de Tenerife núm. 68, de 6 de junio de 2025); o el plus por grabación regulado en el art. 52 convenio colectivo de la empresa Orquesta de Euskadi (BO Gipuzkoa, núm. 211, de 8 de noviembre de 2022).

73 Así sucede con el art. 17 del convenio colectivo del Sector de Profesionales de la Danza, Circo, Variedades y Folklore, suscrito por la Asociación de Empresarios de Ocio Nocturno de la Comunidad de Madrid (BO Comunidad de Madrid, núm. 115, de 15 de mayo de 2012).

dose a la normativa común al efecto. En consecuencia, de aplicar las reglas comunes de representación contenidas en el Título II ET y en la LOLS, cabe advertir distorsiones derivadas de la propia especialidad de la relación que le hizo merecer una regulación *ad hoc*. Así, la característica principal de esta actividad, marcada por la temporalidad, la inestabilidad y el número de trabajadores al servicio de una empresa, dificultan la aplicación del sistema de representación unitaria que demanda, al menos, 6 trabajadores (para alcanzar representación siempre y cuando medie el acuerdo de los trabajadores, 10 para que devenga obligatoria) en cada centro⁷⁴.

Alcanzar tal cifra dependerá de la configuración del censo, que demanda un vínculo estable o por un año para computar como un empleado, mientras que los temporales con un contrato de duración inferior al año solo computan por períodos de 200 días, de tal modo que los artistas contratados por tiempo muy escaso no suman los días suficientes para llegar a computar un trabajador (art. 72 ET). Al no hacerlo, no alcanzan tampoco la cifra mágica necesaria para elegir a un delegado de personal (6 o 10 trabajadores).

El sistema español penaliza no solo en el cómputo a los colectivos de trabajadores inestables⁷⁵, sino también a la hora de ser elegidos o elegibles, en tanto se exige para ser elector una antigüedad en la empresa de, al menos, un mes, y para ser elegible una antigüedad en la empresa de, al menos, seis meses, salvo en aquellas actividades en que, por movilidad de personal, se pacte en convenio colectivo un plazo inferior, con el límite mínimo de tres meses de antigüedad (art. 69.2 ET). La solución ofrecida por la norma, el pacto en convenio que minore la antigüedad, choca contra las dificultades que a continuación se detallarán para su negociación.

Precisamente por la razón expuesta, el art. 1.3 del RD-Ley 7/2023 introduce la disposición adicional 28.^a en el ET, dejada sin efecto por la Resolución de 10 de enero de 2024, y añadida de nuevo por el art. 1.3 del RD-Ley 2/2024, de 21 de mayo⁷⁶. Esta disposición adicional recoge algunas de las propuestas formuladas para poner remedio a la desoladora situación de falta de representación, e introduce una excepción a lo dispuesto en el art. 69.2 ET para soslayar los problemas apuntados en el caso de las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial: serán electoras cuando sean mayores de dieciséis años y elegibles cuando tengan dieciocho años

74 RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Rosa: *La protección de los derechos colectivos en las relaciones laborales especiales*, Tesis doctoral, 2004, pág. 285 y ss.

75 CASAS VILLODRE, Pilar: «Representatividad sindical en los sindicatos profesionales. En especial en la relación especial de artistas en espectáculos públicos», *RTSS (CEF)*, núm. 320, 2009, pág. 24.

76 Por extenso en GALLEGU MOYA, Fermín: «Reforma del régimen de concurrencia convencional estatutaria y mejora de la representación sindical del colectivo de artistas por Real Decreto Ley 7/2023», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 67, 2024, págs. 446 y ss.

cumplidos y siempre que, en ambos casos, cuenten con una antigüedad en la empresa de, al menos, veinte días.

Por su parte, y ante las dificultades constatadas algún acuerdo colectivo concede la representación de las personas trabajadoras a aquellas organizaciones sindicales consideradas más representativas en el sector artístico⁷⁷.

Otras propuestas descartadas pasaban por acometer un cambio de la circunscripción electoral, buscando una unidad electoral que no fuera en detrimento de los artistas su tradicional inestabilidad laboral, apostando por su ampliación hasta el ámbito autonómico⁷⁸.

En todo caso, el ejercicio de estos derechos se enfrenta contra otro obstáculo, esta vez paralegal, la desmotivación de los artistas para iniciar y formar parte de esos mecanismos cuando la duración de su vínculo es escasa y (esta sí atañe al Derecho Laboral) pueden verse perjudicados por dicha participación.

La ausencia de representación unitaria, como en tantos otros sectores, impide la sindical y socaba la actuación de las organizaciones obreras. Al no llegar a las cifras de antigüedad suficiente (ahora atenuados) para computar en el censo, ni el número de empleados necesario para tener representante unitario, no podrán ostentar representación sindical (dado que requiere presencia en los órganos de representación unitaria conforme a la LOLS), ni alcanzarán el número de 250 trabajadores en la empresa, aun sumando todos los de los distintos centros (salvo supuestos excepcionales).

Ese escollo va a marcar la representatividad de las organizaciones sindicales y, por ende, la negociación colectiva a nivel de empresa que debería regular sus prestaciones de servicios⁷⁹, con la desprotección y desvalimiento que acompaña la falta de fuerza colectiva y convencional.

Las soluciones propuestas van, desde modificar el método representativo español hasta su completa transformación. En primer lugar, se propone acudir al criterio de la afiliación para los artistas⁸⁰: una solución podría ser realizar la elección de delegados sindicales en función del volumen de afiliación y no del número de trabajadores en plantilla de una misma empresa o bien ampliar la unidad electoral al ámbito autonómico⁸¹.

77 Art. 29 del Convenio colectivo estatal del personal de salas de fiesta, baile, discotecas, locales de ocio y espectáculos de España (BOE núm. 81, de 5 de abril de 2023).

78 <https://www.uniondeactores.com/index.php/noticias/6954-estatuto-del-artista-por-una-representatividad-sindical-en-igualdad-de-oportunidades>.

79 RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Rosa: *La protección de los derechos colectivos en las relaciones laborales especiales*, cit., pág. 285 y ss.

80 CASAS VILLODRE, Pilar: «Representatividad sindical en los sindicatos profesionales. En especial en la relación especial de artistas en espectáculos públicos», cit., pág. 24.

81 AUTORES VARIOS: *Documento Marco Estatuto del Artista, el Autor/Creador y el Trabajador de la Cultura*, 2017.

En cuanto hace a la negociación colectiva a nivel empresarial, y dadas las exigencias respecto al banco social contenidas en el art. 87 ET, la ausencia de representación unitaria supone, como se ha visto, la falta de delegados sindicales conforme a la LOLS y, en consecuencia, la inexistencia de representantes legitimados para negociar a ese nivel, cercenando la existencia de convenios colectivos estatutarios de ámbito empresarial, quedando solo la vía del extraestatutario.

De nuevo, la ausencia de representación unitaria a nivel supraempresarial deja únicamente la posibilidad prevista en el art. 88.2 ET: en aquellos sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se podrá constituir la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma⁸². Por tanto, las organizaciones sindicales más representativas tienen en su mano la opción de negociar un convenio general para los artistas, que sirva de cobertura mínima (o máxima) para los mismos.

Para el supuesto específico de los artistas en espectáculos públicos, la mencionada ausencia de un sistema de negociación colectiva acaba por contractualizar las condiciones laborales de los artistas, en tanto la remisión que el citado reglamento realiza al convenio colectivo en materias fundamentales como retribución, jornada, descansos, desplazamientos y giras o indemnización por fin de contrato supone dejar, en la práctica, al pacto individual (con los riesgos que acarrea) la fijación en muchos casos de estas condiciones de trabajo⁸³.

12. Futura regulación de la relación laboral especial

El componente 24 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia se centra en la revalorización de la industria cultural dentro de la política palanca orientada al impulso de la industria de la cultura y del deporte. En línea con el propio plan, y estableciendo este que «existen una serie de carencias en el ámbito legislativo que deben de ser abordadas con el fin de mejorar el marco regulatorio de la cadena de valor artística que va desde la protección de la propiedad intelectual hasta los derechos de los propios artistas», la primera de las reformas previstas fue el «desarrollo Estatuto del Artista, fomento del mecenazgo y régimen de incentivos fiscales», con el objeto de adecuar el marco jurídico, fiscal y laboral del sector cultural, para mejorar la protección social de los agentes del sector y aumentar la participación de

82 Sobre estas facultades, por todos, ÁLVAREZ CUESTA, Henar: *Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la mayor representatividad*, Granada (Comares), 2004.

83 Al respecto, ÁLVAREZ CUESTA, Henar: *La precariedad en el sector del arte: un estatuto del artista como propuesta de solución*, Albacete (Bomarzo), 2019.

la inversión privada. En este sentido, dentro de la Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del Plan de Recuperación y Resiliencia de España, de 16 de junio de 2021, se establecieron una serie de objetivos e hitos para cada medida. Específicamente para la reforma consistente en el desarrollo del Estatuto del Artista y fomento de la inversión, el mecenazgo cultural y participación.

Como avance al Plan de Recuperación y cumplimiento de la disposición final 5.ª del RD-Ley 5/2022 (el Gobierno, en el plazo máximo de doce meses desde la publicación de este real decreto-ley, procederá a la aprobación de una nueva regulación de la relación laboral de carácter especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad y a sustituir el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto), se ha presentado un borrador de Real Decreto que reforma en su integridad esta relación especial.

En el borrador presentado del proyecto de Real Decreto que intenta dar cumplimiento al anhelado Estatuto del Artista, se pretende reforzar la protección laboral de esta actividad productiva, especificando sus fuentes reguladoras (y reforzando la posición subordinada del contrato individual, incapaz de prever condiciones menos favorables a las previstas en la norma legal y/o convencional) en el art. 2.

En primer lugar, modifica la estructura de la extinción del contrato laboral especial, de tal modo que la remisión al Código Civil en supuestos de inejecución total aparece, de forma confusa, en dentro del precepto dedicado a los derechos y deberes de la persona artista, añadiendo al concepto de inejecución total la interpretación judicial, esto es, que comprende tanto la actividad principal como las actividades preparatorias. Y el precepto dedicado a la extinción (art. 6) descansa en la regulación específica de la extinción en las previsiones referidas al contrato de duración determinada. En este aspecto, incorpora la posibilidad de que, en los contratos de duración inferior a seis meses, las partes puedan acordar el pago prorrateado de la indemnización junto con la retribución del trabajo, y en los contratos de duración superior se estará a lo que establezca el convenio colectivo (art. 6).

El proyecto de reglamento presta especial atención a la protección efectiva frente a la violencia y el acoso de las personas artistas, técnicas y auxiliares, mencionando expresamente el acoso sexual y el acoso por razón de origen racial o étnico, nacionalidad, sexo, identidad u orientación sexual o expresión de género en su art. 7, debido a la especial vulnerabilidad y exposición de estos trabajadores. Para ello, se remite a lo previsto en las normas de aplicación (legales y convencionales) para constatar la obligación de contar con planes de igualdad, protocolos de prevención frente a la violencia y acoso sexual y por razón de sexo y un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI. Desde luego, aunque nada dijera el borrador, las empresas artísticas están obligadas, si

cumplen el número de personas trabajadoras requerido, a contar con tales medidas, sirviendo la regulación propuesta como mero recordatorio o mecanismo de sensibilización.

De llevarse a cabo de forma obligada, por cumplir los parámetros legales, o voluntaria, estos instrumentos han de tomar «en consideración la singularidad de la intermitencia y la breve duración de los contratos, adaptando, en su caso, los mecanismos de resolución de conflictos derivados de las situaciones de violencia y acoso» a los principios de celeridad y efectividad en la garantía de los derechos de protección de las víctimas. Y obliga a la empresa a facilitar previamente y, en todo caso junto con el contrato, información suficiente sobre el contenido y el procedimiento de utilización de los planes y protocolos mencionados.

Mayor novedad recoge en su apartado 3, el cual impone la obligación (a los protocolos) de contar con una persona que realice tareas de coordinación de intimidad en la planificación de dichas escenas «cuando las actividades de las personas artistas consistan en la realización de escenas íntimas o de sexo, tales como sexo simulado, desnudez, violencia sexual simulada o contacto físico intenso..., al objeto de proteger el derecho al respeto de los límites y el consentimiento de las personas y prevenir situaciones de acoso o violencia sexual» y dichos protocolos habrán de contemplar garantías específicas cuando tales escenas íntimas involucren a menores de dieciocho años.

Los continuos desplazamientos que implica este tipo de actividad también son objeto de atención, imponiendo al convenio colectivo o, en su defecto, al pacto individual, la obligación de regular los desplazamientos o las giras cuando la actividad contratada se lleva a cabo (art. 8):

- a) En centros de trabajo móviles o itinerantes tales como rodajes, giras y actividades de similar naturaleza, que se desarrollen en distintas localidades.
- b) En una localidad distinta de la del centro de trabajo habitual.
- c) En uno o varios centros de trabajo en los que se desarrollen las actividades artísticas de manera indiferenciada y que correspondan a localidades no coincidentes con la del domicilio de la persona trabajadora.

Frente a las dificultades para diferenciar el tiempo de trabajo y de no trabajo en los desplazamientos y giras, el RD determina que, cuando en el día del desplazamiento no se prestará la actividad artística, se considerará que la persona trabajadora está a disposición de la empresa, dejando al pacto individual o convenio las condiciones aplicables a dicha situación, pareciendo pensar en una retribución *ad hoc*. A estos efectos considera que ya se atienden a estas situaciones las retribuciones establecidas convencionalmente para rodajes, giras o bolos, debiendo en todo caso ser dado de alta en la Seguridad Social.

Dentro de los derechos y deberes del artista aparece un derecho de información reforzado (art. 10.3): las personas artistas tienen derecho a conocer

por escrito los encargos que formen parte de la actividad artística contratada, incluido el plan y calendario de ensayos y otras actividades preparatorias con la mayor antelación posible y, al menos, un mes antes de la primera actividad prevista. En el caso de actividades artísticas programadas por temporadas o periodos largos de antelación, las personas artistas tienen derecho a conocer por escrito los periodos de ejecución de los encargos y la descripción general de las condiciones de desarrollo de dicha actividad artística en el momento en que la programación esté cerrada en firme.

Delimita más restrictivamente el pacto de plena dedicación (art. 11), eliminando el veto a su rescisión unilateral por el artista y la referencia a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios generados.

Las innovaciones en materia de retribución descansan en la remisión al convenio o al contrato de la compensación por la aportación de materiales o instrumentos propios de la persona trabajadora, especialmente frecuente en determinadas actividades artísticas como la musical, marionetas o circense (art. 14)⁸⁴.

En cuanto a la jornada (art. 15) busca diferenciar los tiempos de trabajo (incluyendo cualesquiera actividades preparatorias, trabajos de preproducción, grabación, postproducción o actividades de promoción) de los tiempos de no trabajo (como las actividades precontractuales consistentes en el proceso de selección que tengan como objeto exclusivamente la realización de pruebas de casting), y limitar los primeros a la jornada máxima.

Respecto a las fiestas, descansos y vacaciones, reproduce la regulación actualmente existente, y especifica que la retribución será por el importe de las horas trabajadas en el día festivo o en el período de descanso semanal, incrementadas en un 75 por ciento, como mínimo, salvo descanso compensatorio.

El otro foco de atención de la regulación proyectada descansa en la defensa de los derechos de propiedad intelectual de las personas artistas, especialmente frente a (o a causa de) la inteligencia artificial. El art. 12 remite a lo previsto en la Ley de Propiedad Intelectual, y únicamente refuerza el derecho de información y transparencia en este punto al requerir que se especifiquen (que no obliga a su existencia) las retribuciones por este concepto, de manera expresa y diferenciada en el recibo de salarios.

La introducción de la inteligencia artificial generativa ha sido un cambio copernicano de manera general en las relaciones laborales, pero incide especialmente en las artísticas, sobre todo por cuanto hace a la posibilidad de utilizarlas como alimento y aprendizaje de la IA. A este respecto, el art. 13 de forma especialmente opaca y confusa su impacto en la relación laboral artística.

84 Algún convenio impone a las personas trabajadoras la obligación de adquirir su instrumento de trabajo, art. 31 del Convenio Colectivo de Trabajo de la empresa «Fundación Orquesta de Extremadura» (BO Extremadura núm. 85, de 26 de septiembre de 2023).

En su primer apartado, establece una regla general de no cesión a modo de presunción (deducción), esto es, no forma parte del objeto del contrato laboral la posibilidad de ceder la imagen, la voz o los resultados de la actividad, como la obra musical, escrita o las interpretaciones o ejecuciones artísticas para replicarlas o generar nuevas a través de la inteligencia artificial.

No obstante, considera que sí podrá utilizarse la IA en el marco del contrato de trabajo y de sus resultados en los siguientes casos:

- a) Cuando el texto, la fotografía o la banda sonora permanezcan significativamente tal y como fueron guionizadas, interpretadas o grabadas, siempre que no suponga ultrasuplantación de la persona.
- b) Cuando las interpretaciones o ejecuciones musicales permanezcan significativamente tal y como fueron interpretadas o ejecutadas y/o grabadas.
- c) Cuando se precise por necesidades de producción, así como para la explotación o promoción, incluyendo la realización de recomendación o personalización de contenidos, siempre que no suponga ultrasuplantación de la persona. Esta cláusula, las necesidades de producción, explotación o promoción, constituye una vía abierta para el uso sistemático de la IA en todas las fases de la actividad artística.
- d) Para procesos internos no destinados a la explotación y a la comunicación pública.

La escasa precisión, salvo la prohibición de la ultrasuplantación en algunos de los supuestos (a la que le es de aplicación la obligación de información contenida en el Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial), fuerza el reenvío a la negociación colectiva para que identifique estos usos permitidos (y que la empresa puede llevar unilateralmente a cabo), así como su modo de comunicación a la persona trabajadora.

Junto con estas vías que dan paso casi con total libertad al uso de la IA sin el consentimiento de la persona artista para utilizar su imagen, voz o producción artística, el segundo apartado regula la posibilidad de pactar (vía que debería ser la regla general y no la excepción) de forma expresa, por escrito y con compensación económica la utilización por la empresa o la cesión a terceros de la propia imagen o voz de la persona artista o de los resultados de la actividad contratada mediante sistemas de inteligencia artificial generativa en el marco de la relación laboral. Y de nuevo el convenio colectivo podrá desarrollar el pacto de uso de la IA en este caso. La intervención convencional ha de servir para señalar las líneas prohibidas para los pactos y fijar los parámetros mínimos de los acuerdos individuales, para que la desigualdad entre las partes no lleve a la imposición por una de ellas.

Las llamadas al desarrollo por parte de la negociación colectiva son numerosas y frecuentes a lo largo de este proyecto de Real Decreto (retribuciones, jornadas, descansos, preaviso, indemnizaciones, etc.), olvidando las dificul-

tades ya manifestadas para la consecución de acuerdos que realmente proporcionen una adecuada protección al trabajo artístico.

La regulación más estricta del trabajo artístico de los menores de dieciséis años es uno de los objetivos expresamente declarados de este proyecto. Para conseguirlo, en su art. 9 se prohíbe de modo general el trabajo por cuenta ajena o propia (incluido el trabajo familiar) de este colectivo. Sorprende la inclusión de una previsión dirigida al trabajo autónomo (regulado en la Ley 20/2007), obedeciendo a un intento de restringir al máximo las posibles vías de escape de la prestación de servicios de los menores de dieciséis.

La única excepción al veto general es la autorización, solo en casos excepcionales por parte de la autoridad laboral para la intervención en actividades en las artes escénicas, audiovisuales o musicales, siempre que se realice por cuenta ajena y que no suponga peligro para su salud ni para su adecuado desarrollo emocional, educativo ni personal ni para su formación profesional.

Configura de forma extensa el procedimiento para solicitar la autorización, que deberá ser presentada por la empresa, junto con la preceptiva autorización de la representación legal de la persona menor de edad y el consentimiento del menor si tuviera, al menos, doce años. En caso de concederse, será individual para cada actividad artística concreta objeto de contratación y recogerá las condiciones básicas en las que se desarrollará el trabajo permitido, así como, en todo caso, los días, horas y lugares de trabajo autorizados, susceptibles de ampliación y prórroga. Excepcionalmente, podrán solicitarse distintas autorizaciones para la participación de una persona menor de edad y uno o varios suplentes de esta en una concreta actividad artística, papel o actuación.

Concedida la autorización, se podrá realizar el contrato de trabajo por parte de la persona progenitora o a quien ejerza la patria potestad la celebración del correspondiente contrato, requiriéndose también el previo consentimiento del menor que tenga doce o más años.

Esta indicación general de los límites de la autorización se detalla en los siguientes apartados, los cuales regulan y restringen la prestación de servicios de los menores:

- a) Deberá ser compatible con su vida social, su tiempo de ocio y su descanso. Además, deberá ser compatible con su actividad escolar diaria reglada o, excepcionalmente, con una actividad escolar alternativa proporcionada por la empresa que permita el adecuado seguimiento de los planes de estudios oficiales.

El trabajo no podrá dificultar la asiduidad en la asistencia a su centro escolar ni la participación en programas de orientación ni, en su caso, el seguimiento continuo del plan de estudios alternativo. En consecuencia, se habría de llevar a cabo, prioritariamente, durante los periodos de inactividad escolar, tales como vacaciones o fines de semana.

- b) Obliga a contar con la presencia de un familiar de hasta segundo grado inclusive, por consanguinidad o afinidad o, en su defecto, de una persona nombrada por la empresa con el acuerdo de sus progenitores o de la persona que ejerza la patria potestad, durante el ejercicio de la prestación laboral, con la obligación de velar por su bienestar y sus necesidades.
- c) Fija la jornada máxima de trabajo, incluyendo tareas preparatorias y posteriores, en función de la edad de la persona trabajadora:
- 1) Hasta seis semanas, no se puede autorizar trabajo alguno. Prohíbe así el trabajo de forma absoluta de los bebés menores de seis semanas, que serán sustituidos por IA en las grabaciones o, de forma más tradicional, por muñecos realistas.
 - 2) Desde seis semanas y un día hasta seis meses, se podrá trabajar hasta dos horas diarias y un máximo de cuatro horas semanales.
 - 3) Desde seis meses y un día hasta tres años, se podrá trabajar hasta tres horas diarias y un máximo de seis horas semanales.
 - 4) Desde tres años y un día hasta seis años, se podrá trabajar hasta cuatro horas diarias y un máximo de diez horas semanales.
 - 5) De seis años y un día a doce años, se podrá trabajar hasta cinco horas diarias y un máximo de quince horas semanales, ampliables a veinticinco horas semanales si la actividad laboral se desarrolla durante el periodo vacacional escolar.
 - 6) De doce años y un día a dieciséis años, se podrá trabajar hasta seis horas diarias y un máximo de veintiocho horas semanales, ampliables a treinta horas semanales si la actividad laboral se desarrolla durante el periodo vacacional escolar.
- Cuando la jornada diaria exceda de tres horas (en función de los límites ya vistos) se fija un descanso obligatorio de, al menos, media hora.
- d) Se prohíbe la realización de horas extraordinarias y el desarrollo de trabajo nocturno de las personas menores de dieciocho años. De manera excepcional y debidamente justificada se podrá autorizar el trabajo nocturno, del siguiente modo:
- 1) Las personas de entre doce y catorce años cumplidos, podrán realizar trabajo nocturno hasta las 23:00 horas, ampliable a las 00:00 horas solo durante periodos vacacionales escolares.
 - 2) En el caso de personas de entre quince y dieciséis años cumplidos, podrán realizar trabajo nocturno hasta las 00:00 horas.
 - 3) Las personas mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, podrán realizar trabajo nocturno hasta las 01:00 horas.
- En todos los supuestos anteriores la realización de trabajo nocturno se podrá llevar a cabo durante, como máximo, tres días a la semana y

garantizando, en todo caso, un descanso posterior a cada jornada de, como mínimo, dieciséis horas.

- e) Se prohíbe la realización de tareas penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres. En particular, la empresa adoptará las medidas necesarias para proteger la seguridad y la salud de las personas menores de dieciséis años, teniendo especialmente en cuenta los riesgos específicos derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para valorar los riesgos existentes o potenciales de su desarrollo todavía incompleto.

Pone el foco, en las medidas de protección de los menores de tres años (y mayores de seis semanas) en relación a los métodos de iluminación y maquillaje.

- f) Se prohíbe la participación de menores en obras, escenas o situaciones de carácter pornográfico, así como la participación de menores de siete años en escenas o situaciones que por contener violencia u otras características similares, puedan afectar a su desarrollo emocional.

El Gobierno no considera cerrada con este borrador la regulación de esta relación laboral especial, y en las disposiciones adicionales 2.ª, 3.ª y 4.ª diseña comisiones destinadas a la evaluación, desarrollo o estudio de programas de fomento de la transición y la recualificación profesional en el sector de las artes escénicas, audiovisuales y musicales; del régimen de representatividad en este sector; y del impacto de la regulación de la inteligencia artificial en la actividad artística y en sus condiciones de trabajo.

Bibliografía

AUTORES VARIOS: *Documento Marco Estatuto del Artista, el Autor/Creador y el Trabajador de la Cultura*, 2017.

AUTORES VARIOS: *Libro Blanco Marketing de Influencers*, lab, 2019, https://www.amic.media/media/files/file_352_2145.pdf.

ALTÉS TÁRREGA, JUAN ANTONIO: «Artistas y derechos de propiedad intelectual: su inserción en el contrato de trabajo», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 14, 2013.

ALTÉS TÁRREGA, JUAN ANTONIO, ARADILLA MARQUÉS, MARÍA JOSÉ y GARCÍA TESTAL, ELENA: «La relación laboral especial de artistas tras el Real Decreto Ley 5/2022», *Lex Social*, núm. 12, 2022.

ALTÉS TÁRREGA, JUAN ANTONIO Y GARCÍA TESTAL, ELENA: *Contrato de trabajo y propiedad intelectual de los artistas musicales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017.

ÁLVAREZ CUESTA, HENAR:

Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la mayor representatividad, Granada (Comares), 2004.

La precariedad en el sector del arte: un estatuto del artista como propuesta de solución, Albacete (Bomarzo), 2019.

ALZAGA RUIZ, ICIAR:

«La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos: balance a los treinta años de su aprobación», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, 2015.

«Propuestas de mejora de la situación sociolaboral de los artistas en espectáculos públicos», *NREDT*, núm. 203, 2017.

«La reforma de la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos», *Trabajo y Derecho*, núm. 95, 2022.

ARUFE VARELA, ALBERTO: «Criterios jurisprudenciales recientes acerca de la extinción de la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos, en caso de incumplimiento contractual que conlleve la inejecución total de la prestación artística», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, 2000.

CASAS VILLODRE, PILAR: «Representatividad sindical en los sindicatos profesionales. En especial en la relación especial de artistas en espectáculos públicos», *RTSS (CEF)*, núm. 320, 2009.

BAZ RODRÍGUEZ, JESÚS: «La relación laboral especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas y técnicas auxiliares», *Labos*, núm. 3, vol. 3, 2022.

CASAS VILLODRE, PILAR: «Representatividad sindical en los sindicatos profesionales. En especial en la relación especial de artistas en espectáculos públicos», *RTSS (CEF)*, núm. 320, 2009.

DURÁN LÓPEZ, FEDERICO: «La significación del Estatuto de los Trabajadores en el sistema jurídico laboral», *TS*, núm. 118, 2000.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a FERNANDA: «Sobre la situación laboral de los profesores integrantes de una orquesta», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1987.

GALLEGO MOYA, FERMÍN: «Reforma del régimen de concurrencia convencional estatutaria y mejora de la representación sindical del colectivo de artistas por Real Decreto Ley 7/2023», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 67, 2024.

GÓMEZ ABELLEIRA, FRANCISCO JAVIER: «La conversión en indefinido por reiteración discontinua y por utilización sucesiva de contratos temporales en la relación especial de artistas», *Información Laboral*, núm. 1, 2015.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, JUAN: «Relación laboral de carácter especial de artistas en espectáculos públicos», en AA.VV.: *Las retribuciones de los artistas, intérpretes y ejecutantes*, Madrid (Cinca), 2008.

- JOVER RAMÍREZ, CARMEN:** «Los creadores de contenido digital. ¿Una nueva zona gris del Derecho del Trabajo», *Labos*, vol. 6, núm. 2, 2025.
- KAHALE CARRILLO, DJAMIL TONY:** *La nueva regulación del estatuto del artista. Una visión comparada*, Madrid, BOE, 2023.
- LÓPEZ LLUCH, INMACULADA:** «La cláusula de protesta y la ineptitud sobrevenida en la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos», *Jurisdicción Social (Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia)*, núm. 87, 2018.
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, FRANCISCO:** «Relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos», *Actualidad Laboral*, núm. 5, 1987.
- LOZANO ESPINOSA, VERÓNICA:** «El régimen especial de los artistas en espectáculos públicos: análisis de su regulación y condiciones laborales», *Derecho Social y Empresa*, núm. 22, 2025.
- MURCIA MOLINA, SONIA:** *La Seguridad Social de los artistas profesionales en espectáculos públicos*, Valencia (Tirant lo blanch), 2013.
- ORDÓÑEZ PASCUA, NATALIA:** «Los riesgos psicosociales en la contratación temporal», en AA.VV.: *Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores*, Albacete (Bomarzo), 2017.
- PAZOS PÉREZ, ALEXANDRE:** «Los artistas en espectáculos públicos con especial referencia al Estatuto del Artista», *Revista de Derecho Social*, núm. 101, 2023.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, ROSA:** *La protección de los derechos colectivos en las relaciones laborales especiales*, Tesis doctoral, 2004.
- RUÍZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, SOL:** *El contrato laboral del artista*, Valencia (Tirant lo blanch), 2007.
- TOROLLO GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER:** «Las relaciones especiales de deportistas y artistas en espectáculos públicos», *REDT*, núm. 100, 2000.
- VALDÉS ALONSO, ALBERTO:** *Propiedad intelectual y relación de trabajo*, Madrid (Civitas), 2001.
- VALDÉS DAL-RÉ, FERNANDO y LAHERA FORTEZA, JESÚS:** *La precariedad laboral en España: por un nuevo marco jurídico de la contratación temporal para la convergencia con el ordenamiento comunitario*, Granada (Comares), 2004.
- ZAFRA, REMEDIOS:** *El entusiasmo. Precariedad y trabajo creativo en la era digital*, Barcelona (Anagrama), 2017.

CAPÍTULO III

DEPORTISTAS PROFESIONALES: ENTRE LA AUTONOMÍA Y LA SUBORDINACIÓN

Professional athletes: between autonomy and subordination

Ángel Guillén Pajuelo

Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat de València

angel.guillen@uv.es

<https://orcid.org/0000-0003-0226-1661>

Resumen: El deporte profesional contiene distintas particularidades susceptibles de ser estudiadas. Entre otras cuestiones, el equilibrio entre la dependencia y subordinación a un club o entidad deportiva y la propia autonomía del deportista profesional es una de las que más controversias interpretativas generan.

En este sentido, el deportista profesional se encuentra en una posición ambivalente entre la autonomía y la subordinación ya que desarrolla su actividad con altos niveles de especialidad, pero, sin embargo, está sometido a contratos que imponen horarios, regímenes disciplinarios y directrices por parte de la entidad deportiva empleadora.

Palabras clave: Deportista, profesional, derechos, relación laboral, autonomía, dependencia.

Abstract: Professional sports contain various specificities that merit study. Among other issues, the balance between dependence and subordination to a club or sports entity and the autonomy of the professional athlete is one of the most controversial issues.

In this sense, the professional athlete finds himself in an ambivalent position between autonomy and subordination, as he carries out his activity with high levels of expertise, yet is subject to contracts that impose schedules, disciplinary regimes, and guidelines from the employing sports entity.

Keywords: Athlete, profesional, rights, labor relation, autonomy, dependence

1. Introducción: derechos fundamentales y deportistas profesionales

A modo de prelude, sirva este apartado introductorio para situar, de lo general a lo particular, el mundo del deporte en relación con los derechos fundamentales¹. Normalmente, se suelen asociar los derechos fundamentales, de una forma lógica, a prerrogativas ciudadanas que obedecen, más bien, a asuntos de ciudadanía y a derechos políticos.

El cambio de paradigma del deporte global² ha supuesto una revolución, también, en el aspecto de los derechos fundamentales de los deportistas profesionales, pues éstos ya no se circunscriben, únicamente, a un club, federación, empresa o entidad deportiva de ámbito local o nacional, más bien al contrario. Los deportistas, en la actualidad, cuentan con una incidencia de carácter global y la repercusión mediática de sus acciones³ es infinitamente mayor que la que podría darse hace cuarenta años.

El deporte se ha convertido, por tanto, en una parte de la sociedad en la cual se entremezclan diferentes aspectos: práctica deportiva, negocio, trabajo, formación y espectáculo, entre otras. Como toda realidad compleja en la cual intervienen distintos actores, es necesario configurar un régimen jurídico y unas reglas que puedan, de algún modo, organizar el mundo del deporte en sus distintas áreas.

En el mismo ámbito deportivo confluyen regulaciones de distintos órdenes⁴ tanto en el plano territorial como jurídico: derecho internacional y derecho de la Unión Europea (UE), por un lado; por otro, derecho del trabajo, derecho constitucional, derecho administrativo, derecho mercantil y, como no podía ser de otra manera, derecho deportivo⁵ *stricto sensu*. De entre estas ramas

1 «También los deportistas de todo el mundo han utilizado las convenciones, cartas y legislaciones existentes para ampliar sus derechos» en KIDD, Bruce, «Los derechos humanos en el deporte» en *Apunts. Educació física i esports*, vol. 4, núm. 78, 2004, pág. 71.

2 «Desde un punto de vista jurídico, la mayoría de las grandes ligas deportivas son 'joint ventures' constituidas por los clubes que participan en la competición» en GONZÁLEZ GARCÍA, Sergio: *Derecho del deporte global*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pág. 152.

3 Tanto en la esfera de la vida privada como en el ejercicio de su profesión. Véase, en este sentido, LÓPEZ MARTÍNEZ, Alberto y LÓPEZ LÓPEZ-MENCHERO, José Luís, «Repercusión mediática de los medios de comunicación en el mundo del deporte» en *Lecturas: Educación física y deportes*, núm. 163, 2011.

4 CAZORLA PRIETO, Luís María, «Reflexiones acerca de la pretensión de autonomía científica del Derecho del Deporte» en *Revista Española de derecho deportivo*, núm. 1, 1993, págs. 21-25.

5 CARDENAL CARRO, Miguel: *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Cátedra de Estudios e Investigación en Derecho Deportivo, Madrid, 2009, pág. 63.

del ordenamiento jurídico, más allá del derecho laboral, objeto de estudio en este capítulo, son claves el derecho de la (UE), en el plano internacional, y el derecho constitucional, desde una perspectiva local, pues en ambos se encuentran.

Los derechos fundamentales, por su parte, son un elemento esencial de convivencia en cualquier democracia o sistema político. Ciertamente, para enmarcar los derechos fundamentales en el deporte y su influencia en la relación laboral de los deportistas profesionales, es pertinente analizar tanto la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶ como la Constitución española de 1978⁷. La Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas también hace mención a derechos considerados como fundamentales pero, por razón de territorialidad, la UE y España son las dos esferas con mayor relación con el deporte profesional nacional.

Así, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DDFFUE) encontramos diversos preceptos que pueden resultar interesantes para, posteriormente, articular el análisis en torno a los derechos fundamentales de los deportistas profesionales y sus controversias jurídicas e interpretativas. Se encuentran estos derechos en los capítulos segundo y tercero, relativos a las libertades y a la igualdad, entre los que se destacan los siguientes.

En el capítulo segundo, y tal y como se ha dejado entrever en párrafos precedentes, los deportistas profesionales, en muchas ocasiones, son sometidos a un escrutinio de su vida privada, personal y familiar⁸ en tanto que personajes públicos, siendo habitual que en la prensa se traten asuntos relacionados con su esfera más íntima. El artículo séptimo de la DDFFUE estipula que «*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar*» por lo que, en este sentido, los deportistas más mediáticos comparten el seguimiento público con otros profesionales como pueden ser actores, cantantes o *influencers*, por ejemplo.

Los artículos 10 y 11 de la DDFFUE versan sobre dos cuestiones que, normalmente, se asocian a otro tipo de profesiones como son el derecho a la libertad de pensamiento y conciencia⁹ y el derecho a la libertad de expre-

6 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 2000/C 364/01 de 18 de diciembre de 2000. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

7 Constitución española de 1978. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

8 Por ejemplo, el caso Gerard Piqué, futbolista del F.C. Barcelona: «Gerard Piqué denuncia en un comunicado el acoso de los medios y emprende acciones legales». *Diario El País*, 1 de septiembre de 2022. Disponible en <https://elpais.com/gente/2022-09-01/gerard-pique-denuncia-en-un-comunicado-el-acoso-de-los-medios-y-emprende-acciones-legales.html>

9 Art. 10 DDFFUE: «*Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*».

sión¹⁰, respectivamente. Sin embargo, no han sido pocos los casos en los que deportistas han argüido alguno de ambos derechos¹¹ en situaciones particulares. Al encontrarse dentro del círculo rector¹² de un tercero, empleador, en este caso, y tener el deportista, en algunas ocasiones, como una de sus obligaciones el comparecer ante los medios de comunicación, puede darse que el propio profesional manifieste de forma pública una opinión o pensamiento contrario a la de su empleador con la consiguiente posibilidad de generar un conflicto entre ambos.

Sin duda, el precepto clave, no ya para los deportistas profesionales, sino para todo el conjunto de trabajadores, es el que garantiza (artículo 15) la libertad profesional y el derecho a trabajar de todo ciudadano de la Unión Europea en cualquier estado miembro. Particularmente, este ha sido un derecho (o más bien el reconocimiento¹³ del mismo) que marcó un antes y un después en la contratación de deportistas profesionales en el conjunto de estados miembros de la unión atendiendo al criterio establecido tanto en la DDFUE como en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹⁴.

Ya en el capítulo tercero alusivo a la igualdad entre todos los ciudadanos comunitarios, se encuentra el artículo 23 concerniente a la igualdad entre hombres y mujeres, donde el primer inciso atiende a la siguiente literalidad: «la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución». En el deporte y, por supuesto, en otros ámbitos del mercado de trabajo¹⁵, la igualdad de oportunidades, de acceso al empleo, de retribución¹⁶ y de promoción profesional

10 Art. 11 DDFUE: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras».

11 Por ejemplo, en la Copa Mundial de fútbol de Qatar: «Los jugadores de Alemania protestan por la libertad de expresión en el Mundial». CNN, 23 de noviembre de 2022. Disponible en <https://cnnespanol.cnn.com/2022/11/23/protesta-alemania-jugadores-libertad-expression-mundial-qatar-2022-trax>

12 MONTOYA MELGAR, Alfredo: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, pág. 72.

13 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de diciembre de 1995. Asunto C-415/93. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:61993CJ0415> Al respecto, véase, por todos: CRESPO PÉREZ, Juan de Dios, «El “caso Bosman”: sus consecuencias» en *Revista General de Derecho*, núm. 622-623, 1996.

14 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea, 30 de marzo de 2010, C83/47. Disponible en <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

15 PÉREZ GUERRERO, María Luisa, «Igualdad salarial y Deporte: la renuncia a un principio básico del ordenamiento jurídico laboral» en *Revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 7, 2023, págs. 203-218. <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2023.i7.08>

16 Por ejemplo, en el fútbol, la brecha salarial entre hombres y mujeres es del 744% según

entre hombres y mujeres supone un auténtico reto, todavía habiendo recorrido ya el primer cuarto del Siglo XXI, en el contexto internacional.

Para finalizar este sucinto estudio de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea habida cuenta, además, del modelo de construcción social del deporte¹⁷ que se propugna¹⁸ desde la propia UE, es imprescindible mencionar el derecho a la protección de la salud. Tanto a nivel profesional como social, los hábitos de vida saludables y el derecho a la práctica deportiva como un elemento vertebrador y de cohesión social ha sido uno de los principales objetivos de las distintas administraciones públicas nacionales y, especialmente, para las corporaciones locales debido al sistema competencial español¹⁹ en cuanto al fomento de la actividad deportiva.

Así, el artículo 35 de la Carta de los DDFFUE garantiza el derecho a la protección de la salud, cuestión nuclear en términos de la especialidad de la prestación de servicios de las personas deportistas profesional²⁰ pues, lógicamente, se debe tener unas condiciones de salud óptimas para poder practicar deporte. De hecho, las propias entidades deportivas, véase federaciones²¹ de distinto ámbito territorial, en su normativa interna, la protección de la salud de los deportistas²² se erige en una de las principales cuestiones a regular.

el Instituto de la Mujer. Disponible en <https://www.inmujeres.gob.es/actualidad/noticias/2025/BrechaSalarialDeporte.htm>

- 17 FERNÁNDEZ MARRÓN, Itziar, «Les politiques de la Unió Europea en l'àmbit de l'esport» en *Educació social: Revista d'intervenció socioeducativa*, núm. 65, 2017, pág. 58.
- 18 En este sentido, sirva de ejemplo el Plan Estratégico de salud escolar y estilos de vida saludables del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación del Gobierno de España. Disponible en https://www.libreria.educacion.gob.es/ebook/183961/free_download/
- 19 PALOMAR OLMEDA, Alberto y TEROL GÓMEZ, Ramón: «El ordenamiento estatal del deporte» en *Derecho deportivo. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, obra colectiva, coordinadores Palomar Olmeda, Alberto y Pérez González, Carmen, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 132-142.
- 20 Una muestra de ello es la aprobación en 2013 de la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva. BOE núm. 148, de 21 de junio de 2013. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-6732>
- 21 Como, por ejemplo, la disposición adicional tercera del Reglamento General de la Real Federación Española de Fútbol la cual indica que «los protocolos aprobados por la RFEF tendrán por objeto garantizar la salud de todos los agentes participantes en las competiciones, así como velar por la salvaguarda de la integridad, la pureza y la igualdad de la competición en todos sus extremos». Disponible en https://rfe.es/sites/default/files/2025-05/1262_Reglamento_General_Futbol_CD_24.04.2025_1.pdf
- 22 BALLESTEROS MOFFA, Luis Ángel, «La intervención administrativa en materia de dopaje deportivo a la luz de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte» en *Revista de Administración Pública*, núm. 173, 2007, pág. 358.

En cuanto a la Constitución española (CE) debemos acudir al capítulo segundo del título primero, relativo a los derechos y libertades, haciendo un especial énfasis en la sección primera donde se detallan los derechos fundamentales. Veamos, en este caso, cuáles de esos derechos fundamentales recogidos en la Carta Magna son (o pueden ser) de aplicación para los deportistas profesionales, entiéndase, eso sí, durante el desarrollo de su profesión.

Como derechos fundamentales de más amplio espectro, y ya mencionados en la normativa comunitaria analizada anteriormente, se encuentran el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) que, en algunas ocasiones como personajes públicos puede invocarse y, por otro lado, el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE). En tanto que colectivo de trabajadores también les es aplicable el derecho fundamental a la libertad sindical y al ejercicio del derecho de huelga establecido en el artículo 28 de la CE. También, en su condición de trabajadores, pero ya situado en la sección segunda del capítulo segundo del título primero, el artículo 35 consagra el derecho de todos los españoles a la libre elección de profesión u oficio.

Entre los principios rectores de la política social y económica que forman el capítulo tercero del título primero de la CE, se encuentran, en un mismo artículo, dos derechos estrechamente vinculados entre sí y, también, relacionados con la práctica del deporte. El apartado primero del artículo 43 señala el reconocimiento a la protección de la salud y en el apartado tercero realiza una suerte de mandato hacia el conjunto de los poderes públicos en los siguientes términos: «*los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte*».

En definitiva, pudiera parecer *a priori* que los derechos fundamentales y los deportistas profesionales son dos estamentos bastante lejanos. Sin embargo, en tanto que ciudadanos y trabajadores sometidos, en algunos casos, a un elevado escrutinio social y con un gran nivel de exposición pública, resulta oportuno el estudio de la incidencia de los derechos fundamentales en los deportistas profesionales.

2. Marco legal del deporte profesional

No es sencillo delimitar el régimen normativo aplicable al deporte en general y, en particular, al deporte profesional, pues en este ámbito convergen distintas normativas²³ también de diferente procedencia. Es cierto que todas las normas que regulan, de un modo u otro, el deporte, son complementarias entre sí. Ahora bien, se da la circunstancia de que algunas de ellas son de

23 «Formado (el Derecho del Deporte) por un conjunto de normas que se encuentran dispersas entre otras ramas del ordenamiento jurídico» en SALA FRANCO, Tomás: *El Trabajo de los Deportistas Profesionales*, Mezquita, Madrid, 1983, pág. 7.

reciente aprobación²⁴ y otras cuentan con más de cuarenta años de vigencia, tal y como ocurre con la Ley del Deporte de 2022²⁵ (LD) y el Real Decreto 1006/1985²⁶ (RDDP) respectivamente. Ello implica, irremediabilmente, que la norma posterior añada interpretaciones novedosas respecto de la anterior y se terminen generando controversias jurídicas²⁷ que deberán ser dilucidadas por los juzgados y tribunales.

En suma, y allende de legislación que pueda regular elementos accesorios como los aspectos tributarios, mercantiles o de extranjería, entre otros, del deporte profesional, son dos. Una de carácter administrativo y otra de carácter laboral, las principales normas que se pueden calificar como el verdadero sustrato normativo del deporte profesional: la Ley del Deporte y el Real Decreto que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.

Por tanto, la complejidad en cuanto a la determinación del marco legal del deporte profesional estriba, fundamentalmente, en la dualidad normativa²⁸ que lo rige al encontrarse a medio camino entre el derecho deportivo, Ley del Deporte²⁹ como principal norma, y el derecho laboral, siendo el Real Decreto 1006/1985 la disposición de referencia.

24 Así lo señala, por ejemplo, el cuarto párrafo del título primero del preámbulo de la Ley del Deporte de 2022: «La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, ha superado ya los treinta años de vigencia. Su antecesora, la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y del Deporte, apenas estuvo vigente una década, lo que revela el dinamismo del fenómeno deportivo y la necesidad de ajustar el marco regulador a la realidad que requiere su ordenación. El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, impele al legislador a aprobar una nueva Ley del Deporte, que regule todos aquellos aspectos que le afectan y que son competencia del Estado, incorporando los necesarios mecanismos de coordinación, colaboración y cooperación con las Comunidades Autónomas en aquello que lo requiera, en aras del respeto al reparto competencial que la Constitución Española realiza y de la eficacia en la acción de promoción del deporte».

25 Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte. BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 2022. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-24430>

26 Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. BOE núm. 153, de 27 de junio de 1985. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/1985/06/26/1006>

27 Como ya ha ocurrido, por ejemplo, con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, 153/2024 (Rec. 1058/2023) de 20 de febrero de 2024. ECLI: ES:TSJM:2024:1789

28 ROQUETA BUJ, Remedios: *Los deportistas profesionales. Régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 43.

29 Art. 1.1 LD: «la presente ley tiene por objeto establecer el marco jurídico regulador del deporte, de conformidad con lo previsto en el artículo 43.3 de la Constitución Española y en el marco de las competencias que corresponden a la Administración General del Estado, respetando las competencias de las Comunidades Autónomas».

Esta doble afectación legal del deportista profesional se suma a las especialidades (objetiva, subjetiva y espacial) de su propia relación laboral, por cuanto también está sometido a la disciplina de la federación deportiva que organice la competición de la cual forma parte. Es necesario, en consecuencia, identificar en qué momento el deportista se encuentra bajo la aplicación de la normativa deportiva o de la laboral con la finalidad de circunscribir el régimen jurídico aplicable en cada situación.

La delimitación de la frontera entre lo estrictamente deportivo y lo laboral ha supuesto (y todavía hoy supone) múltiples debates y controversias aun habiendo, el RDDP, en el apartado quinto de su artículo primero, estipulado cuales son los elementos que se circunscriben al ámbito deportivo: «*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 competencias, su organización, el señalamiento de las reglas del juego y el régimen disciplinario aplicable a los infractores de tales reglas*».

Según el precepto citado en el párrafo anterior, los términos formales de la competición, la determinación de si una competición es calificada como profesional o no, así como la configuración de las distintas categorías en función de su edad queda delimitado por normas de carácter deportivo. Del mismo modo, las cuestiones relativas al calendario, horarios, jornadas o duración de las competiciones también. Y, por último, todo lo referente al régimen disciplinario deportivo y a las reglas de juego de la práctica deportiva las cuales, comúnmente, son especificadas por la federación deportiva internacional de la modalidad en cuestión.

Parece claro cuál es el alcance de la esfera deportiva, sin embargo, esa delgada línea que separa lo deportivo (o administrativo) de lo laboral suelen entrecruzarse en la práctica³⁰ e incluso inmiscuirse en el plano laboral. Esta incursión de normativas deportivas en el ordenamiento jurídico laboral³¹ puede darse, incluso, sin la necesidad de referirse directamente al deporte profesional, sino también al deporte *profesionalizado*³² lo que implica abrir el abanico de trabajadores deportistas ordinarios, es decir, fuera del ámbito de aplicación de la relación laboral especial. Eso, sin duda, añade una vuelta de tuerca más a una, ya de por sí, compleja realidad laboral como es la del deporte profesional.

30 ROQUETA BUJ, Remedios: *Derecho deportivo laboral*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 44 y 45.

31 En este aspecto, sirva de referencia: GARCÍA RUBIO, María Amparo, «Incursiones de las normas federativas en las relaciones laborales en el deporte» en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 74, 2022.

32 PÉREZ ARIAS, Juan Carlos, «El deporte profesionalizado en el anteproyecto de Ley del Deporte de 1 de febrero de 2019» en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 69, 2020, pág. 6.

En cualquier caso, *ab initio*, la diferenciación entre lo deportivo y lo laboral existe. La normativa deportiva, a su vez, se divide en general y especial. El derecho deportivo general lo conforman un conjunto de regulaciones encargadas de regir cuestiones de ámbito general como la Ley del Deporte, la Ley Orgánica de Protección de la Salud (anteriormente citada), la Ley contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte³³ y reales decretos como el de sobre federaciones deportivas³⁴, sociedades anónimas deportivas³⁵ y deportistas de alto nivel y alto rendimiento³⁶, entre otras. El alcance de todo este entramado normativo es estrictamente deportivo y se refiere al conjunto de reglas que rigen la organización y administración de modo general.

Una muestra de esa incursión de la normativa de derecho deportivo en el terreno laboral es, precisamente, el artículo 21 de la LD al respecto de la consideración como profesionales a aquellos deportistas que *«en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dedican voluntariamente a la práctica deportiva por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución»* añadiendo, a este párrafo, además, que la condición de deportista profesional es *«personal e independiente de la calificación de la competición respectiva»*.

Como novedad introduce la misma consideración para los deportistas por cuenta propia. Lo que resulta esclarecedor es el último párrafo de este apartado primero del artículo 21 de la LD, el cual sitúa, de forma inequívoca, a todos los deportistas profesionales referidos en este precepto bajo el paraguas del ámbito de aplicación de la relación laboral especial de los deportistas profesionales³⁷ desvirtuando, a mi juicio, la propia especialidad de dicha relación laboral.

De igual manera que la LD entra a valorar la calificación de una persona deportista como profesional, también efectúa una descripción de los depor-

33 Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-13408>

34 Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas. BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1991. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/1991/12/20/1835/con>

35 Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, sobre sociedades anónimas deportivas. BOE núm. 170, de 17 de julio de 1999. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/1999/07/16/1251/con>

36 Real Decreto 971/2007, de 13 de julio, sobre deportistas de alto nivel y alto rendimiento. BOE núm. 177, de 25 de julio de 2007. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/2007/07/13/971/con>

37 Párrafo tercero del artículo 21.1 LD: *«las personas deportistas profesionales a que se refiere este apartado están sujetas a la relación laboral especial prevista en el artículo 2.1.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y en su normativa de desarrollo»*.

tistas no profesionales. La principal diferencia radica en la retribución y, por supuesto, en la no existencia de una relación laboral. Las percepciones que podrá recibir el deportista no profesional serán *«a lo sumo, la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva»*. Por tanto, la mera retribución de un deportista no implica directamente su condición de deportista profesional, según la LD, sino que deberá determinarse si dichos emolumentos son o bien un salario o bien una compensación de gastos. Ahí se ubica, en la práctica diaria, el foco de controversia.

Por otro lado, se encuentran los estatutos y reglamentos federativos, como pueden ser los estatutos federativos y las reglas de juego, que son las dos normas por antonomasia del denominado derecho deportivo especial, se ciñen, únicamente, a una modalidad deportiva y a una entidad federativa en cuestión. Estas normas, atendiendo por analogía al criterio de jerarquía normativa, estarían por debajo del derecho deportivo general anteriormente descrito.

Que la LD y el RDDP sean normas originarias de distintas ramas del ordenamiento jurídico no es óbice para que den, exactamente, la misma definición de deportista profesional. Si bien es cierto que la LD lo hace reproduciendo al RDDP el cual, en su artículo 1.2 señala 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»* excluyendo, también, en el siguiente inciso a aquellos deportistas que perciben una compensación de gastos por su práctica deportiva.

En consecuencia, este es un ejemplo más de la dualidad normativa del deporte profesional. En términos estrictamente laborales son el RDDP, de forma supletoria el Estatuto de los Trabajadores (ET)³⁸ y los convenios colectivos los encargados de regular las relaciones laborales en el deporte. Ahora bien, con la amplia (y puede que ambigua) definición de deportista profesional de ambas normas, resulta harto complicado determinar varias cuestiones: la primera si las retribuciones son compensación de gastos o no; y, la segunda, en caso de que se el deportista perciba una retribución si todos ellos están incluidos en el ámbito de aplicación del RDDP.

Para ello, es, en cierto modo, clarificador acudir al proceso de laboralización de los deportistas profesionales y, especialmente, a cuál ha sido su evolución en cuanto a la inclusión (o no) de nuevos deportistas en la relación laboral especial. Dos, en este caso relacionado con el fútbol que siempre

38 Art. 21 RDDP: *«en lo no regulado por el presente Real Decreto serán de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y las demás normas laborales de general aplicación, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los deportistas profesionales»*.

ocupa un papel predominante, son los ejemplos más ilustrativos acerca de la integración de deportistas en la especialidad del deporte profesional. El proceso y, también el surgimiento, de la laboralización del deporte profesional³⁹ no estuvo exento de debates y de diferencias jurídicas, todavía a día de hoy perennes, y objeto de discusión⁴⁰ en torno a la contratación de los deportistas profesionales. Una muestra de ello es la mencionada anteriormente incursión que realiza la nueva Ley del Deporte en el ámbito laboral⁴¹, a la espera, eso sí, de si su ulterior desarrollo reglamentario⁴² arroja algo de luz respecto a cuestiones laborales o de Seguridad Social⁴³.

Con anterioridad al año 1971, la jurisprudencia de los tribunales del orden laboral⁴⁴ mantenía el criterio establecido por la normativa deportiva⁴⁵ el cual excluía a los deportistas del ámbito de aplicación de las reglamentaciones de trabajo que imperaban en la época. Hasta que en junio de 1971 mediante la sentencia del Tribunal Central del Trabajo de 24 de junio⁴⁶ se cambia la orientación jurisprudencial hasta la fecha y se reconoce expresamente el carácter laboral de la relación existente entre clubes y futbolistas profesionales. Por ello, la relación laboral especial de los deportistas profesionales tiene su origen en el fútbol.

39 Fue clave para ello la Sentencia del Tribunal Central del Trabajo de 24 de junio de 1971 sobre el caso *Pipi Suárez*.

40 Una muestra de ello es el debate en torno a la inclusión del colectivo arbitral en la regulación laboral y/o de los deportistas profesionales. En este sentido, véase RODRÍGUEZ TEN, Javier, «La posible consideración de los jueces o árbitros como deportistas de alto nivel, con especial referencia al ámbito andaluz» en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 4, págs. 249 y ss.

41 ROJO TORRECILLA, Eduardo, «Notas sobre el contenido laboral de la nueva Ley del Deporte» en *Una mirada crítica y abierta a las nuevas realidades laborales*, 1 de enero de 2023; ROQUETA BUJ, Remedios, «El contenido laboral de la nueva Ley del Deporte» en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 79, 2023; y, GONZÁLEZ GARCÍA, Sergio, «Una mirada laboralista a la nueva Ley del Deporte» en *Los briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social: las claves de 2022*, 2022.

42 PALOMAR OLMEDA, Alberto, «La Ley del Deporte y ¿su desarrollo?» en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 79, 2023.

43 Estas últimas cuestiones al respecto de la integración de los deportistas en el régimen general de la Seguridad Social no han estado exentas de controversias. Por todos: TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel, «Controversias resultantes de la inclusión de los deportistas profesionales en el régimen general de la seguridad social» en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 11, 2017, págs. 39-53.

44 Lo que se ha denominado por parte de la doctrina científica como «jurisprudencia excluyente» en ROQUETA BUJ, Remedios: *Los deportistas profesionales*, Op. Cit., págs. 23 y 24.

45 SALA FRANCO, Tomás: *El trabajo de los deportistas profesionales*, Op. Cit., págs. 10 y 11

46 Dicha resolución supuso un auténtico cambio de orientación jurisprudencial. Al respecto, por todos: BASSOLS COMA, Martín, «Justicia deportiva y jurisdicción laboral» en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 2, 1980, págs. 208 y ss.

Básicamente, la STCT 'Pipi' Suárez sustenta la naturaleza laboral del deporte profesional en los siguientes tres ejes: el primero de ellos es que un club o entidad deportiva puede considerarse como empleador, el segundo es que los deportistas cumplen con las cinco notas de laboralidad de un trabajador por cuenta ajena y, por último y, a mi juicio, la más importante, es que dejan sin efecto la normativa de derecho deportivo que excluye a los deportistas del ámbito laboral.

De ese origen futbolístico de principios de los años 70, la relación laboral especial de los deportistas profesionales ha evolucionado y el debate sobre su reforma⁴⁷ está de actualidad. A medida que el deporte y, en particular, el fútbol se ha ido profesionalizando, también se ha calificado como laboral la naturaleza de la actividad de los entrenadores deportivos⁴⁸ asimilando esta figura a los propios deportistas que realizan la actividad ante el público. La definición del artículo 1.2. del RDDP puede ser calificada como amplia ya que abre la puerta a integrarse en la misma a un amplio colectivo de deportistas y, entre ellos, a los entrenadores, técnicos deportivos o también árbitros, el último de los debates⁴⁹ que se han tenido por parte de la doctrina judicial y científica.

El primer ejemplo al que se hacía referencia con anterioridad es el de los técnicos deportivos, es decir, entrenadores y cuerpo técnico. En este sentido, han sido los tribunales los que han ido perfilando la integración de los entrenadores deportivos de distintas modalidades deportivas⁵⁰ en el régimen jurídico laboral de los deportistas profesionales, teniendo presente, además, la dualidad normativa (federativa y laboral)⁵¹ a la cual se someten. Esta perspectiva amplia de inclusión en el ámbito de los deportistas profesionales no se ha limitado, únicamente, a la figura del entrenador, sino que también se

47 MARTÍNEZ PÉREZ, Alfredo: *La relación laboral especial del deportista profesional en el siglo XXI. Aspectos contractuales, novedades y tendencias. La respuesta del derecho ante los cambios sociales en el deporte*, Tesis Doctoral, Universidad de Murcia, 2020, págs. 318 y 319.

48 Sobre la naturaleza laboral de la actividad de los entrenadores deportivos, por todos: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 30 de enero de 2003 (Rec. 1992/2002) y su análisis por parte de RUBIO SÁNCHEZ, Francisco, «Naturaleza laboral de la actividad de los entrenadores deportivos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, 30 de enero de 2003» en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 3, 2003.

49 Sobre la última controversia interpretativa, véase GUILLÉN PAJUELO, Ángel, «¿Son los árbitros deportistas profesionales? A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STSJM 1789/2024)» en *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, núm. 2, 2024. <https://doi.org/10.20318/labos.2024.8743>

50 Ejemplos de fútbol, baloncesto, balonmano y voleibol, respectivamente, con las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de septiembre de 1988 (RJ 9102) y de 5 de diciembre de 1997 (Rec. 5142/1992); y de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía de 28 de enero de 1998 (Rec. 103/1996) y de Cataluña de 27 de junio de 2003 (Rec. 2506/2003).

51 SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y CARDENAL CARRO, Miguel, «Contratos laborales y federativos de los entrenadores de fútbol: validez y extinción» en *Revista Andaluza de Derecho Deportivo*, núm. 3, pág. 51.

han introducido una serie de técnicos *adyacentes* al trabajo de preparación y análisis deportivo que forman parte del cuerpo técnico de un club.

Los preparadores físicos, ayudantes, segundos entrenadores y entrenadores de porteros, en tanto que participan activamente en la dinámica de entrenamiento y competición sí que son considerados técnicos deportivos y, en consecuencia, se encuentran dentro del ámbito de aplicación del RDDP.

El segundo ejemplo, todavía objeto de estudio por parte de juzgados y tribunales⁵² es el de los árbitros. El colectivo arbitral, entre otros, ha sido un grupo de profesionales del deporte que también han transitado un camino de profesionalización en los últimos años. Sin embargo, la mejora en las condiciones laborales, profesionales, contractuales y también de remuneración, no ha conllevado una inclusión inequívoca en el ámbito de aplicación del RDDP. La casuística particular de los árbitros que participan de las competiciones profesionales ha generado resoluciones judiciales en distintos sentidos que, todavía hoy en día, no se han unificado en una postura conjunta acerca de la cuestión. En cualquier caso, la lógica de los hechos en referencia a un ámbito de aplicación extenso del RDDP, parece apuntar que, más temprano que tarde, se reconocerá la profesionalidad de los árbitros y, en consecuencia, su ordenación laboral será a través de dicho Real Decreto.

En definitiva, la amplitud inclusiva del deporte profesional tiene una doble implicación: la primera de ellas positiva, que es el abanico de posibilidades que abre para ahondar en la laboralización del deporte y, por tanto, favorecer la protección social de los deportistas; y, la segunda de ellas, negativa, la falta de claridad y precisión, precisamente, de qué colectivos y bajo qué circunstancias deben ser considerados, desde una perspectiva laboral, como deportistas profesionales bajo el ámbito aplicativo del RDDP. La delimitación entre un deportista profesional y un deportista aficionado supone, a mi juicio, el principal reto actual y de futuro en términos de Derecho del Trabajo en el ámbito deportivo.

3. Derechos laborales y deportivos

De nuevo esa dualidad entre lo laboral y lo deportivo. En este caso, es pertinente analizar dos artículos del RDDP relativos a los derechos, tanto indi-

52 Como ejemplo, la última sentencia del TSJ de Madrid anteriormente mencionada o la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, 836/2024, de 16 de mayo de 2024 (ECLI: ES:TS:2024:2700) sobre las retribuciones de los árbitros de baloncesto en tanto que trabajadores autónomos y su análisis por parte de GARCÍA DE PABLOS, Félix, «Retribuciones de los árbitros de baloncesto» en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 88, 2025, pág. 1, en los siguientes términos: «el Tribunal Supremo ha concluido que los rendimientos obtenidos por los árbitros de baloncesto que se perciben de las federaciones o de las ligas profesionales, en cuanto trabajador autónomo que organiza su actividad de arbitraje, constituyen rendimientos íntegros por actividades económicas».

viduales como colectivos, de los deportistas profesionales. Evidentemente, en tanto que trabajadores (por cuenta ajena, la mayoría), tienen reconocidos los derechos laborales estipulados en el artículo cuarto del ET, entre los que destacan el derecho a la ocupación efectiva, a su integridad física, a la percepción de la remuneración pactada o el derecho a la huelga y a la libre sindicación. El último apartado, quinto, del artículo 7 del RDDP menciona expresamente lo indicado anteriormente: *«serán aplicables a esta relación laboral especial los derechos y deberes básicos previstos en los artículos 4.º y 5.º del Estatuto de los Trabajadores»*.

Así, el artículo 7 del RDDP se refiere a los derechos (también deberes) individuales de los deportistas profesionales y el 18 a los derechos colectivos. El artículo 7.1 del RDDP formaliza, de alguna manera, el deber del deportista profesional de realizar de forma diligente y, valga la redundancia, profesional, sus cometidos deportivos siguiendo las instrucciones técnicas pertinentes. Se mencionan expresamente sus condiciones técnicas y físicas como aspectos clave de la propia especialidad laboral de un deportista profesional. Por tanto, cualquier deportista, a tenor de lo indicado en el apartado primero del artículo séptimo del RDDP *«está obligado a realizar la actividad deportiva para la que se le contrató en las fechas señaladas, 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»*.

Únicamente dedica este primer inciso del artículo 7 a realizar, de modo genérico, un sucinto repaso por los deberes de cualquier deportista profesional. A renglón seguido, destaca en los apartados segundo, tercero y cuarto, tres derechos de los que gozarán los deportistas profesionales en el ejercicio de su actividad profesional. Es cierto que son de distinta índole y que estrictamente laboral solo hace referencia al derecho a la ocupación efectiva.

Bien, el primer derecho que menciona expresamente el RDDP mediante el artículo 7.2 es de carácter, precisamente, fundamental, tal y como se ha visto en el apartado introductorio de este artículo, al tratarse de la libertad de expresión. *«Los deportistas profesionales tendrán derecho a manifestar libremente sus opiniones sobre los temas relacionados con su profesión, con respecto 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»* reza el apartado segundo del artículo séptimo en clara alusión a la libertad de los deportistas a manifestar sus opiniones acerca de cuestiones deportivas.

Si bien es cierto que el derecho a la libertad de expresión, tal y como aparece redactado en el precepto anteriormente mencionado, cuenta con algunas limitaciones que parecen lógicas con la finalidad de no perjudicar el club o la entidad deportiva para la cual preste sus servicios. Se puede observar, por ejemplo, que las limitaciones que se indiquen en el convenio colectivo de aplicación deberán estar justificadas por razones deportivas. Es un concepto

bastante amplio el cual, en situaciones de controversia, deberán ser los juzgados y tribunales los encargados de delimitar dichas justificaciones.

En los convenios colectivos de las principales prácticas deportivas como son el fútbol⁵³, baloncesto⁵⁴, balonmano⁵⁵ o ciclismo⁵⁶, existen referencias a la libertad de expresión y, más concretamente, a su limitación. Salvo el baloncesto⁵⁷ los demás deportes referidos dedican un artículo específico a la libertad de expresión. El convenio colectivo del fútbol y el del balonmano profesional realizan una mención a las limitaciones del derecho a la libertad de expresión bastante amplia, siendo estas, únicamente, *«las derivadas de la ley y el respeto a los demás»*. Puede observarse que las limitaciones derivadas de la ley y el respeto a los demás son cuestiones poco precisas si hablamos, particularmente, de un derecho tan sensible como es el de la libertad de expresión.

Sin embargo, el convenio colectivo del ciclismo profesional es bastante más minucioso en el establecimiento de los límites al derecho a la libertad de expresión por parte de los ciclistas profesionales. Lo hace en los siguientes términos, en su artículo 33: *«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»*.

La regulación sobre la libertad de expresión del convenio colectivo del ciclismo, habida cuenta de la comparativa con las demás aquí señaladas, resulta ser la más detallada y la que recoge un mayor número de supuestos o casuísticas que nos permiten descifrar, *quasi* exactamente, cuáles son los límites a la libertad de expresión de los ciclistas profesionales. En primer

53 Resolución de 27 de noviembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acta de acuerdo de modificación del Convenio colectivo para la actividad del fútbol profesional. BOE núm. 296, de 12 de diciembre de 2023. Disponible en [https://www.boe.es/eli/es/res/2023/11/27/\(3\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2023/11/27/(3))

54 Resolución de 3 de marzo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Convenio colectivo de baloncesto profesional ACB. BOE núm. 65, de 17 de marzo de 2021. Disponible en [https://www.boe.es/eli/es/res/2021/03/03/\(6\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2021/03/03/(6))

55 Resolución de 27 de junio de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Convenio colectivo del balonmano profesional. BOE núm. 165, de 9 de julio de 2024. Disponible en [https://www.boe.es/eli/es/res/2024/06/27/\(7\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2024/06/27/(7))

56 Resolución de 17 de marzo de 2010, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para la actividad del ciclismo profesional. BOE núm. 79, de 1 de abril de 2010. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2010/04/01/pdfs/BOE-A-2010-5364.pdf>

57 Art. 4 del Anexo III del Convenio Colectivo de baloncesto profesional ACB.

lugar, señala que podrán manifestar su pensamiento sobre cualquier materia como puede hacerlo, por supuesto, cualquier ciudadano e, inmediatamente después, refuerza las opiniones expresadas acerca de su profesión utilizando el término *especialmente*.

Una vez clarificado el ejercicio del derecho, pasa a relatar las limitaciones que se fundamentan en el respeto al buen nombre e imagen, lo que podemos interpretar como el derecho al honor. Y, en el mismo sentido, detalla los colectivos a los cuales debe imperar dicho respeto tales como sus compañeros de profesión o técnicos, pero, también, marcas, patrocinadores o medios de comunicación. Sin duda, este nivel de precisión ayuda a las instancias de resolución de conflictos, también a jueces y a tribunales, a determinar las posibles vulneraciones al ejercicio del derecho a la libertad de expresión por parte de cualquier deportista profesional.

El segundo derecho que incluye el artículo 7 del RDDP no podría clasificarse de estrictamente laboral, aunque, indudablemente, tiene que ver con la retribución: los derechos de imagen. Los beneficios que perciban los deportistas a través de la explotación de los derechos de imagen quedan al albur de lo dispuesto en convenio colectivo o, en su defecto, de la autonomía de las partes, es decir, lo que se pacte entre club o entidad deportiva y el propio deportista. En la actualidad, los derechos de explotación de la imagen de los deportistas suponen unos notables ingresos económicos ya que los deportistas son un reclamo publicitario para marcas y empresas no solo del ámbito deportivo, sino de sectores tan variopintos como la moda, la alimentación, los automóviles o la banca.

Más allá de la voluntad de las partes en referencia a la estipulación de las condiciones de explotación de los derechos de imagen⁵⁸ del deportista, ¿los convenios colectivos de los deportes más mediáticos cómo tratan el asunto? El convenio colectivo del fútbol profesional, en este aspecto, regula de una forma más completa los derechos de imagen que no el derecho a la libertad de expresión de los futbolistas. En el artículo 28 de dicho convenio realiza, primeramente, una objeción clave para la aplicación del artículo consistente en que la explotación de los derechos de imagen pueda hacerse en su nombre propio. No es infrecuente que los derechos de imagen se comercialicen a través de un tercero⁵⁹ normalmente mediante una sociedad para obtener un mayor beneficio tributario total.

58 Dependerá también de cuán mediático sea el deportista, por todos: PRIETO FETIVA, Camilo Humberto y VARGAS CHAVES, Iván, «Los derechos de imagen en el entretenimiento deportivo: entre la protección de la imagen del deportista y la propiedad intelectual dentro de la libertad de empresa» en *Retos. Nuevas tendencias en educación física, deportes y recreación*, vol. 62, 2025, pág. 86. <https://doi.org/10.47197/retos.v62.108824>

59 Sirva un ejemplo reciente en el tenis: MARTÍNEZ OLMOS, Roque, «El deporte y la cesión de los derechos de imagen: el caso de Juan Carlos Ferrero (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2024, rec. núm. 544/2023)» en *Crónica Jurídica Hispalense*, núm. 22, 2024, págs. 381 y ss.

En cualquier caso, si un futbolista explota sus derechos de imagen *«la cantidad que el club/SAD satisfaga a aquél por la utilización de su imagen, nombre o figura con fines económicos, tendrán la consideración de concepto salarial»*. Se remite, este mismo inciso, al artículo 20 del propio convenio relativo a los conceptos salariales que integran la retribución de los futbolistas profesionales, siendo éstos los siguientes: *«sueldo mensual, pagas extraordinarias, plus de antigüedad, prima de contratación o fichaje, prima de partido y derechos de explotación de imagen en su caso»*. La cantidad acordada en concepto de derechos de explotación de imagen ya sea a nivel individual o colectivo, deberá constar por escrito.

Por su parte, el convenio colectivo del baloncesto profesional también detalla los conceptos salariales en su artículo 11, incluyendo, de forma explícita *«las retribuciones abonadas por los clubes o SAD a los jugadores por la cesión expresa de la explotación de sus derechos de imagen»* teniendo estos, por tanto, la consideración legal de salario. De la misma forma lo detalla el convenio colectivo del balonmano profesional en el artículo 22 en referencia a los conceptos salariales.

En el caso del ciclismo profesional, el convenio colectivo aplicable, al igual que sucede con el del fútbol profesional, dedica dos artículos a la normativización de la explotación de los derechos de imagen. El artículo 17 regula los conceptos salariales, entre los que se encuentran como retribución de un ciclista profesional los derechos de imagen. Específicamente, el artículo 22 versa, única y exclusivamente, sobre los derechos de imagen y su conceptualización: *«es la cantidad que percibe el corredor por la cesión de sus derechos de imagen con fines publicitarios, cuyas condiciones particulares se estipularán en pacto individual»*. Es decir, tal y como indica el artículo 7.3 del RDDP, el convenio colectivo del ciclismo profesional también se remite a la autonomía de las partes para estipular las condiciones de explotación de los derechos de imagen de los ciclistas.

No en vano, las normas laborales colectivas aplicables a las profesiones deportivas que más pueden obtener beneficios económicos por derechos de imagen mencionan expresamente, incluso varias veces, y dedican artículos completos, a la explotación comercial de los mismos, lo que le atribuye un significado relevante.

Y ciertamente es así, ya que es una parte consustancial de los emolumentos totales que perciben los deportistas⁶⁰. Respecto a la consideración de salario de los derechos de imagen, no parece haber debate en torno a la cuestión, eso sí, diferenciando aquellos derechos de imagen directamente relacionados con

60 Por ejemplo, la estrella del fútbol español Kylian Mbappé, futbolista del Real Madrid percibe entre un 60 y un 70% de sus derechos de imagen y el club, el resto. *Relevo*, 17 de junio de 2024. Disponible en <https://www.relevo.com/futbol/liga-primera/derechos-imagen-mbappe-real-madrid-20240617014410-nt.html>

su actividad deportiva⁶¹ (que sí serán considerados como salario) de los que se derivan más allá del ámbito deportivo⁶² que no será una percepción salarial⁶³ debido a que es un contenido ajeno a la actividad laboral.

De la breve lista de derechos que expone el artículo 7 del RDDP, el último de ellos, en el inciso cuarto, hace referencia a un derecho eminentemente laboral y que, en el ámbito deportivo, en particular, profesional, tiene ciertos matices que conviene reseñar. El derecho a la ocupación efectiva es una de las cuestiones que más debates, controversias y disparidad de criterios ha generado a lo largo de la aplicación del RDDP desde el año 1985. Sustenta este derecho la normativa laboral especial con el siguiente redactado: *«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»*.

La ocupación efectiva contiene algunas circunstancias que vale la pena analizar: las excepciones⁶⁴ y las actividades de las que, obligatoriamente, debe formar parte. Las excepciones se fundamentan en una cuestión de salud como son las lesiones o dolencias que impiden a un deportista profesional participar del entrenamiento y, por ende, de la competición de la que forme parte. Y, ¿en cuanto a la sanción? ¿Deberá ser dicha sanción de carácter deportivo o disciplinario?

Teniendo en cuenta el contexto singular del deporte y que en algunas competiciones como, por ejemplo, la competición futbolística, son relativamente comunes las sanciones deportivas o reglamentarias como una tarjeta roja o la acumulación de cinco tarjetas amarillas que impiden participar en el siguiente partido, los deportistas que se encuentren en ese caso deberán seguir formando parte de los entrenamientos y actividades preparatorias del grupo.

Y sobre el alcance de la ocupación efectiva debe acudir a los términos utilizados por el artículo 7.4: entrenamientos y demás actividades instrumentales o preparatorias. Ahí está la clave de la amplitud⁶⁵ de la ocupación

61 PALOMAR OLMEDA, Alberto y DESCALZO GONZÁLEZ, Antonio: *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional: especial referencia al fútbol*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 83.

62 Según la doctrina del Tribunal Constitucional en la Sentencia 99/1994, de 11 de abril de 1994. Recurso de amparo 797/1990. BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1994. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-1994-11089

63 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 8 de noviembre de 1996 (AS/4287).

64 GERBAUDO, Germán Esteban, «El derecho de ocupación efectiva en contratos de trabajo de futbolistas profesionales» en *Revista Lex Mercatoria*, vol. 23, 2023, pág. 47.

65 Sirvan como referencia: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 27 de enero

efectiva, en cuales son las actividades instrumentales o preparatorias. Básicamente, cuando la norma laboral especial hace referencia a las actividades instrumentales o preparatorias está protegiendo el derecho de los deportistas profesionales a participar en las sesiones técnicas, teóricas, prácticas, físicas o entrenamientos⁶⁶ los cuales sirvan para la preparación⁶⁷ de la competición. Todas estas actividades permiten a los deportistas estar en la forma adecuada⁶⁸ atendiendo a las propias especialidades físicas y técnicas del deporte profesional y la necesidad de práctica y entrenamiento.

No terminan aquí, pues, los derechos de los deportistas profesionales; sí los de carácter individual pero el RDDP vuelve de nuevo a ordenar los derechos, en este caso colectivos, de los profesionales del deporte. Lo hace con dos incisos en el artículo 18 los cuales indican 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»* y que *«no procederá la suspensión del contrato por razones de representación sindical, salvo acuerdo entre el deportista afectado y el club o entidad deportiva»*.

Atendiendo a la literalidad de ambos apartados del precepto se desprende que los deportistas profesionales tendrán reconocidos, en tanto que trabajadores, el ejercicio de los derechos sindicales⁶⁹ establecidos en la Ley Orgánica de Libertad Sindical⁷⁰ (LOLS) y en el artículo 28 de la CE. Nuevamente, el RDDP realiza una remisión a los convenios colectivos y, en consecuencia,

de 1990 (RJ/223): *«la privación al trabajador de la prestación de los servicios que puede comportar la exclusión del deportista respecto de los entrenamientos y otras actividades preparatorias para el ejercicio de la actividad deportiva y de la retribución correspondiente solo puede darse por razones disciplinarias»* y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 26 de noviembre de 1998 (Rec. núm. 989/1998): *«la decisión empresarial de apartar al deportista de los entrenamientos de la plantilla sin existir previa sanción que castigue su actitud o incumplimiento contractuales, constituye una infracción que crea una situación de menoscabo profesional y origina un perjuicio a su formación profesional»*.

66 Por todas: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 9 de junio de 2004 (Rec. núm. 906/2004).

67 SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio y GUERRERO OSTOLAZA, Antonio: *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 70.

68 *«Participar en 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»* así lo indica SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: *«Viejos y nuevos interrogantes sobre el contrato laboral de futbolistas»* en *Novedades laborales en el fútbol profesional*, obra colectiva, director/coordinador, Sergio González García, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 22.

69 PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS, Fulgencio: *Los derechos comunes del deportista profesional*, Reus, Madrid, 2016, págs. 348 y ss.

70 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. BOE núm. 189, de 8 de agosto de 1985. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-16660>

es pertinente analizar los convenios colectivos más significativos en la esfera deportiva.

El convenio colectivo del fútbol profesional dedica el capítulo quinto, que lo componen dos artículos, a los derechos y libertades de los futbolistas. El artículo cuarenta se encarga de regular los derechos sindicales en el sentido del reconocimiento al ejercicio de los mismos, como no podría ser de otra manera. Así *«los futbolistas profesionales tendrán derecho a desarrollar, en el seno de los Clubes/SADs a que pertenezcan, la actividad sindical reconocida por la legislación vigente en la materia»* y los propios deportistas *«podrán constituir secciones sindicales»*. Por el contrario, no cuenta con una regulación específica de los derechos sindicales el convenio colectivo del fútbol profesional.

Tanto el convenio del balonmano como el del ciclismo profesional dedican el mismo capítulo que el del fútbol, donde regulan tanto el derecho a la libertad de expresión como los derechos sindicales. Además, lo hacen en el mismo sentido de contemplar el desarrollo de la actividad sindical reconocida por la legislación vigente.

En suma, el conjunto de derechos tanto de ejercicio individual como colectivo de los que gozan los deportistas profesionales, aun siendo objeto de regulación laboral especial, son aplicables tanto a su condición de trabajadores para un empleador, es decir, para el club o entidad deportiva, y también por su especial consideración como deportistas profesionales. En este aspecto, los derechos laborales deportivos permiten a los deportistas profesionales contar con una protección adecuada y con las garantías de libertad y respeto en el ejercicio de su profesión y en la defensa de sus derechos.

4. Conflictos entre disciplina interna y derechos fundamentales

Como se ha señalado con anterioridad, los deportistas profesionales están bajo el paraguas, principalmente, de dos tipos de normas: las de derecho deportivo y las de naturaleza laboral. En este epígrafe viene de nuevo a colación esa dualidad normativa, ya que la disciplina interna se manifiesta también en dos sentidos: en el sometimiento a las normas federativas en tanto que participantes en una competición, ya sea de forma individual o bien como integrantes de equipos o clubes; y en la inclusión del deportista en el círculo rector y organicista del empleador.

Por tanto, la disciplina interna y los derechos fundamentales están intrínsecamente relacionados y deben ser, no solo respetados, también promovidos por el conjunto del marco legal que rige en el deporte profesional. De modo que a nivel comunitario es imprescindible que los deportistas profesionales gocen de la misma capacidad del conjunto de ciudadanía y trabajadores de libre circulación y establecimiento, tal y como estipula el artículo

45 del TFUE⁷¹. También, el club o entidad deportiva protegerá los derechos fundamentales de libertad de expresión y derecho al honor de cualquier deportista. La doble disciplina interna a la que están sujetos los deportistas profesionales se fundamenta en los reglamentos federativos que rigen las competiciones y en la normativa interna del club o entidad deportiva de régimen de comportamiento interno.

En, prácticamente, cualquier análisis sobre derechos de los deportistas profesionales es necesario hacer referencia a una resolución que cambió el curso del deporte y que, realmente, supuso un antes y un después en las garantías y libertades de los deportistas: el caso Bosman. Esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) de 15 de diciembre de 1995 fue bautizada con el apellido de un futbolista profesional que puso en jaque el reglamento de traspasos de la federación de fútbol comunitaria, la UEFA.

Esta normativa federativa comunitaria establecía limitaciones en cuanto al número de futbolistas profesionales extranjeros que podían formar parte de un equipo, así como el cobro por parte de los clubes por el traspaso de jugadores que ya habían finalizado su contrato laboral y deportivo con el club de origen. En el litigio, Bosman, de nacionalidad belga, impugna dicho reglamento al considerar contrario al principio de libre circulación de personas y trabajadores en la Unión Europea. La UEFA no podía aplicar a futbolistas nacionales de un estado miembro la limitación de integrantes extranjeros en un equipo de fútbol.

La resolución del Tribunal Europeo con sede en Luxemburgo fue la punta de lanza para un cambio de paradigma sin precedentes en el fútbol⁷² (y deporte, en general) europeo. Así, todos los deportistas nacionales de un estado miembro podrían formar parte, sin contar para el límite de participantes extranjeros, de cualquier club, lo que supuso un significativo aumento de jugadores comunitarios en otros países de la UE. El fundamenta la decisión de anular los preceptos del reglamento federativo de traspasos de jugadores que considera como extranjeros a deportistas nacionales de la UE en otros estados miembros en que los ciudadanos de cualquier estado de la UE *«disfrutan, en particular, del derecho, derivado directamente del Tratado, de abandonar su país de origen para desplazarse al territorio de otro Estado Miembro y permanecer en éste con el fin de ejercer allí una actividad económica»* por cuanto disposiciones que impidan o disuadan el ejercicio de tal derecho supondrán una vulneración a la normativa fundacional de la UE.

71 Artículo 45.2 TFUE: *«la libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo».*

72 ADRIÁN ARNÁIZ, Antonio Javier, «Entre el pasado y el futuro de la libre circulación de personas: la Sentencia Bosman del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas» en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 16, 1997, págs. 55 y ss.

De este modo, la disciplina interna federativa a la que tenían que estar sometidos, en este caso, los futbolistas profesionales con anterioridad a la sentencia Bosman, era manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico comunitario. Debía prevalecer, como resulta lógico, la normativa europea por encima de las reglamentaciones internas de la UEFA.

Por otro lado, y en su condición de trabajadores deportistas, el conjunto de profesionales del deporte está sometido a una potestad disciplinaria⁷³ o disciplina interna, como en cualquier relación laboral por cuenta ajena. Se puede, más o menos, intuir, que el deporte profesional en tanto que sector mediatizado y con mucha repercusión en medios de comunicación y redes sociales, el derecho fundamental a la libertad de expresión se erige en el principal conflicto entre la propia disciplina interna y el ejercicio del derecho.

La colisión⁷⁴ por tanto de la disciplina interna federativa, esto es, de los estatutos, reglamentos y demás normativas emanadas de las federaciones deportivas, con los derechos fundamentales de los deportistas profesionales debe suscitarse atendiendo, en primer lugar, a la normativa general del Deporte y, posteriormente, en el régimen disciplinario de las federaciones.

En el artículo 104 de la LD relativo a las infracciones muy graves se estipula que «los actos notorios y públicos que atenten a la dignidad o decoro deportivos» constituyen infracciones de tal calado, por lo que, de algún modo, está delimitando el derecho a la libertad de expresión en el ámbito del deporte. Siguiendo la dinámica de anteriores epígrafes, los reglamentos o códigos disciplinarios de las principales prácticas deportivas van a determinar el alcance del conflicto entre disciplina o normativa interna y el principal derecho fundamental de los deportistas profesionales, el de libertad de expresión.

Así, si acudimos al código disciplinario de la Real Federación Española de Fútbol⁷⁵ (RFEF) existen varias referencias a las limitaciones del derecho a la libertad de expresión en los artículos 69, 71, 74 y 106 entre los que destacan manifestaciones como amenazas, apología del racismo o trato vejatorio, calificadas como infracciones muy graves. Como infracciones graves, realiza una mención expresa a la protección del colectivo arbitral de la siguiente forma:

73 ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, Camino: «La posición jurídica (derechos y deberes) del futbolista profesional» en *Novedades laborales en el fútbol profesional*, obra colectiva, director/coordinador, Sergio González García, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 97.

74 Véase, en este sentido, «la precisión del ámbito digno de protección, principalmente valorando su carácter limitado, pues, aun cuando existen derechos fundamentales y con especial tutela, su defensa puede colisionar con otros derechos con idéntica protección constitucional y consideración» de LA IGLESIA PRADOS, Eduardo, «La colisión entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información en el deporte» en *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 45, 2024, pág. 155.

75 Disponible en <https://rfef.es/sites/default/files/2024-04/Código%20Disciplinario%20edición%20julio%202022.pdf>

«la realización por parte de cualquier persona sujeta a disciplina deportiva de declaraciones a través de cualquier medio mediante las que se cuestione la honradez e imparcialidad de cualquier miembro del colectivo arbitral o de los órganos de la RFEF; así como las declaraciones que supongan una desaprobarción de la actividad de cualquier miembro de los colectivos mencionados cuando se efectúen con menosprecio o cuando se emplee un lenguaje ofensivo, insultante, humillante o malsonante, serán sancionadas».

En cambio, el reglamento disciplinario de la Federación Española de Baloncesto (FEB) califica entre muy graves y leves infracciones de esta índole, si bien realizando distinción dependiendo de la intensidad de estas. En este sentido, sitúa como infracciones leves *«las manifestaciones públicas contrastadas que descalifiquen la actuación de Jugadores, Entrenadores, Árbitros, Directivos, Clubes y demás autoridades deportivas en el ejercicio de sus funciones, así como a la propia competición y a los órganos federativos que intervienen en su organización»*, como infracciones graves *«los actos notorios y públicos que atenten a la dignidad o decoro deportivos»* y considera infracciones muy graves *«los actos notorios y públicos de carácter racista, xenófobo o intolerante cuando revistan una especial trascendencia o atenten a la dignidad, decoro o ética deportiva»*.

También considera como muy grave el código disciplinario de la Federación Española de Balonmano la infracción anterior, sin embargo, el reglamento disciplinario de la Federación Española de Ciclismo incluye *«los actos notorios y públicos que atenten al decoro o dignidad deportiva»* como infracciones graves.

Una vez determinado el marco legal general y deportivo aplicable al conflicto entre disciplina interna y derechos fundamentales, podría observarse cómo colisionan, en la práctica, la arquitectura jurídica federativa y el derecho a la libertad de expresión. Existen numerosos ejemplos y casuísticas distintas de las cuales se pueden extraer también conclusiones interesantes.

Tal y como se ha visto con anterioridad, cualquier deportista, en tanto que ciudadano, puede expresar libremente sus opiniones e ideas a través de manifestaciones públicas, eso sí, con el límite del respeto a la dignidad de las personas. Para ello, el Tribunal Constitucional (TC)⁷⁶ establece un triple juicio para valorar la amplitud del derecho a la libertad de expresión en la disciplina laboral.

En un primer término, el juicio de adecuación, cuya principal finalidad es determinar si las manifestaciones realizadas por el trabajador o, en este caso, deportista, encaja dentro de la naturaleza de la actividad empresarial o, por el contrario, en nada guarda relación con el desempeño de la actividad. Por otro lado, el juicio de indispensabilidad, que entra a examinar por la nece-

76 Sentencias del Tribunal Constitucional 99/1994, de 11 de abril, (BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1994) y 6/1995 de 10 de enero (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 1995).

sidad de limitar el derecho a la libertad de expresión para el cumplimiento indispensable del objetivo, no existiendo alternativa posible. Y, por último, el tercer juicio es el de proporcionalidad, esto es, la ponderación de las circunstancias e intereses en juego atendiendo también las posibles consecuencias negativas de las declaraciones públicas de los deportistas.

Con estos mimbres, las situaciones particulares que se han dado en la práctica han tenido que ser solventadas siguiendo los criterios y juicios que determinó, en su día, el TC. Uno de los ejemplos más ilustrativos que se han dado en el mundo del deporte fue la Sentencia del TC de 1995⁷⁷ acerca de un jugador de fútbol que declaró en dos diarios locales su disconformidad con el trato que estaba recibiendo del club respecto de su situación contractual. Dicho deportista fue sancionado por parte de su club con el pago de una multa dineraria que el tribunal rebajó considerablemente al interpretar que las declaraciones del deportista no comprometían ningún interés del empresario para el normal desarrollo de su actividad, habiéndose, por tanto, excedido los límites razonables del ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Pero, todavía debe responderse otra cuestión más: ¿y si una deportista critica públicamente a otros servicios o trabajadores del club? Bien, en el año 2017 se dio la circunstancia de que un jugador de baloncesto que estaba recuperándose de una lesión publicó en redes sociales su descontento con los servicios médicos oficiales del club. Como respuesta, el empleador despidió al jugador de baloncesto mediante despido objetivo que, posteriormente, se declaró nulo por parte del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁷⁸ arguyendo que *«el contenido del mensaje colgado en la red social por el demandante estaba amparado por los derechos fundamentales de expresión y de libre comunicación»*.

Entendiendo que el deporte no difiere del resto de relaciones laborales del mercado de trabajo en este aspecto, se impone también por parte de la legislación y de la jurisprudencia y doctrina judicial una interpretación restrictiva de la limitación, *ergo* también de las medidas sancionadoras, del derecho a la libertad de expresión por parte de los deportistas profesionales.

5. Jurisprudencia relevante y conflictos laborales frecuentes

Suelen asociarse los dos aspectos que ocupan el título de este quinto epígrafe y es que las vicisitudes laborales que se dan con cierta frecuencia llevan aparejadas resoluciones judiciales de sumo interés que sientan

77 Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1995 de 10 de enero (BOE núm. 36, de 11 de febrero de 1995).

78 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, núm. 4121/2019, de 9 de septiembre.

jurisprudencia aplicable para casos análogos. Ese es el caso de los conflictos laborales que se desprenden de la vulneración de dos derechos: el de libertad sindical y no discriminación por razón de sexo y el de ocupación efectiva. A los dos supuestos anteriores, se les deben añadir los casos de despido por disminución continuada y voluntaria del rendimiento, una casuística que, de normal, ya suele suscitar polémica, pues más aún en el deporte por su propia particularidad.

En el año 2022, se dio un conflicto en torno al fondo fin de carrera⁷⁹ destinado a los futbolistas profesionales que finalizan su carrera profesional por parte de la Asociación de Futbolistas Españoles (AFE) desde el año 2016. En el citado año, 2022, la controversia surge a raíz de la calificación por parte del Consejo Superior de Deportes (CSD) de la competición futbolística femenina como profesional, por lo que la AFE decidió también dotar al fútbol femenino profesional con los fondos fin de carrera.

La disputa radica, principalmente, en los requisitos que establece la AFE en el reglamento de los fondos de carrera⁸⁰ que manifiesta una clara diferencia entre el fútbol masculino y el femenino. El artículo 3, relativo a los requisitos de los asegurados en el fondo de carrera, indica que *«podrán solicitar y tener la condición de asegurado/a del Fondo Fin de Carrera aquellos/as futbolistas que reúnan alguno de los siguientes requisitos en la temporada solicitada: I. Aquellos futbolistas que pertenezcan a equipos que compitan en la Primera División, Segunda División, Primera Federación y Segunda Federación de las competiciones españolas de fútbol masculino. II. Aquellas afiliadas que jueguen en la Primera División de la competición española de fútbol femenino»*. Si atendemos a los dos primeros incisos de este precepto, puede observarse que para percibir los fondos fin de carrera en el fútbol masculino no es necesario tener la condición de afiliado al sindicato AFE. En cambio, cuando se refiere al fútbol femenino sí que menciona expresamente a las afiliadas.

79 Al respecto de los fondos fin de carrera: *«en cumplimiento del acuerdo al que llegó con LALIGA en la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, AFE recibe desde 2016 parte del 0,5% de los ingresos obtenidos por la explotación comercial conjunta de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas para destinarlos, exclusivamente, a actividades del sindicato a favor de los futbolistas. Además de la formación, la promoción profesional, la protección de la salud o el Fondo de Emergencia para atender a futbolistas en situación de necesidad, el acuerdo estableció que los ingresos recibidos por los sindicatos se debían destinar, a criterio propio, para mejorar la situación de los futbolistas profesionales a la finalización de su carrera deportiva. Por este motivo, desde AFE se creó el Reglamento del Fondo Fin de Carrera para gestionar las aportaciones procedentes del 0,5% destinadas a futbolistas de Primera División Masculina, Segunda División Masculina, Primera RFEF y Segunda RFEF»*. Disponible en <https://afe-futbol.com/futbol-femenino/tribunal-supremo-avala-fondo-fin-de-carrera-afe-emprendio-garantizar-futuro-jugadoras/>

80 Disponible en <https://afe-futbol.com/wp-content/uploads/2025/05/REGLAMENTO-FONDO-FIN-DE-CARRERA-24-25.pdf>

El sindicato mayoritario femenino FUTPRO interpuso ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (AN) una demanda por vulneración de los derechos fundamentales a la libertad sindical y a la no discriminación por razón de sexo. De sumo interés son tanto la resolución de la AN como la posterior sentencia de casación del Tribunal Supremo (TS). La Sala de lo Social de la AN estima totalmente la demanda interpuesta⁸¹ asumiendo la vulneración de ambos derechos.

El derecho a la libertad sindical se ve lesionado, según la AN, por *«restringir un beneficio que financia la organización patronal del sector a quienes acreditan afiliación a determinado sindicato (con exclusión de quienes optan por o pertenecer a ninguno o por incorporarse a otro) constituye un supuesto claro de desigualdad proscrita por nuestro marco protector de la libertad sindical»*. La discriminación por razón de sexo, además, directa, a juicio de la AN, viene determinada por la vulneración del artículo 14 de la CE debido a que *«la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable»*.

Una vez conocida dicha resolución judicial, el sindicato AFE, hacedor del reglamento que se cuestiona, interpuso recurso de casación ante la Sala IV del Tribunal Supremo. El TS en su sentencia⁸² tiene en cuenta tres circunstancias para revocar la sentencia de la AN, que son las siguientes: la primera de ellas es que *«parece lógico concluir que cada sindicato, una vez aplicada la distribución de la cantidad global en atención a la representatividad, podría establecer como beneficiarios a sus propios afiliados y a los futbolistas no afiliados, pero no a los que están afiliados en otro sindicato en el que deberán disfrutar de las prestaciones establecidas por su propio sindicato»*; la segunda, tiene que ver con la calificación de profesional de la competición femenina y con los derechos de comercialización de dicha competición, teniendo los sindicatos que darle un *«destino finalista»* a las cantidades percibidas tal y como prevé el acuerdo de fin de huelga de 2015; y, en tercer y último lugar, el TS fundamenta su ulterior decisión en que *«a fin de evitar cualquier atisbo de vulneración del derecho a la libertad sindical o a la vulneración del principio de igualdad por razón de sexo (...) se reforma el reglamento de forma que tales prestaciones correrán a cargo, exclusivamente, de los fondos propios de AFE y no de los fondos recibidos de la cantidad correspondiente a los derechos audiovisuales que les entrega la LFP»*.

Así, en palabras del propio tribunal *«la conjunción de las tres circunstancias descritas conlleva, a juicio de la Sala, que ni concurren indicios de vul-*

81 El análisis de la resolución al completo: ROJO TORRECILLA, Eduardo, «Las futbolistas profesionales y sus derechos de libertad sindical y de no discriminación por razón de sexo» en *Revista de Jurisprudencia laboral*, núm. 10, 2022.

82 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 740/2025, de 18 de febrero.

neración de la libertad sindical, ni pueda entenderse que la redacción del reglamento del fondo fin de carrera de AFE y su aplicación práctica carezcan de una justificación objetiva y razonable». Sin duda, una interpretación, esta última, no exenta de crítica y que establece una diferenciación entre el fútbol profesional masculino y femenino, aún y habiendo sido declarada, dicha cláusula del reglamento de los fondos fin de carrera, válida por parte del Tribunal Supremo.

No en materia de discriminación por razón de sexo, pero sí de alcance del derecho a la libertad sindical en el deporte (fútbol) profesional, había tenido ocasión de pronunciarse ya en 2020⁸³ la misma Sala Cuarta del TS ante un recurso de casación interpuesto también a una Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional⁸⁴ por lo que, tal y como reza el título del epígrafe, efectivamente, podría considerarse como un conflicto laboral frecuente.

Si el derecho a la libertad sindical puede ser considerado como un conflicto laboral frecuente, el derecho a la ocupación efectiva, en particular en el deporte profesional, podría afirmarse que, por su relevancia y significación, es el conflicto laboral por antonomasia. Numerosos son los casos en los que deportistas profesionales de diferentes modalidades han podido ver vulnerado su derecho a participar en esas actividades instrumentales y preparatorias en las que deben participar en tanto que miembros de un club o de una entidad deportiva. Del mismo modo, jueces y tribunales también han tenido un papel fundamental en la delimitación del derecho a la ocupación efectiva a través de sus distintas resoluciones judiciales.

Como se ha visto en epígrafes anteriores de este estudio, la falta de ocupación efectiva en el deporte es más grave que en otros ámbitos de la vida laboral puesto que debe tenerse en cuenta la fugacidad que caracteriza la carrera deportiva⁸⁵ y la incidencia en esta de períodos de inactividad física y técnica.

Especialmente interesante es aquella decisión del club o entidad que trasciende la esfera deportiva o técnica como es la falta de tramitación de la correspondiente y necesaria licencia federativa de un deportista. Es, por tanto, ¿una vulneración del derecho a la ocupación efectiva del deportista profesional? El Tribunal Supremo⁸⁶ aclara que, si el deportista cuenta con la habilitación jurídica suficiente para participar en competiciones oficiales, es

83 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 70/2020, de 8 de enero de 2020.

84 Sentencia de la Audiencia Nacional, núm. 3063/2018, de 16 de julio de 2018.

85 CONDE COLMENERO, Pilar, «Inexistencia de límites a la edad de permanencia en el deporte profesional: la polémica sobre la duración de la "carrera" deportiva y la incapacidad permanente. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de diciembre de 2016, rec. núm. 535/2015» en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 412, 2017, pág. 123. <https://doi.org/10.51302/rtss.2017.1814>

86 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, núm. 238/2008, de 28 de abril de 2010.

decir, con la obligatoria licencia federativa pero no participa habitualmente de la competición por una decisión técnica, tal circunstancia no lesiona el derecho a la ocupación efectiva.

Ahora bien, lo que sucede cuando la imposibilidad de participar en competiciones oficiales no tiene origen en una decisión técnica, 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, el cual es tramitar y estar de alta en la licencia federativa, tal omisión empresarial supone privar a un deportista profesional del derecho a ejercer normalmente su profesión»* y, por ende, vulnerar el derecho a la ocupación efectiva de tal deportista por, en palabras del TS, *«privarle de toda expectativa a participar en las competiciones oficiales»*.

Además de este conflicto laboral relacionado con la tramitación o no de la necesaria licencia federativa en el deporte, existen dos situaciones que los clubes, entidades deportivas o empleadores fuerzan para conseguir sus objetivos: apartar al deportista de los entrenamientos y sesiones preparatorias para o bien conseguir una renovación contractual o para que pida la baja voluntaria del club renunciando a su contrato⁸⁷.

Así las cosas, no cabe por parte de un club incluir a un deportista en el grupo de los que, por una decisión técnica, no cuentan para el entrenador como una medida de presión para que se marche del equipo⁸⁸ o bien para que renueve su contrato⁸⁹.

En definitiva, los conflictos laborales más frecuentes en el deporte profesional están bien detectados. No obstante, lo que podría considerarse como malas praxis en cuanto a la limitación del derecho a la libertad sindical, o a la libertad de expresión, así como a la vulneración de la ocupación efectiva, continúan siendo relativamente comunes en el día a día. Para ello las resoluciones judiciales, en forma de doctrina judicial o de jurisprudencia, arrojan luz y permiten clarificar también casuísticas particulares.

Veremos, por tanto, si en el futuro próximo se plantea alguna reforma legislativa con la finalidad de resolver o esclarecer posibles conflictos interpretativos, aunque pudiera aventurarse que las desavenencias entre depor-

87 Ejemplos: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 18 de junio de 1999 (Rec. núm 399/1999) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 14 de mayo de 2004 (Rec. núm. 639/2004).

88 Muy conocido 'el caso Albelda' donde el entrenador apartó a varios jugadores como medida de presión: «Koeman se carga a Cañizares y Albelda». *Diario El País*, 19 de diciembre de 2007. Disponible en https://elpais.com/diario/2007/12/19/deportes/1198018802_850215.html y tuvo repercusión en el ámbito jurisdiccional también a través de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 13 de Valencia, 79/2008, autos núm. 10 de 2008.

89 «Un pulso que a veces sale y otras acaba con el futbolista en la grada». *Diario digital Relevo*, 22 de agosto de 2024. Disponible en <https://www.relevo.com/futbol/mercado-fichajes/pulso-sale-acaba-futbolista-grada-duro-20240822061435-nt.html>

tistas y sus clubes continuarán dándose casi en los mismos términos que hasta ahora.

6. Consideraciones finales

El análisis del estatuto jurídico-laboral de las personas deportistas profesionales confirma que su posición se encuentra a medio camino entre la autonomía técnica fruto de su especialidad y la subordinación organizativa a su club, entidad deportiva o empleador. La especificidad de la actividad con un alto nivel de exigencia física y sometida a calendarios y reglamentos de competición no desdibuja, sino que revela con mayor nitidez, los rasgos clásicos de una relación laboral por cuenta ajena: ajenidad, dependencia e inserción en el círculo rector y organicista del club o entidad. Desde esta perspectiva, la dualidad normativa resulta clave en el análisis del ordenamiento jurídico-laboral aplicable al deporte profesional: el Derecho deportivo (general y especial) y el Derecho del trabajo (en régimen especial RD 1006/1985, con supletoriedad del ET y despliegue de la negociación colectiva). La convivencia de ambas normativas dota de mayor especialidad aún si cabe al ámbito deportivo.

En el plano constitucional y comunitario, la centralidad de los derechos fundamentales opera como límite externo y como parámetro de interpretación de las reglas federativas y de las potestades empresariales. No se trata de injertar, sin más, categorías del empleo ordinario, sino de calibrarlas a la luz de la especialidad deportiva sin erosionar su contenido esencial. La experiencia comparada y la jurisprudencia europea (símbolo de ello es el caso Bosman relativo a la libre circulación y el caso Diarra⁹⁰ más recientemente) evidencian que los regímenes federativos no pueden actuar como cerrojo frente a libertades públicas fundamentales.

El marco interno confirma esa orientación. La Ley del Deporte de 2022, al tiempo que reconoce la profesionalidad tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, proyecta una definición amplia de deportista profesional que, en la práctica, ensancha el espectro de la laboralidad del deporte en general, y no solo del profesional, en particular. El resultado es ambivalente: por un lado, facilita la extensión de estándares de protección social a colectivos en proceso de profesionalización (técnicos auxiliares, e incluso arbitraje); por otro, introduce zonas grises en la delimitación entre salario y mera compensación de gastos (amateurismo marrón), y en la calificación de modalidades y categorías competitivas. El sistema, así, adolece de claridad que desplaza la

90 MARTÍN RODRÍGUEZ, Gabriel, «Libre circulación de personas y normas de derecho de la competencia de la unión europea en el deporte: especial referencia a la sentencia TJUE FIFA C. L. Diarra (ASUNTO C-650/22)» en *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 72, núm. 2, 2024, págs. 451-476.

carga de la concreción a la negociación colectiva y a la doctrina judicial, con la consiguiente litigiosidad.

Sobre este telón de fondo, los derechos individuales y colectivos del artículo 7 y 18 del RD 1006/1985 operan como el elemento central laboral del deportista: libertad de expresión con límites justificados por razones estrictamente deportivas; derechos de imagen como dimensión retributiva de creciente relevancia económica; y, de forma muy característica, el derecho a la ocupación efectiva, cuyo alcance (entrenamientos y demás actividades instrumentales o preparatorias) ha sido objeto de una discusión judicial intensa.

En todos estos frentes la negociación colectiva sectorial cumple un papel de concreción indispensable. No obstante, se detecta una asimetría: mientras que en derechos de imagen el detalle convencional ha avanzado (configuración salarial, pactos individuales, límites de cesión), en libertad de expresión los textos tienden a fórmulas genéricas como *«respeto a la ley y a los demás»* que, si bien prudentes, ofrecen escasa claridad normativa en orden a prevenir conflictos y ulteriores controversias judiciales.

La conflictividad más frecuente confirma dónde se sitúan las costuras del sistema. De un lado, la colisión entre disciplina interna (federativa y empresarial) y libertades del deportista, en especial, la de expresión, obliga a aplicar juicios de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad que impiden convertir el código disciplinario en un mecanismo de censura preventiva o de represalia frente a críticas legítimas.

De otro, la ocupación efectiva actúa como dique frente a prácticas de marginación deportiva como apartar de sesiones, negar actividades preparatorias, omitir trámites indispensables como la licencia federativa que, en un empleo de carrera corta, producen un deterioro acelerado e irreparable de la empleabilidad deportiva. La línea doctrinal que distingue la mera decisión técnica (no alineación competitiva pese a disponer de habilitación jurídica en forma de licencia) de la privación jurídica de la posibilidad de competir (no tramitación de la licencia) ofrece un criterio razonable y exportable a otros supuestos: no toda opción deportiva del club vulnera el derecho, pero ninguna estrategia empresarial puede vaciarlo de contenido para cumplir algunos objetivos como la renovación de contrato o la decisión de marcharse del club por parte del deportista.

En el plano colectivo, los litigios sobre libertad sindical y no discriminación han mostrado que la configuración del sistema de ejercicio de derechos colectivos debe diseñarse con neutralidad sindical y sensibilidad de género, aunque la interpretación del Tribunal Supremo deje abierta la posibilidad de limitar a los afiliados los beneficios de dichos fondos. El objetivo legítimo de canalizar recursos y asegurar destinos finalistas no habilita, por sí mismo, reglas que produzcan efectos selectivos injustificados; y, cuando el sistema convive con múltiples sindicatos representativos y competiciones con ritmos de profesionalización distintos, el diseño institucional requiere una configuración cuidadosa para evitar tratamientos adversos encubiertos.

De este recorrido se desprenden varias lecciones normativas, y ahí las consideraciones finales. Primera, urge una reformulación del RDDP que, sin desnaturalizar la especialidad, ajuste definiciones y ámbito de aplicación, clarifique el conjunto de derechos y deberes y armonice su interacción con la ya no tan nueva Ley del Deporte de 2022.

Segunda, la negociación colectiva ha de evolucionar desde cláusulas marco a protocolos operativos. En cuanto a la libertad de expresión, conviene pasar del enunciado genérico a supuestos mucho más acotados: pautas de comunicación institucional, distinción entre crítica deportiva y descalificación personal, cauces internos de disenso y garantías de no represalia. En ocupación efectiva, los convenios pueden definir matrices de actividades mínimas por fases (pretemporada, competición, lesión), reglas de readaptación clínica y límites a filiales o a entrenamientos diferenciados que, bajo apariencia técnica, funcionen como sanciones encubiertas.

La tercera cuestión es que la gobernanza federativa ha de reforzar la compatibilidad de sus códigos disciplinarios con los estándares constitucionales y europeos. Ello implica tipificaciones proporcionadas, graduación de sanciones y cauces eficaces de impugnación con control independiente. En especial, las cláusulas sobre dignidad, decoro u honor deben alejarse de conceptos jurídicos amplios e indeterminados que abran la puerta a controles desmedidos de discurso legítimo, incluyendo el de relevancia pública sobre seguridad, salud o integridad competitiva. La coordinación con autoridades laborales y de competencia, además, deviene imprescindible cuando las reglas federativas inciden en movilidad, contratación o acceso al mercado.

En cuarto lugar, la política pública debe acompañar la profesionalización con itinerarios de protección y conciliación a lo largo de la carrera profesional, corta y limitada, del deportista. La tutela de la salud requiere integrar prevención, evitar la sobrecarga de entrenamiento o del calendario competitivo, protección de datos biométricos y gobernanza clínica con autonomía profesional y transparencia. La igualdad efectiva demanda instrumentos de cierre de brechas retributivas y de oportunidad y la libertad sindical, espacios reales y vinculantes de participación en la definición de calendarios, cargas y protocolos disciplinarios.

Por último, el reto de futuro con la creciente evolución del deporte como sector económico es evidente. La expansión del alcance de la relación especial invita a estudiar con más detalle el estatuto de técnicos deportivos, árbitros y jueces deportivos, también del deporte femenino, y las zonas de frontera con el trabajo deportivo en categorías profesionalizadas.

En suma, el deporte profesional no es una parte extraña o desconocida del Derecho del Trabajo por ser, en algunas ocasiones, una esfera donde las condiciones laborales y económicas son muy elevadas, sino una oportunidad para acometer reformas y regulaciones que puedan ser extrapolables a otras áreas sociales y laborales. Su dualidad normativa, lejos de ser una dificultad

o debilidad, supone, a la misma vez, el reconocimiento de la autonomía técnica y la visibilidad pública del deportista, sin abdicar de las garantías que le corresponden como trabajador.

La clave del éxito está en pasar de un equilibrio inestable, resuelto *ex post* por los tribunales, a un marco previsible, articulado por la ley. Solo así la especialidad deportiva dejará de ser un terreno de excepción para consolidarse como una especialidad de tutela reforzada, acorde con la dignidad profesional de quienes, con su esfuerzo, sostienen el espectáculo, la industria y el valor social del deporte. Para estos últimos, los derechos fundamentales suponen, y deben seguir suponiendo, la piedra angular en la que sostienen sus derechos en tanto que trabajadores por cuenta ajena y deportistas profesionales.

Bibliografía

ADRIÁN ARNÁIZ, ANTONIO JAVIER, «Entre el pasado y el futuro de la libre circulación de personas: la Sentencia Bosman del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas» en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 16, 1997.

BALLESTEROS MOFFA, LUIS ÁNGEL, «La intervención administrativa en materia de dopaje deportivo a la luz de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte» en *Revista de Administración Pública*, núm. 173, 2007.

BASSOLS COMA, MARTÍN, «Justicia deportiva y jurisdicción laboral» en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 2, 1980.

CARDENAL CARRO, MIGUEL, *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*, Cátedra de Estudios e Investigación en Derecho Deportivo, Madrid, 2009.

CAZORLA PRIETO, LUIS MARÍA, «Reflexiones acerca de la pretensión de autonomía científica del Derecho del Deporte» en *Revista española de derecho deportivo*, núm. 1, 1993, págs.

CONDE COLMENERO, PILAR, «Inexistencia de límites a la edad de permanencia en el deporte profesional: la polémica sobre la duración de la «carrera» deportiva y la incapacidad permanente. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de diciembre de 2016, rec. núm. 535/2015» en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 412, 2017, pág. 123. <https://doi.org/10.51302/rtss.2017.1814>

CRESPO PÉREZ, JUAN DE DIOS, «El «caso Bosman»: sus consecuencias» en *Revista General de Derecho*, núm. 622-623, 1996.

FERNÁNDEZ MARRÓN, ITZIAR, «Les polítiques de la Unió Europea en l'àmbit de l'esport» en *Educació social: Revista d'intervenció socioeducativa*, núm. 65, 2017.

- GARCÍA DE PABLOS, FÉLIX**, «Retribuciones de los árbitros de baloncesto» en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 88, 2025.
- GARCÍA RUBIO, MARÍA AMPARO**, «Incursiones de las normas federativas en las relaciones laborales en el deporte» en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 74, 2022.
- GERBAUDO, GERMÁN ESTEBAN**, «El derecho de ocupación efectiva en contratos de trabajo de futbolistas profesionales» en *Revista Lex Mercatoria*, vol. 23, 2023.
- GONZÁLEZ GARCÍA, SERGIO**: *Derecho del deporte global*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pág. 152.
- «Una mirada laboralista a la nueva Ley del Deporte» en *Los briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social: las claves de 2022*, 2022.
- GUILLÉN PAJUELO, ÁNGEL**, «¿Son los árbitros deportistas profesionales? A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STSJM 1789/2024)» en *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 5, núm. 2, 2024. <https://doi.org/10.20318/labos.2024.8743>
- DE LA IGLESIA PRADOS, EDUARDO**, «La colisión entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información en el deporte» en *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 45, 2024.
- KIDD, BRUCE**, «Los derechos humanos en el deporte» en *Apunts. Educació física i esports*, vol. 4, núm. 78, 2004.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, ALBERTO y LÓPEZ LÓPEZ-MENCHERO, JOSÉ LUÍS**, «Repercusión mediática de los medios de comunicación en el mundo del deporte» en *Lecturas: Educación física y deportes*, núm. 163, 2011.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, GABRIEL**, «Libre circulación de personas y normas de derecho de la competencia de la unión europea en el deporte: especial referencia a la sentencia TJUE FIFA C. L. Diarra (ASUNTO C-650/22)» en *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, vol. 72, núm. 2, 2024, págs. 451-476.
- MARTÍNEZ OLMOS, ROQUE**, «El deporte y la cesión de los derechos de imagen: el caso de Juan Carlos Ferrero (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 2024, rec. núm. 544/2023)» en *Crónica Jurídica Hispalense*, núm. 22, 2024.
- MARTÍNEZ PÉREZ, ALFREDO**: *La relación laboral especial del deportista profesional en el siglo XXI. Aspectos contractuales, novedades y tendencias*. La

- respuesta del derecho ante los cambios sociales en el deporte*, Tesis Doctoral, Universidad de Murcia, 2020.
- MONTOTOYA MELGAR, ALFREDO**: *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965.
- ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, CAMINO**: «La posición jurídica (derechos y deberes) del futbolista profesional» en *Novedades laborales en el fútbol profesional*, obra colectiva, director/coordinador, Sergio González García, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 97.
- PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS, FULGENCIO**: *Los derechos comunes del deportista profesional*, Reus, Madrid, 2016.
- PALOMAR OLMEDA, ALBERTO**, «La Ley del Deporte y ¿su desarrollo?» en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 79, 2023.
- PALOMAR OLMEDA, ALBERTO y DESCALZO GONZÁLEZ, ANTONIO**: *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional: especial referencia al fútbol*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 83.
- PALOMAR OLMEDA, ALBERTO y TEROL GÓMEZ, RAMÓN**: «El ordenamiento estatal del deporte» en *Derecho deportivo. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, obra colectiva, coordinadores Palomar Olmeda, Alberto y Pérez González, Carmen, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 132-142.
- PÉREZ ARIAS, JUAN CARLOS**, «El deporte profesionalizado en el anteproyecto de Ley del Deporte de 1 de febrero de 2019» en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 69, 2020.
- PÉREZ GUERRERO, MARÍA LUISA**, «Igualdad salarial y Deporte: la renuncia a un principio básico del ordenamiento jurídico laboral» en *Revista Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 7, 2023, págs. 203-218. <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2023.i7.08>
- PRIETO FETIVA, CAMILO HUMBERTO y VARGAS CHAVES, IVÁN**, «Los derechos de imagen en el entretenimiento deportivo: entre la protección de la imagen del deportista y la propiedad intelectual dentro de la libertad de empresa» en *Retos. Nuevas tendencias en educación física, deportes y recreación*, vol. 62, 2025, pág. 86. <https://doi.org/10.47197/retos.v62.108824>
- RODRÍGUEZ TEN, JAVIER**, «La posible consideración de los jueces o árbitros como deportistas de alto nivel, con especial referencia al ámbito andaluz» en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 4.
- ROJO TORRECILLA, EDUARDO**, «Notas sobre el contenido laboral de la nueva Ley del Deporte» en *Una mirada crítica y abierta a las nuevas realidades laborales*, 1 de enero de 2023.

«Las futbolistas profesionales y sus derechos de libertad sindical y de no discriminación por razón de sexo» en *Revista de Jurisprudencia laboral*, núm. 10, 2022.

ROQUETA BUJ, REMEDIOS: *Los deportistas profesionales. Régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

Derecho deportivo laboral. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 44 y 45.

«El contenido laboral de la nueva Ley del Deporte» en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 79, 2023.

RUBIO SÁNCHEZ, FRANCISCO, «Naturaleza laboral de la actividad de los entrenadores deportivos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, 30 de enero de 2003» en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 3, 2003.

SAGARDOY BENGOCHEA, JUAN ANTONIO y GUERRERO OSTOLAZA, ANTONIO: *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Civitas, Madrid, 1991.

SALA FRANCO, TOMÁS: *El Trabajo de los Deportistas Profesionales*, Mezquita, Madrid, 1983, pág. 7.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE: «Viejos y nuevos interrogantes sobre el contrato laboral de futbolistas» en *Novedades laborales en el fútbol profesional*, obra colectiva, director/coordinador, Sergio González García, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE y CARDENAL CARRO, MIGUEL, «Contratos laborales y federativos de los entrenadores de fútbol: validez y extinción» en *Revista Andaluza de Derecho Deportivo*, núm. 3.

TRIGUERO MARTÍNEZ, LUIS ÁNGEL, «Controversias resultantes de la inclusión de los deportistas profesionales en el régimen general de la seguridad social» en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 11, 2017.

CAPÍTULO IV

PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN: AUTONOMÍA, CONFIANZA Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

Management employees: autonomy, trust and constitutional rights

Carolina Martínez Moreno

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Oviedo

cmmoreno@uniovi.es

Perfil ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2755-7485>

Resumen: La relación laboral especial del personal de alta dirección es la que se mueve de un modo más claro en la frontera misma del derecho del trabajo, en el territorio de las «zonas grises», aquellas en las que se confunden el contrato de trabajo con otros tipos contractuales a través de los que también se instrumentan prestaciones personales de servicios remunerados. La relevancia de las funciones que tiene encomendadas, la autonomía y responsabilidad con que ejerce sus cometidos, y la especial confianza que fundamenta su relación, condiciona todo su régimen jurídico, y puede comprometer sus derechos básicos.

Palabras clave: relación laboral, alta dirección, confianza, extinción del contrato, blindajes, derechos fundamentales

Abstract: The special employment relationship of senior management personnel is the one that most clearly operates on the very border of labor law, in the territory of "gray areas," those where the employment contract is confused with other types of contracts through which paid personal services are also provided. The importance of the functions entrusted to them, the autonomy and responsibility with which they carry out their duties, and the special trust that underpins their relationship, shape their entire legal framework and can compromise their fundamental rights.

Keywords: Employment relationship, senior management, trust, dismissal, compensation, fundamental rights

1. Definición y requisitos del personal de alta dirección

1.1. Consideración preliminar: el desdibujamiento del vínculo laboral ordinario

Se han cumplido ya cuarenta años desde la promulgación del *RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección* (RDAD)¹, y algo más de treinta desde que estudio a fondo esta singular figura². Tal vez la que, de entre todas las relaciones laborales de carácter especial, se mueve de un modo más claro en la frontera misma del derecho del trabajo, en el territorio de las que tradicionalmente venimos llamando las «zonas grises», aquellas en las que confluyen y se confunden el contrato de trabajo con otros tipos contractuales a través de los que también se instrumentan prestaciones personales de servicios remunerados³.

Para entonces, la delimitación de la categoría del alto directivo frente al trabajador común y el mando intermedio había adquirido ya considerable precisión, al extremo de que el propio concepto legal incorporado al art. 1.2 RDAD no deja de ser un precipitado o sedimento de los criterios judiciales y de la jurisprudencia que ya existía, conformada para separar y excluir del molde contractual laboral a las personas que ejercitaban funciones de «alta dirección, alto gobierno o alto consejo», que las Leyes de Contrato de Trabajo

1 BOE 12 de agosto.

2 MARTÍNEZ MORENO, Carolina, *La relación de trabajo especial de alta dirección*, CES, Madrid, 1994; después vinieron GARCÍA MURCIA, Joaquín y MARTÍNEZ MORENO, Carolina, *El personal de alta dirección: concepto y características*, Tecnos, Madrid, 1995; MARTÍNEZ MORENO, Carolina, «El trabajo de alta dirección: evolución histórica y fuentes de regulación», *Temas Laborales* n.º36, 1995, pp.15-80; MARTÍNEZ MORENO, Carolina, «El personal de alta dirección, una relación especial siempre de actualidad», *REDT* n.º125, 2005, pp.827-853; MARTÍNEZ MORENO, Carolina, «Capítulo V. El personal de alta dirección: concepto y régimen jurídico a partir de la jurisprudencia», en VV.AA. *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*, Tecnos, Madrid, 2015, pp.108 y ss. Y son de cita obligada las obras de LIMÓN LUQUE, Miguel Ángel, *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004; y DE VAL TENA, Ángel Luis, *Los trabajadores directivos de la empresa. Consejeros y Administradores. Personal de Alta Dirección. Empleados Directivos*, 2.ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2010.

3 Por todos, ver MARTÍN VALVERDE, Antonio, «Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º38, 2002, pp.21 y ss.; y CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, «Contratos de actividad no laborales», en *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, García Murcia, Joaquín (dir.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp.83 a 134

de 1931 y 1944 dejaban extramuros de su ámbito de aplicación. Y es justo decir que a esa conformación jurisprudencial de la noción contribuyó de manera decisiva la doctrina del TCT⁴, que de seguido asumió la Sala Cuarta del Tribunal Supremo desde su primera labor interpretativa y aplicativa del RDAD.

Pero ya antes, la *Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales* (LRL)⁵, en su afán ampliador o expansivo del campo de acción de la legislación laboral, fue la que, en su Artículo Tercero, Uno, k) incluyó un elenco de relaciones laborales de carácter especial entre las que ya se encontraba la del personal de alta dirección. Fue justo en ese momento cuando la alta dirección en régimen asalariado quedó segregada o diferenciada de la actividad que se limitara «pura y simplemente», al desempeño del cargo de consejero en las empresas que revistiesen la forma jurídica de sociedad, que permanecía excluida del ámbito laboral conforme disponía el Artículo segundo c) LRL. Con escasos matices en la formulación⁶, esta exclusión se incorpora al texto originario del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (ET)⁷, habiendo pervivido sin cambio alguno hasta el día de hoy en el Texto Refundido del ET (TRET)⁸.

Lo interesante es que, a raíz de este relevante cambio normativo, seguirá surgiendo la necesidad de separación, ahora entre el alto directivo laboral y los administradores y consejeros de las sociedades mercantiles de capital que se dediquen al mero ejercicio del cargo, y siempre que su actividad en la empresa se limite pura y simplemente a la realización de los cometidos propios o inherentes a dicho cargo. Compleja tarea sobre cuya resolución —tal vez aún inconclusa o sometida a revisión— se tratará un poco más adelante⁹. En todo caso, desde principios o mediados de los noventa esa faena en torno a la fijación del concepto y calificación de la naturaleza jurídica de la relación de prestación de servicios en el círculo de la alta dirección y la dirección ejecutiva estaría prácticamente concluida, de manera que los pronunciamientos reseñables posteriores y más recientes se han centrado en discernir, primero, el encuadramiento en la Seguridad Social de los consejeros ejecutivos¹⁰; y, más tarde, en clarificar el carácter de ciertos cargos o

4 Sobre los antecedentes y evolución de la figura, *vid.* MARTÍNEZ MORENO, Carolina, «El trabajo de alta dirección: evolución histórica y fuentes de regulación», *loc. y pp.cit.*

5 BOE 21 de abril.

6 Art.1.3 c) declara excluida del ámbito laboral «La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo».

7 Aprobado por *Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores* (BOE 14 de marzo).

8 Aprobado por el *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores* (BOE 24 de octubre).

9 Ver apartado 1.3.

10 MARTÍNEZ MORENO, Carolina, «El encuadramiento en la Seguridad Social de los socios tra-

relaciones de personas que realizaban funciones directivas en ámbitos singulares, en particular en entidades pertenecientes al sector público, incluso para corregir el uso desviado de la figura en ese mismo sector¹¹; y, en fin, en analizar y dirimir algunos aspectos relativos, sobre todo, al régimen extintivo del contrato y sus efectos económicos.

1.2. Un rápido repaso de los elementos conceptuales de la alta dirección laboral

El ya citado art. 1.2 RDAD hace reposar la noción de trabajador de alta dirección sobre la concurrencia de una tríada de elementos, muy interrelacionados entre sí, o recíprocamente influidos, como enseguida se podrá comprobar. El primero es un elemento funcional, y se refiere al tipo de poderes y facultades atribuidos, y efectivamente desarrollados por el directivo —con independencia del *nomen iuris* atribuido al contrato¹², o del otorgamiento formal de un apoderamiento más o menos amplio—; y gira fundamentalmente alrededor de la relevancia, centralidad o carácter decisivo de esas atribuciones, de la capacidad de influencia en la marcha de la compañía, o de la repercusión de la actuación de la persona en la esfera económica, financiera y patrimonial de la entidad¹³. De tal modo que, funciones de naturaleza estrictamente profesional o técnica, incardinadas en el ciclo productivo empresarial o en su gestión ordinaria, por alta que pueda ser la cualificación exigible para su puesta en práctica o elevado el nivel jerárquico y de responsabilidad en que se desenvuelvan, incluso si conllevan el ejercicio delegado de ciertas facultades directivas o de decisión —en el caso, por ejemplo, de los mandos intermedios—, merecerán la calificación, en su caso, de relaciones laborales de carácter común¹⁴.

El segundo componente del concepto tiene carácter objetivo, y depende del alcance, amplitud o extensión de esos mismos poderes, facultades y atri-

bajadores y administradores en las sociedades mercantiles de capital», *Derecho de los Negocios* n.º 89, 1998, pp.1-12.

- 11 Ver, por todos, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, «Estatuto jurídico del alto directivo laboral. Nuevas perspectivas en el ámbito privado y en el ámbito público», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho del Trabajo* n.º 118, 2015, pp.35 y ss.
- 12 Entre otras muchas, véase la STSJ de Andalucía, sede Sevilla, de 15 de noviembre de 2023 (Rec.374/2020) ECLI:ES:TSJAND:2023:15883.
- 13 Véase de nuevo la STSJ de Andalucía, sede en Sevilla, de 15 de noviembre de 2023 (Rec.374/2020) ECLI:ES:TSJAND:2023:15883.
- 14 Puede verse, por ejemplo, la STSJ, Sala de lo Social, de Murcia, de 7 de junio de 2022 (Rec.1087/2021) ECLI:ES:TSJMU:2022:1444, que con referencia a la muy citada STS de 12 de septiembre de 2014 (Rec.1158/2013) ECLI:ES:TS:2014:4260, incide en el carácter decisivo de la encomienda o capacidad de adopción de decisiones «en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial».

buciones, así como de las materias o vertientes de la actividad y funcionamiento de la empresa sobre los que recaigan, que tendrán que referirse, bien a la generalidad de los objetivos y actividades de la entidad, bien a aspectos, áreas o ámbitos estratégicos de su vida y quehacer, o decisivos para determinar el sentido de su curso, su viabilidad y su porvenir. En su originaria concepción la posición del alto directivo se asimilaba a la del titular mismo de la entidad o del negocio —estatus al que se aludía considerando a aquel con el *alter ego* del empresario—, y su poder se concentraba en una única persona. Sin embargo, con el transcurso del tiempo y la creciente complejidad de las compañías y de las fórmulas de gobierno de las sociedades de capital, junto a la tendencia a la conformación de grupos y grandes corporaciones empresariales, se fue abriendo paso la posibilidad de fragmentación de las facultades de dirección y alta gestión, su segregación o división por sectores o áreas, e incluso por territorios o zonas geográficas¹⁵. De este modo, hoy en día no es extraño encontrar entidades donde la alta dirección de diversifica, y las diversas personas que la ejercen se integran en órganos de dirección colegiados y coordinados, bajo fórmulas como la de comité o consejo de dirección, o estructuras con denominación similar.

Resulta muy ilustrativa, a este respecto, la doctrina que ya acuñara el TCT en relación con los directores de periódicos y medios de comunicación social, contenida en la STCT de 17 de marzo de 1987, referida a un director de un semanario, y que es recogida por la STS 17037/1990, de 30 de enero de 1990 ECLI:ES:TS:1990:17037¹⁶. Tanto el TCT como el TS, y como excepción a la tendencia interpretativa general de la nota del alcance global de las funciones y facultades de los altos directivos, se adjudica dicha calificación a quienes realizan tareas o labores de dirección en un concreto medio de comunicación, en la mayor parte de los casos un periódico. La Sala de lo Social del TS hace, en la sentencia referenciada, un buen repaso de los antecedentes y del relevante cambio del marco normativo que supuso la aprobación del RDAD, para tratar de dirimir si el cargo de director de una publicación periódica semanal resulta subsumible en el concepto de alto directivo. En particular, sobre si es posible calificar como tal a quien no ocupa el «puesto vértice» de la estructura piramidal de la compañía, pero asume «altas funciones directivas en sectores específicos del tráfico empresarial». Para ello, se establece una correspondencia entre la expresión «poderes relativos a los intereses generales de la empresa» con aquellas facultades que puedan «determinar el sentido de la marcha de la empresa de la misma forma que lo haría su titular». Lo que, «dada la complejidad estructural de muchas organizaciones

15 Entre otras muchas, la temprana STS 6209/1991, de 13 de noviembre de 1991 ECLI:ES:TS:1991:6209.

16 Por todos, ver ALONSO GARCÍA, Belén, *El contrato del director de periódico*, Madrid, Tecnos, 1992; y MARTÍNEZ MORENO, Carolina, *La relación de trabajo especial de alta dirección*, cit., p.127.

empresariales» puede ocurrir cuando se toman decisiones «en áreas concretas o en sectores claves de su actividad». Y, en el caso concreto, se resuelve en sentido afirmativo, porque la publicación que el demandante dirigía —la revista *Dinero*— tenía por sí sola la suficiente entidad y autonomía como para que su director, «dotado de amplísimas facultades» e «impregnado de una especial confianza», mereciese el calificativo de «alto cargo».

En cualquier caso, por lo general, si las funciones directivas recaen estrictamente sobre una determinada faceta, segmento o vertiente de la actividad empresarial que no sea la central o decisiva, ello determinará la exclusión del concepto de alta dirección y del correspondiente régimen jurídico¹⁷; que, además, por su carácter excepcional y excluyente del régimen laboral común, ha de ser objeto de una interpretación restrictiva¹⁸.

Valga como muestra de este inveterado criterio la STS de 22 de abril de 1997 (Rec. 3321/1996) ECLI:ES:TS:1997:2795, que niega el carácter especial de la relación existente entre el director de un complejo hotelero y la sociedad o empresa titular de una cadena internacional de establecimientos dedicados a dicha actividad. Se considera que las facultades conferidas al trabajador no se referían a los objetivos generales del conjunto empresarial, limitándose a un área funcional y territorial concreta. O, más recientemente, el caso al que se refiere el ATS de 18 de mayo de 2021 (Rec. 2795/2020) ECLI:ES:TS:2021:6882, que inadmite por falta de identidad de los supuestos comparados el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la STSJ de Madrid, de 19 de junio de 2020 (Rec. 168/2020), que calificó el cese de la demandante como despido improcedente, sobre la base de la consideración de su relación como laboral común. La actora en este caso venía prestando servicios para la Agencia EFE, S.A. como Directora de Desarrollo de Negocio y Relaciones Institucionales de la agencia en Brasil. Este hecho lleva a la Sala de suplicación a considerar que sus funciones no se referían al conjunto de la actividad de la empresa, sino a un aspecto muy concreto y segmentado, y además sin dimensión territorial plena, limitada a un solo país. Por otra parte, para llevar a cabo cualquier contratación necesitaba la autorización de otros responsables de la agencia. Y, por fin, tras su retorno a España, sus funciones consistieron simplemente en asumir la responsabilidad en el área de comu-

17 Se califica como común la relación de un director comercial en la STS de 25 de septiembre de 2003 (Rec.348/2003) ECLI:ES:TS:2003:5725; en la STS de 4 de junio de 1999 (Rec.1972/1998) ECLI:ES:TS:1999:3943 se niega el carácter de alto directivo a un director financiero de un grupo de empresas, por sus limitadas facultades, precisamente en esa área; de igual modo, la STS de 22 de abril de 1997 (Rec.3321/1996) ECLI:ES:TS:1997:2795 negó el carácter especial de la relación de trabajo existente entre el director de un hotel o complejo hotelero y la sociedad o empresa titular de una cadena internacional de establecimientos dedicados a dicha actividad, pues los poderes atribuidos al trabajador no alcanzaban a los objetivos generales del conjunto empresarial, limitándose a un área funcional y territorial concreta.

18 Por todas, la STS de 12 de septiembre de 2014 (Rec.1158/2013) ECLI:ES:TS:2014:4260.

nicación de la empresa. En resumidas cuentas, no podía tratarse de una alta directiva.

Por fin, el tercer factor o rasgo característico de esta relación laboral especial —íntimamente vinculado al anterior— es el relativo al modo en que la persona que pueda merecer la calificación de personal de alta dirección desempeñe sus funciones, y a la posición jerárquica que ocupe respecto de la esfera ejecutiva o de alto gobierno y administración de la compañía¹⁹; y que, conforme textualmente dispone el art. 1.2 RDAD, habrá de consistir en el ejercicio de los poderes y facultades directivas «con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad»²⁰. Esto es, con casi plena libertad de decisión y criterio, salvo por las indicaciones o instrucciones que puedan emanar directamente del titular o de los órganos de gobierno y administración de la compañía o ente de que se trate, encargados del diseño de la política general de la empresa.

Por lo general, ello excluye de la noción de alta dirección a quienes se encuentran sujetos a otros cargos directivos, puesto que, como se acaba de ver, cuando se admite la diversificación por áreas de la alta dirección, las distintas personas que las asumen se suelen integrar en órganos de coordinación, pero no se sujetan a instrucciones de un directivo de posición o rango superior.

Y así, por ejemplo, en la STS de 4 de febrero de 2002 (Rec. 811/2001) ECLI:ES:TS:2002:9580, se califica como alta dirección la relación del gerente de un negocio de restaurante, que tenía conferidos amplios poderes, que le habían sido otorgados directamente por el administrador único de la sociedad limitada. O la STS de 4 de junio de 1999 (Rec. 1972/1998) ECLI:ES:TS:1999:3943, que, siguiendo con toda probabilidad el ya aludido criterio interpretativo restrictivo que inspira la especialidad de la relación y el régimen de «derogaciones» que la misma implica, descarta la calificación como alta dirección de un director financiero de un grupo de empresas. Como en muchas otras ocasiones, se combinan argumentos referidos al alcance objetivo y contenido de las funciones, con los atinentes a su extensión, y al hecho de que las verdaderas facultades de decisión y, sobre todo, disposición patrimonial se residían en los cargos de los consejeros delegados, jerárquicamente situados por encima del demandante, desprovisto de cualquier poder relevante en esa decisiva esfera. Por razones, similares, la STSJ de Asturias,

19 Por todos, ver DE VAL TENA, Ángel Luis, *Los trabajadores directivos de la empresa... cit.*, pp.146 y ss.

20 Entre otras muchas, es particularmente clara la STS de 18 de diciembre de 2000 (Rec.923/2000) ECLI:ES:TS:2000:9328, porque, aunque desestima el recurso sin entrar en el fondo por falta del presupuesto de la contradicción, resume con enorme claridad ese patrón sobre los elementos conceptuales o caracterizadores de la alta dirección.

de 21 de marzo de 2017 (Rec. 404/2017) ECLI:ES:TSJAS:2017:859, estimando el recurso interpuesto por el demandante —gerente de la Sociedad Mixta de Gestión y Promoción del Suelo, S.A. (SOGEPSA)—, califica su relación como una relación laboral de carácter común, y su cese como despido improcedente, con los efectos oportunos, basándose en que carecía de la autonomía propia de un alto directivo, pues se encontraba sujeto a una estructura organizativa diversificada, en la que las decisiones se escalonaban en cascada desde el Consejo de Administración a otros órganos ejecutivos, en función de la importancia económica de los actos de disposición.

En la doctrina judicial, es asimismo de interés la STSJ de Cataluña, de 14 de mayo de 2009 (Rec. 8446/2008) ECLI:ES:TSJCAT:2009:6824, que, con referencia a abundante jurisprudencia precedente, considera que el demandante —Director General en España de una compañía—, pese a los amplios poderes que le fueron otorgados, no puede ser alto directivo, precisamente por encontrarse sometido a diversos superiores jerárquicos, a los que debía dar cuenta —«reportar», en el argot empresarial—, sin que el interesado tuviera plena autonomía para adoptar decisiones de relevancia dentro de la empresa. La conclusión es que se trata de una relación de naturaleza común y no especial de alta dirección.

Por su parte, la más reciente STSJ de Andalucía, Sevilla, de 15 de noviembre de 2023 (Rec. 374/2020) ECLI:ES:TSJAND:2023:15883, resuelve en ese mismo sentido a la vista de las limitaciones de la «capacidad funcional» del actor, que se encontraba sujeto a un control por parte del Consejo de Administración que «excedía de la fijación de la política general de la empresa» y le privaba de la «autonomía operativa, independencia y plena responsabilidad» características de la alta dirección.

1.3. La diferenciación entre el alto directivo y el consejero ejecutivo: ¿ha perdido virtualidad la teoría del vínculo?

Como ya se ha tenido ocasión de señalar, desde que, primero la LRL, y luego el ET en su art. 2.1 a), consideraran incluido en el ámbito laboral como relación especial al personal de alta dirección, manteniendo fuera de dicho ámbito la actividad de los meros consejeros o miembros de los órganos de administración de las empresas [art. 1.3 c) ET], los esfuerzos teóricos y para la aplicación práctica de la respectiva normativa fueron dirigidos a la distinción de esas dos figuras²¹.

21 De referencia obligada, DESDENTADO BONETE, Aurelio y Desdentado Daroca, Elena, «En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm.83, 2009, pp.41 y ss.; y de nuevo DESDENTADO BONETE, Aurelio y DESDENTADO DAROCA, Elena, *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajado-*

La fórmula empleada por el art. 1.3 c) ET, sin embargo, recibió enseguida algunas críticas. En primer lugar, por la insistencia y el carácter redundante en cuanto a la necesidad de limitación de las funciones de los cargos excluidos a las de mero desempeño de dicho cargo y el ejercicio de las funciones o cometidos inherentes al mismo. Conforme ha repetido en numerosas ocasiones el TS, la normativa aplicable a las sociedades mercantiles de capital no discrimina o distingue entre las funciones deliberativas y de decisión en el seno de la sociedad, y las de ejecución y gestión de la empresa y del negocio²². De modo que resulta equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la entidad con forma societaria entender que hayan de limitarse a realizar las funciones de mera consulta o de siempre consejo u orientación. Al contrario, les corresponde la labor propiamente ejecutiva, la gestión ordinaria y la dirección efectiva de la compañía. Todas ellas integrarían o formarían parte de lo que la norma denomina «cometidos inherentes» al cargo de consejero o administrador de la sociedad²³.

En segundo término, y muy relacionado con lo anterior, la doctrina iniciada por la Sala Cuarta del TS desde la STS 15517/1988, de 29 de septiembre de 1988 ECLI:ES:TS:1988:15517, respaldada sin fisuras en numerosas sentencias posteriores²⁴, considera que, puesto que existe una coincidencia funcional entre ambos tipos de cargos, los de los administradores y consejeros y los de alta dirección laboral, la única manera de distinguir ambas figuras es atender a la naturaleza del vínculo²⁵, mercantil de integración orgánica en los primeros, contractual asalariado en el de los segundos. Además, y con relevancia no menor, faltaría en el caso de los cargos societarios el elemento de la alteridad, puesto que personifican a la persona jurídica societaria, y también, con

res, Lex Nova, 2000; ver también DE VAL TENA, Ángel Luis, *Los Trabajadores Directivos de la Empresa, Consejeros y Administradores. Personal de Alta Dirección. Empleados Directivos*, cit., pp.76 y ss.; LIMÓN LUQUE, Miguel Ángel, *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004; y MARTÍNEZ MORENO, Carolina, *La relación de trabajo especial de alta dirección*, CES, Madrid, 1994.

22 Portodas, la STS, Sala de lo Civil, de 18 de junio de 2013 (Rec.365/2011) ECLI:ES:TS:2013:3443.

23 Entre las más recientes, la STS, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2022 (Rec.742/2019) ECLI:ES:TS:2022:1005. Y, aun desestimando el recurso por falta de contradicción, recoge la abundante doctrina precedente, la STS de 12 de marzo de 2014 (Rec.3316/2012) ECLI:ES:TS:2014:1158.

24 Hace un recuento de muchas de ellas la ya citada STS de 12 de marzo de 2014 (Rec.3316/2012) ECLI:ES:TS:2014:1158.

25 Es verdad que la tesis o doctrina de la naturaleza del vínculo ha sido matizada en la doctrina de la Sala de lo Contencioso-administrativo TS en relación con la fiscalidad de las retribuciones de los administradores. Ver, por ejemplo, las SSTS de 13 de junio de 2024 (Rec.78/2023) ECLI:ES:TS:2024:3158; y de 15 de julio de 2024 (Rec.6925/2022) ECLI:ES:TS:2024:3995.

ello, la nota de dependencia²⁶. De ahí se colige, a su vez, que no cabe la simultaneidad de ambas condiciones en un mismo individuo²⁷.

Es cierto que el asunto sobre la virtualidad y vigencia de la doctrina de la naturaleza del vínculo pudo experimentar algún cuestionamiento a raíz de la promulgación de la *Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*²⁸. Una norma que, como su propia denominación indica, se adoptó con el propósito de incorporar a la normativa sobre el estatuto de los administradores y consejeros de las sociedades mercantiles de capital los principios rectores enunciados en los códigos de buenas prácticas y buen gobierno, dirigidos a atajar los usos abusivos y poco transparentes, bastante generalizados, por cierto, en materia de retribuciones, blindajes y «paraguas de oro» de los directivos y ejecutivos. Y el modo de hacerlo fue, justamente, mediante la obligación de instrumentar los acuerdos sobre esos relevantes aspectos en el clausulado de un contrato de servicios²⁹. De todos modos, seguramente el diagnóstico sobre si ello podía suponer la eventual «laboralización» de la relación de servicios de esos cargos orgánicos resultó un tanto precipitado³⁰. En primer lugar, porque la ley llevó buen cuidado para evitar la calificación de la naturaleza jurídica de ese contrato, que bien podía pasar a calificarse como un contrato civil o mercantil de servicios como ya venía, por lo demás, aceptando la jurisprudencia civil. Por otro lado, porque las bases racionales y argumentales de la tesis de la naturaleza del vínculo no quedaban en abso-

26 Sobre la falta de las notas de laboralidad en los consejeros y administradores, véase, por todos, DE VAL TENA, Ángel Luis, *Los Trabajadores Directivos de la Empresa, Consejeros y Administradores. Personal de Alta Dirección. Empleados Directivos*, cit., pp.102 y ss.

27 Entre otras, la STS de 24 de febrero de 2014 (Rec.1684/2013) ECLI:ES:TS:2014:1961, con cita textual de lo razonado en la anterior STS de 26 de diciembre 2007 (Rec.1652/2006), y a propósito de la simultaneidad de condiciones como socio, miembro del órgano de gobierno de la sociedad y alto directivo, establece que bien es la falta de ajenidad por poseer una parte significativa o mayoritario del capital, o bien la falta de dependencia por formar parte la persona del órgano de gobierno societario, no cabría el doble vínculo para realizar a la vez funciones propias de la alta dirección.

28 BOE 4 de diciembre.

29 Sobre el estatuto de los administradores societarios, SÁNCHEZ GIMERNO, Sergio, *Las prestaciones de servicios u obra de los administradores de sociedades de capital*, Madrid, Marcial Pons, 2004; MARTÍNEZ MORENO, Carolina «El incierto destino de los Administradores Sociales», *Aranzadi Social* n.º2, 2004; y MARTÍNEZ MORENO, Carolina, «La prestación de servicios de los consejeros y administradores sociales», en *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado* (dir. GARCÍA MURCIA, Joaquín), Thomson-Aranzadi, 2007, pp.191 y ss.

30 En la doctrina laboralista, ver GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, «La asunción legal de la teoría del vínculo: un único contrato transparente de los consejeros ejecutivos con 'omni-comprensividad retributiva'», *Derecho de las Relaciones Laborales* n.º 2, mayo 2015, págs. 178 a 184; y MERCADER UGUINA, Jesús, «¿Subsiste la teoría del vínculo tras la Ley 31/2014?: la retribución de los administradores sociales y el nuevo «contrato de administración» de los consejeros ejecutivos», *Trabajo y Derecho* n.º4, 2015, pp.121 a 127.

luto alteradas ni desvirtuadas; principalmente, el carácter inherente de las funciones ejecutivas a la condición de consejero y la inexistencia de alteridad. Al punto de que, como se ha podido comprobar, la doctrina y jurisprudencia social posteriores mantuvieron el uso y manejo de aquella doctrina. Y, en fin, como algún autorizado observador enseguida apuntó también³¹, aceptar la duplicidad de estatutos hubiese provocado no pocas dislocaciones aplicativas en algunas instituciones: libertad de cese o revocación frente a despido, o duplicidad de jurisdicciones, sin ir más lejos.

Un último escollo para la continuidad de la solución proporcionada al problema de la diversificación de la alta dirección o dirección ejecutiva en personas con relaciones o vinculaciones de naturaleza dispar se ha podido ver en la tendencia a la conformación, a partir de la jurisprudencia del TJUE, de un concepto propio y omnicomprensivo de trabajador, que habría incluido en alguna resolución muy señalada a personas con cargos orgánicos³². Me parece, sin embargo, que, siendo cierto que el derecho de la Unión ha ido engrosando o ensanchando el concepto de trabajador, con el fin de garantizar el efecto útil de la Directiva en cada caso aplicable, y desbordando con ello las nociones o calificaciones utilizadas o delimitadas en las legislaciones de los Estados miembros, un análisis detenido del alcance de los pronunciamientos referidos a personas con cargos orgánicos no permite, razonablemente, privar de valor con carácter general a una doctrina acuñada a efectos que no presentan analogía o conexión con los debates suscitados en los asuntos concernidos por esos pronunciamientos del Tribunal de Justicia³³.

31 MERCADER UGUINA, Jesús, *loc.y págs.cit.*

32 Se ha referido recientemente al asunto SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, «La teoría del vínculo. Un viaje de ida y vuelta ¿con parada definitiva en el Tribunal Supremo?», *El Foro de Labos* 02/10/2025 [<https://www.elforodelabos.es/2025/10/la-teoria-del-vinculo-un-viaje-de-ida-y-vuelta-con-parada-definitiva-en-el-tribunal-supremo/>] (última consulta el 20 de octubre de 2025)], a propósito del conflicto de competencia suscitado ante la Sala de Conflictos del TS por el Juzgado de lo Mercantil de Madrid, en virtud del Auto núm.133/2025, de 21 de enero, en relación con el director general de una compañía que fue nombrado consejero y cesado con posterioridad en ambos cargos. El interesado demandó por despido, demanda estimada en la instancia, pero revocada en suplicación, por aplicación de la teoría del vínculo. Y un poco antes, la propia SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, «Administradores sociales ejecutivos y altos directivos laborales. ¿Replanteamiento de la teoría del vínculo?», *Trabajo Y Empresa. Revista De Derecho Del Trabajo*, Vol.4, Núm.2, 2025, pp.45-84. <https://doi.org/10.36151/tye.v4n2.004>; y GOÑI SEIN, José Luis, «La doctrina del vínculo, ¿infringe el derecho de la UE», *Revista Labos*, Vol.5, n.2, 2024, pp.125 y ss.;

33 MARTÍNEZ MORENO, Carolina, «Capítulo 22. El concepto de trabajador», *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, dir. CASAS BAAMONDE, María Emilia, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, GIL ALBURQUERQUE, Román, GÓMEZ GARCÍA-BERNAL, Adriano y SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, BOE, 2023, pp.973 y ss.; y en MARTÍNEZ MORENO, Carolina, «Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la Unión Europea. A propósito de la «laboralización» de los administradores y consejeros», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, n.º 6, 2023, pp.63 a 88.

1.4. El elemento fiduciario como fundamento de la especialidad de la relación

El concepto legal de personal de alta dirección se completa con una referencia expresa en la norma a la confianza depositada en el directivo como fundamento de la relación y, correlativamente, de la especialidad, casi podría hablarse de excepcionalidad, de su régimen jurídico (art. 2 RDAD). De hecho, la particularmente intensa confianza que se otorga a las personas que se ocupan de dirigir una compañía, a partir de una imposición de pura lógica económica y empresarial, es lo que justifica su singular posición, explica el plus de responsabilidad que le es exigible, y connota la considerable alteración de la disciplina «laboral» que resulta de aplicación.

Con todo, conviene empezar diciendo que la confianza que fundamenta esta relación especial es algo más y algo diferente de la recíproca buena fe que como estándar de conducta, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.258 del Código Civil (CC), debe informar e inspirar toda relación contractual, desde luego, y de manera especial, la laboral³⁴. Una relación obligatoria en la que la implicación personal de ambos contratantes, mucho más de la persona que ejecuta el trabajo, desborda los contornos y parámetros de un negocio de mero intercambio patrimonial de utilidades evaluables económicamente.

Una segunda importante aclaración es que el hecho de que en un puesto de trabajo concorra o esté presente el factor o el rasgo de la confianza no resulta suficiente ni de por sí es determinante de la existencia de una relación especial de alta dirección, si no concurren los demás elementos del concepto ya analizados, el funcional, el objetivo y el jerárquico³⁵. O, dicho de otro modo, no hay una equivalencia o correspondencia estricta entre un cargo o puesto de confianza y un trabajo de alta dirección, pues el primero lo puede ocupar o desarrollar alguien con atribuciones más sencillas, menos cualificadas, o desde un nivel jerárquico inferior al del alto directivo³⁶.

Y, por fin, este componente de la relación repercutirá —como se irá viendo— en la mayor parte de los aspectos de su régimen jurídico, desde el sistema de fuentes aplicable, que reposa fundamentalmente en la autonomía de la voluntad, incluso para determinar la posible remisión a normas propiamente

34 Véase SALVADOR CODERCH, Pablo y GARCÍA MICÓ, Tomás Gabriel, «Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código Civil», *Indret* 1.2020, pp. 28-55 [<https://indret.com/concepcion-contextual-de-la-buena-fe-contractual/>] (consultado el 21 de octubre de 2025)]. Y, en la doctrina laboralista, por todos, MONTOYA MELGAR, Alfredo, *La buena fe en el derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001.

35 Tal y como con claridad se afirma en la STS de 12 de septiembre de 2014 (Rec.1158/2013) ECLI:ES:TS:2014:4260.

36 Sobre el distinto alcance de la noción de alto directivo y de puesto o cargo de confianza, puede verse MARTÍNEZ MORENO, Carolina, *La relación de trabajo especial de alta dirección*, cit.

laborales, que no se aplicarán si no lo dice el RDAD o lo han pactado expresamente las partes en el contrato. Y que se refleja, a su vez, en el contenido, circunstancias y posibles vicisitudes del contrato y de la prestación; la forma de seleccionar y reclutar a la persona; la intensificación de las restricciones de las libertades profesionales a través de los llamados «pactos típicos»; la inexistencia de límites propiamente dichos en la ordenación del tiempo de trabajo; la relevancia de las cláusulas en materia retributiva e indemnizatoria; o la dificultad de someter a los altos directivos al control disciplinario propio de la relación laboral ordinaria, o las instituciones del sistema de relaciones laborales y las reglas sobre los derechos de acción colectiva y sindical. Y termina o desemboca, en fin, en la singularidad de las vías extintivas del contrato, mucho menos garantes de la estabilidad en el empleo de la persona trabajadora³⁷.

1.5. Puestos de dirección con particularidades sectoriales. Especial referencia al personal directivo profesional del sector público

La exigente delimitación del concepto de alta dirección que lleva a cabo el art. 1.2 RDAD —casi con seguridad pensada para una genuina empresa, y de cierta dimensión— viene enfrentando no pocas dificultades de trasvase a organismos o entidades donde la propia naturaleza de estos, o la manera de organizar y gestionar la respectiva actividad, no se acomoda fácilmente a los tres elementos de la noción que ya han sido analizados.

Históricamente ocurrió con los capitanes y jefes de máquinas de los buques de las flotas mercante y de pesca³⁸; y, de forma mucho más errática y divergente, con los seleccionadores nacionales y entrenadores de equipos olímpicos de diversas disciplinas o especialidades deportivas, en ocasiones catalogados como altos directivos como alternativa a su más cuestionable

37 Aunque referidas a profesores de religión en centros públicos, primero la STS de 5 de junio de 2000 (Rec.3809/1999) ECLI:ES:TS:2000:4585, a la que se refieren las posteriores STS de 17 de julio de 2000 (Rec.3390/1999) ECLI:ES:TS:2000:5899; STS de 28 de julio de 2000 (Rec.3973/1999) ECLI:ES:TS:2000:6339; y STS de 20 de diciembre de 2000 (Rec.3999/1999) ECLI:ES:TS:2000:9480, afirmarán que la especial confianza que fundamenta, entre otras, la relación de alta dirección, se traducirá en la limitación de las garantías generales de la estabilidad del empleo.

38 En la STC 20/1994, de 27 de enero (BOE 2 de marzo) ECLI:ES:TC:1994:20, por aplicación del principio de igualdad y no discriminación, se otorga el amparo a un capitán de un buque congelador y se le reconoce el derecho a percibir la indemnización por el desistimiento empresarial prevista en el RDAD. En la jurisprudencia ordinaria, véase STS de 26 de mayo de 2008 (Rec.2924/2007) ECLI:ES:TS:2008:3489; y en relación con el jefe de máquinas, la STS de 3 de octubre de 2000 (Rec.3918/1999) ECLI:ES:TS:2000:7006, que recoge la jurisprudencia anterior.

tratamiento como deportistas profesionales³⁹. La frontera está más clara en el caso de los cargos federativos, concretamente, Gerentes y Secretarios Generales de las federaciones deportivas, que en la respectiva normativa estatutaria se declaran vinculados por una relación laboral de alta dirección⁴⁰. Mientras que los entrenadores de los clubes muy pronto fueron encuadrados en la relación especial de los deportistas profesionales, habida cuenta que su actividad se circunscribe al ámbito estrictamente técnico-deportivo y relativo a la preparación física y a la estrategia de juego de los deportistas⁴¹.

En otra esfera de actividad totalmente distinta, y en supuestos bastante opacos por cierto, referidos a los Secretarios Generales de las Confederaciones Empresariales, puestos directivos diferenciados de la presidencia y demás cargos electivos dentro de la estructura confederal, han existido igualmente dudas, como pone de relieve la contradictoria doctrina judicial existente⁴²; probablemente como consecuencia o resultado de la consideración y atribuciones de esos puestos de responsabilidad en cada normativa orgánica.

Pero donde la labor de desentrañar la naturaleza y alcance de las funciones de alta dirección para trasladarlas a la calificación del carácter de ciertas relaciones laborales ha sido más ardua y ha presentado más aristas, sin la menor duda, ha sido en el sector público⁴³. Y lo sigue siendo, a tenor de

39 Auto TS de 25 de febrero de 1999 (Rec.1671/1998) ECLI:ES:TS:1999:5666; STSJ de Navarra, de 4 de noviembre de 1996 (Rec.354/1996) ECLI:ES:TSJNA:1996:591; STSJ de Madrid, de 19 de febrero de 1998 (Rec.4529/1997) ECLI:ES:TSJM:1998:2005.

40 Me ocupé del estudio de esa normativa en MARTÍNEZ MORENO, Carolina, «*loc. ult.cit.*».

41 STS 15438/1988, de 20 de septiembre de 1988 ECLI:ES:TS:1988:15438; STS 6305/1988, de 20 de septiembre de 1988 ECLI:ES:TS:1988:6305; STS 11343/1989, de 22 de diciembre de 1989 ECLI:ES:TS:1989:11343; STS 7628/1989, de 22 de diciembre de 1989 ECLI:ES:TS:1989:7628; STS 17154/1990, de 14 de febrero de 1990, ECLI:ES:TS:1990:17154; o STS 4019/1990, de 28 de mayo de 1990 ECLI:ES:TS:1990:4019. Véase VALDÉS DAL-RE, Fernando, «El entrenador de un equipo de fútbol ¿es alto cargo?», *RPS* n.º107, 1975; y MARTÍNEZ MORENO, Carolina, *La relación de trabajo especial de alta dirección*, cit., pp.131 y ss.

42 Respecto de la naturaleza común o especial del Secretario de la Confederación de Empresarios de Galicia, puede verse el Auto de inadmisión del recurso ATS de 27 de abril de 2004 (Rec.2870/2003) ECLI:ES:TS:2004:5264. La sentencia recurrida, la STSJ de Galicia, de 31 de marzo de 2003 (Rec75.1/2003), había confirmado la de instancia, que consideró la existencia, efectivamente, de una relación especial de alta dirección. Sin embargo, la STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2001 (Rec.44/2000) ECLI:ES:TSJCLM:2001:812 llegó a conclusión distinta, a la vista de la limitación de las facultades del Secretario General de Confederación de Empresarios de Albacete.

43 La dificultad de delimitar lo que se entiende por sector público, según a qué efectos y según la normativa aplicable en cada caso, se destaca en la STS de 4 de mayo de 2016 (Rec.2870/2014) ECLI:ES:TS:2016:2513, referida a un directivo de una Cámara de Comercio. En la sentencia, aunque desestima el recurso por falta de contradicción entre las sentencias recurrida y de contraste, se lleva a cabo un interesante análisis sobre esa cuestión.

la existencia de numerosos pronunciamientos recientes de notable relevancia, como enseguida se comprobará. Expresa bien claramente esa dificultad la STSJ de Galicia, de 15 de julio de 2021 (Rec. 2496/2021) ECLI:ES:TSJGAL:2021:4837, relativa a la naturaleza de la relación del director gerente del organismo autónomo Palacio de Congresos y Exposiciones de Pontevedra, cuando sostiene que «la figura del alto directivo es ajena al esquema típico del empleo público». Entre otras razones, porque «las Administraciones Públicas... en virtud de las normas de Derecho Administrativo no pueden en principio delegar poderes inherentes a la esfera de competencia propia de los órganos administrativos superiores»⁴⁴.

Como punto de partida hay que decir que habremos de movernos en la esfera de los directivos en régimen laboral, más concretamente, con las miras puestas en el art. 13 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)⁴⁵ sobre el «personal directivo profesional», que se regirá, además, y por mandato legal, por lo dispuesto el RDAD. Quedando al margen de las siguientes consideraciones los denominados «altos cargos», los órganos directivos de la Administración del Estado a que se refiere el Título I, Capítulo I, art. 55 de la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*⁴⁶, que forman parte de la estructura interna misma de la Administración. Así como los cargos de libre designación para puestos de especial responsabilidad y confianza de la autoridad que los designe⁴⁷, que se someten a lo dispuesto en el art. 20 de la *Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública*⁴⁸ y normas concordantes⁴⁹.

En la doctrina, ver JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Altos cargos y directivos públicos*, IVAP, Oñati, 1996; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda, «Estatuto jurídico del alto directivo laboral. Nuevas perspectivas en el ámbito privado y en el ámbito público», *loc.cit.*, pp.35 y ss.; y yo misma en MARTÍNEZ MORENO, Carolina, «El personal de alta dirección, una relación especial siempre de actualidad», *loc.y págs.cit.*

44 Con cita de la STS de 16 de marzo de 2015 (Rec.819/2024) ECLI:ES:TS:2015:1543.

45 *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (BOE 31 de octubre).

46 BOE 2 de octubre.

47 Sobre la diferencia entre la relación laboral especial de alta dirección, y de cualquier relación de naturaleza laboral, y la del personal eventual para puestos de confianza de la Administración Pública; y la consiguiente dispar atribución de la competencia jurisdiccional para conocer de los asuntos relativos a unas y a otra, la STS de 20 de abril de 2016 (Rec.336/2014) ECLI:ES:TS:2016:2220.

48 BOE 3 de agosto.

49 Arts. 51 y ss. Del *Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado* (BOE 10 de abril); y normativa de función pública autonómica.

Por lo que ahora interesa, y con independencia de pronunciamientos precedentes, un hito decisivo, aún antes de la aprobación del EBEP, lo marca la STS, Sala General, de 2 de abril de 2001 (Rec. 2799/2000) ECLI:ES:TS:2001:2752⁵⁰. En ella, referida a un cargo directivo de un hospital público, y al amparo de una normativa de los años noventa derogada por la *Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*⁵¹, se llega a la conclusión de que, pese a que se trata de un puesto o cargo que difícilmente sería subsumible en el molde conceptual del art. 1.2 RDAD, por mor de una norma de rango legal se le otorga la consideración de relación especial de alta dirección. Se hace así prevalecer —como recogerán numerosos pronunciamientos posteriores— la calificación formal sobre la sustancia misma de la relación. Se trataría, en definitiva, de una inclusión de carácter constitutivo de este tipo de puestos directivos en el concepto de alta dirección⁵².

Es verdad que, como también ha dicho la Sala en reiteradas ocasiones⁵³, esa habilitación ya se contenía en el art. 2.1 l) ET, que concluye la enumeración de las relaciones laborales de carácter especial con una cláusula de cierre conforme a la que compartirá esa misma condición «cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una ley».

Más reparos podría suscitar el añadido de un cuarto apartado al art. 1 RDAD por la disposición final 1 del *RD 451/2012, de 5 de marzo, sobre régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades*⁵⁴ para declarar la aplicación del RDAD a las personas que ocupen esos puestos o cargos, siempre que su relación sea laboral y no mercantil. En la medida en que no se trata de una norma con rango legal, que incluso resultaría de anómalo encaje para modificar una disposición que no

50 Doctrina que consolida la STS de 14 de febrero de 2012 (Rec.4431/2010) ECLI:ES:TS:2012:1364, luego reiterada en sentencias posteriores.

51 BOE 17 de diciembre. Una primera aproximación a dicha norma, en GARCÍA MURCIA, Joaquín y CASTRO ARGÜELLES, María Antonia, «El Estatuto Marco del Personal Estatutario de los servicios de Salud: una presentación», en *Aranzadi Social* n.º21, 2004, pp.37 y ss.

52 Se cuestionaba esta solución, LIMÓN LUQUE, Miguel Ángel, *op.cit.*, p.140; ver también BENITO GARCÍA, Pelayo, «La relación laboral de la alta dirección pública en el sector autonómico sanitario español: Un caso «especial»». *Revista De Trabajo Y Seguridad Social. CEF*, 388, 2015, pp.61-94; y SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, Álvaro, «La consideración de trabajador de alta dirección respecto del Director Gerente de un Hospital del Servicio Público de Salud, *Día-La Ley* n.º10704, 2025.

53 Entre ellas, en dos SSTS de 12 de septiembre de 2024 (Rec.2591/2012) ECLI:ES:TS:2014:4513 y (Rec.1158/2013) ECLI:ES:TS:2014:4260; y STS de 16 de marzo de 2015 (Rec.819/2014) ECLI:ES:TS:2015:1543.

54 BOE 6 de marzo.

es propiamente un reglamento⁵⁵. En todo caso, sería una adición superflua a partir de la entrada en vigor del EBEP.

Sea como fuere, como el art. 13 EBEP no ha tenido desarrollo ni lo ha habido en la normativa de función pública autonómica en el específico ámbito de las instituciones sanitarias y su personal⁵⁶, la doctrina de la STS, Sala General, de 2 de abril de 2001 (Rec. 2799/2000) ECLI:ES:TS:2001:2752 sigue teniendo plena actualidad y vigencia.

Prueba de ello es su frecuente invocación incluso en sentencias muy recientes. Es el caso de la STS de 24 de septiembre de 2025 (Rec. 2807/2024) ECLI:ES:TS:2025:4346, en relación con el Gerente Provincial de la Agencia Pública Andaluza de Educación en la provincia de Sevilla, y que reviste un interés especial por el repaso de la doctrina existente en la materia que lleva a cabo. La Sala comienza por recordar que la disciplina de la relación de servicios del personal directivo profesional del sector público instrumental, a tenor de lo dispuesto en el tan citado art. 13 EBEP, está efectivamente encomendada a las Comunidades Autónomas, que habrán de respetar en todo caso los principios rectores de carácter general enunciados en ese mismo precepto legal. Entre ellos, la remisión al régimen jurídico contenido en el RDAD, siempre que la relación sea de naturaleza laboral. Pero que, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán identificar los puestos que, dentro de sus estructuras, consideran de dirección.

Esta sentencia contiene, además, un importante matiz, al afirmar con claridad meridiana que el alcance del RDAD es mucho más restringido que el del EBEP. Y que lo que en el art. 1.2 RDAD se define como alta dirección es una figura mucho más estricta que la del personal directivo profesional del sector público.

En el caso concreto, la normativa de aplicación en Andalucía establece que el personal directivo de las agencias será aquel que ocupe los puestos determinados como tales en sus estatutos, «en atención a la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas a ellos asignadas». Y la agencia en ese caso, efectivamente, atribuyó a los gerentes provinciales la condición de personal directivo profesional. La Sala añade aún un argumento de refuerzo al considerar que consta asimismo la delegación en los gerentes provinciales de competencias, entre otras, en materia de contratación de

55 Como «conformaciones normativas atípicas», a caballo entre el reglamento y la norma con rango legal, las calificaban ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, 12ª ed., revisada, Madrid, 1991, pp.709 y 710; en sentido similar, refiriéndose a una «deslegalización atípica o especial», VALDÉS DAL-RE, Fernando, «La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral», *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 9. Num. 26. Mayo-Agosto 1989, pp.381 y ss.

56 Sobre esa situación de anomia en la normativa autonómica véase BENITO GARCÍA, Pelayo, «La relación laboral de la alta dirección pública en el sector autonómico sanitario español: Un caso «especial»», *loc.cit.*, pp.61 y ss.

obras y servicios hasta un millón de euros, transportes escolares, suministros y servicios para la instalación de equipamiento educativo—, que sí serían propias de las inherentes a la titularidad jurídica de la empresa en el sentido del art. 1.2 RDAD.

Y concluye la Sala explicando que el supuesto difiere del examinado en la STS de 11 de octubre de 2023 (Rec. 2053/2021), referido a un gerente provincial de la Agencia Pública Andaluza de Innovación y Desarrollo (IDEA), pues en ese otro caso los estatutos del organismo de referencia no catalogaban ni permitían calificar a los gerentes como personal directivo. En definitiva, que dependerá en cada caso de la configuración de esos puestos que se haya establecido en cada normativa en particular, lo que no deja de introducir un punto de incertidumbre y hasta de posible arbitrariedad.

Es crucial destacar que la solución es diferente para las entidades mercantiles públicas, para las sociedades del sector público empresarial, que, salvo por la aplicación de algunos principios básicos referidos genéricamente a los empleados públicos, no quedan sometidas al EBEP, sino al ordenamiento privado. Así lo clarifican la STS de 12 de septiembre de 2014 (Rec. 1158/2013) ECLI:ES:TS:2014:4260 en relación con un asesor jurídico de una sociedad mercantil local que ocupaba un mando intermedio en una actividad sectorial, y la sentencia de la misma fecha de 12 de septiembre de 2014 (Rec. 2591/2012) ECLI:ES:TS:2014:4513, referida a un Director de área de nuevas tecnologías de la misma empresa municipal. Para concluir, en ambos casos, que las funciones atribuidas no encajarían en los exigentes presupuestos del art. 1.2 RDAD.

Y, en fin, por las mismas razones apuntadas la inexistencia de norma con rango legal habilitante para la calificación como alto directivo, y la limitación de las facultades encomendadas considera que existe relación laboral común en el caso de un gerente provincial de la Empresa Pública del Suelo de Andalucía (EPSA), la STS de 16 de marzo de 2015 (Rec. 819/2014) ECLI:ES:TS:2015:1543.

Para introducir aún mayor complejidad, un espacio en el que confluyen la normativa del sector público con las especialidades sectoriales o profesionales se encuentra en las sentencias sobre personal directivo del ámbito de la radiodifusión pública. Es de particular interés, en este específico ámbito de actividad, el asunto sobre el que versa la STS de 23 de diciembre de 2003 (Rec. 220/2003) ECLI:ES:TS:2003:8428. Aunque se trate de una resolución de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que no resuelve sobre el fondo de la cuestión litigiosa por falta del requisito de la contradicción a que alude el art. 217 LPL, se suscitaba el problema de la calificación de la naturaleza de la relación jurídica de quien ocupó diversos cargos directivos en RNE y RTVE, calificados como cargos de libre designación. Se trataba en el caso concreto de decidir sobre la validez de una cláusula contractual atribuyendo libertad extintiva o de cese a la autoridad que nombró al interesado para ocupar el cargo directivo.

En verdad el asunto en el caso de la sentencia recurrida, la STSJ de Madrid, de 18 de octubre de 2002 (Rec. 3498/2002), revestía singularidad, porque la Sala resolvió conforme a soluciones adoptadas sobre casos semejantes en sentencias precedentes estimando que se trataba, efectivamente, de una «relación especial», pero que calificaba como «intermedia» y particular, distinta de la laboral común, pero tampoco subsumible en la especial de alta dirección. El actor y recurrente había suscrito diversos contratos, entre otros, para ocupar el cargo de «Subdirector» y «Director de la Editora Musical de RTVE Música». Puestos cuyo nombramiento y cese es competencia del Director General del Ente Público de RTVE a propuesta del Director General de ese mismo ente, previa notificación del Consejo de Administración de RTVE. Y todo ello en virtud de lo dispuesto en el Estatuto de RTVE y las instrucciones que integran el estatuto interno de los directivos del Ente Público y sus sociedades. La Sala madrileña se apoyaba también en la STC 190/2001, de 1 de octubre⁵⁷, que avaló la constitucionalidad de la aplicación a la demandante de amparo de la normativa sobre el cese del personal directivo de la televisión pública.

La curiosidad que este caso suscita se acrecienta porque en la sentencia de contraste, de la Sala de lo Social del TJS del País Vasco, de 28 de octubre de 1997 (Rec. 1679/97), sobre un problema similar, referido a quien había desempeñado el cargo de director de una emisora en diversas localidades y fue contratado luego como subdirector de RNE, S.A. en Vitoria, hasta ser nombrado Director de la emisora en Bilbao, resolvió en sentido divergente, afirmando que sólo cabía el desistimiento unilateral de la relación de trabajo sobre la hipótesis de que el contrato celebrado fuese susceptible de calificación estricta como contrato de trabajo especial de alta dirección. Y que únicamente era posible disponer de las normas de orden público sobre causas y procedimientos o mecanismos de extinción de la relación laboral cuando se tratase de una relación especial «tipificada». Se recuerda, a este respecto, que cualquier ampliación del catálogo de las relaciones laborales de carácter especial ha de ser establecida por ley, no cabiendo crear una nueva categoría de relaciones especiales «innominadas».

Es una lástima que el TS, sobre la base de que las facultades de cada uno de los trabajadores eran diferentes, decidiese desestimar el recurso por falta de contradicción. Hubiese sido de sumo interés que tomase partido acerca de esa posibilidad de un *tertium genus* de relaciones especiales. Si bien es cierto, que ello ha quedado —como se ha dicho— resuelto, en buena medida, en la doctrina posterior sobre la prevalencia de la calificación formal de la naturaleza de la relación como especial de alta dirección realizada en norma de rango legal.

Más recientemente, en la STSJ de Madrid, de 12 de enero de 2023 (Rec. 810/2022) ECLI:ES:TSJM:2023:23, se cataloga como relación laboral ordinaria la que mantenía una jefa de producción y coproducción de la Radio Tele-

57 BOE 6 de noviembre.

visión de Madrid, S.A.U., que dependía de la Dirección General de contenidos audiovisuales.

Mientras que en el supuesto al que se refiere el ATS de 24 de enero de 2024 (Rec. 5712/2022) ECLI:ES:TS:2024:833A, la sentencia recurrida, de nuevo del TSJ de Madrid, de 30 de octubre de 2022 (Rec. 685/2022), había calificado como especial de alta dirección la relación del Director de Onda Madrid. En este caso el interesado únicamente tenía por encima, en el organigrama de la empresa, al Director General de la Radio Televisión regional. Pese a esa existencia de un directivo superior, y que el actor no tenía capacidad de control sobre el presupuesto, la Sala concluye resolviendo en el sentido indicado sobre la base de la especial normativa reguladora, la Ley 8/2015 de Radio Televisión Madrid, y la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público autonómico.

En un supuesto similar, relativo al Adjunto al Director de Informativos de la Radio TV Madrid, S.A., puesto sin dependencia directa del Consejo de Administración y con una considerable limitación de la cuantía de los actos de gestión encomendados, la STSJ de Madrid, de 17 de octubre de 2022 (Rec. 471/2022) ECLI:ES:TSJM:2022:12069, coincide en esa calificación, por aplicación de la normativa aplicable al ente público. Es verdad que en el caso se dice que había entrado en vigor la Ley 1/2021, de 9 de julio, que modificaba la anteriormente citada Ley 8/2015, que se aplica en el caso anterior, dato que resulta irrelevante y que no altera en absoluto la línea doctrinal y argumental que se viene exponiendo.

2. Especialidades contractuales y extinción de la relación laboral

2.1. Sistema de fuentes y contrato de alta dirección

Como se decía hace un momento, la especial confianza, junto a la elevada singular posición del directivo, inciden decisivamente en la alteración del régimen común de la relación de servicios, hasta el punto de sustituirse la mayor parte de los principios informadores y reglas inderogables del orden público laboral. Esto tiene su primer reflejo o recepción en el sistema de fuentes de la relación (art. 3 RDAD), en el que prima la voluntad de las partes expresada en el contrato, que desplaza a la legislación laboral común sólo aplicable por remisión expresa en el articulado del RDAD, que lo hace en contadas ocasiones, o en el propio contrato, acudiéndose para lo no previsto, con carácter supletorio, a la legislación civil o mercantil. Es igualmente significativo que los altos directivos queden excluidos del ámbito de aplicación de los convenios colectivos. Las instituciones del sistema de relaciones laborales como al final se explicará con algo más de

detalle resultan inadecuadas y no susceptibles de trasladar a la gestión de los intereses de las partes de la relación especial de alta dirección, una relación eminentemente individualizada.

Por otro lado, la amplitud que se otorga a la autonomía de la voluntad permite alterar en cualquier momento los términos del contrato, como muestra el asunto dirimido en la STS 1682/1991, de 20 de marzo de 1991 ECLI:ES:TS:1991:1682. El actor suscribió un contrato como director financiero con la entidad demandada una sociedad dependiente de un Ayuntamiento, por cierto, en el que se incluyó una exorbitante cláusula indemnizatoria, al punto de que, como dice textualmente la sentencia en sus antecedentes, ello suscito un «profundo malestar entre los empleados técnicos del Ayuntamiento de Lebrija, patrocinador de la entidad demandada». Así que, las propias partes decidieron suscribir un segundo contrato «enmendado», con una retribución menor y sin cláusula indemnizatoria. En el momento de extinguirse la relación, el actor pretendió hacer valer el pacto contenido en el primer contrato exigiendo el pago de aquella elevada y costosa indemnización, pretensión que fracasa, precisamente sobre la base de la prevalencia del acuerdo de voluntades que prima en la relación especial, en virtud del cual se produjo una novación, quedando el primer contrato íntegramente sustituido por el segundo.

Es lógico, por consiguiente, que la norma imponga la forma escrita al contrato de alta dirección, como garantía de constancia y medio de prueba privilegiado o primordial de las estipulaciones pactadas. Debiendo extenderse un ejemplar para cada parte contratante (art. 4.1 RDAD). Exigencia formal cuyo incumplimiento determinará la presunción *iuris tantum* del carácter común de la relación laboral, siempre que concurren los elementos caracterizadores de la laboralidad de una prestación de servicios (art. 8 ET) y los presupuestos conceptuales de la alta dirección del art. 1.2 RDAD.

La lógica individualista de la relación especial de alta dirección, y la confidencialidad que se supone debe recaer, entre otras informaciones, sobre sus específicas condiciones de empleo, determina que no se apliquen a sus contratos las reglas sobre entrega de la copia básica a la representación legal de los trabajadores, de la que los altos directivos están excluidos, según dispone el art. 16 RDAD. Bastará con la mera notificación de la celebración del contrato. Cosa distinta acontece en relación con la inclusión de los datos relativos a sus remuneraciones en los instrumentos de transparencia retributiva, auditorías y registros salariales⁵⁸, por más que esta obligación tropiece con

58 De acuerdo con lo dispuesto en el art. 28.2 ET, el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, y el RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (BOE 14 de octubre).

no pocas resistencias y objeciones. Y no sólo por el delicado asunto de la protección de datos personales⁵⁹.

El contenido mínimo del contrato (art. 4.2 RDAD) deberá incluir la identificación de las partes que lo suscriben, el objeto del mismo (con posible mención de las concretas facultades, atribuciones y poderes; el área o sector, en su caso, al que vayan referidos; y la dependencia directa del órgano de gobierno societario o, como posibilidad excepcional, de un directivo superior jerárquicamente); la retribución convenida, especificando las partidas en metálico y en especie, modalidad salarial esta última de considerable relevancia en este tipo de relación; la duración, que se presumirá indefinida en caso de no estipularse otra cosa (art. 6 RDAD); y demás cláusulas que exige el propio RD. Sin perjuicio de ello, sobre todo en materia retributiva e indemnizatoria, lo usual es que el contrato, o algún anexo o pacto adicional, desglose con más detalle, por ejemplo, los componentes del salario, que incluyen frecuentemente conceptos vinculados con el desempeño, los resultados de la empresa, la participación accionarial o la entrega de *stock options* a los directivos. Lo mismo ocurre con las partidas salariales en especie y beneficios accesorios. Y, sin duda alguna, con las cuantías de las indemnizaciones, los blindajes, cuestión de la máxima importancia, compleja y delicada, notablemente litigiosa, y a la que al final se dedicará un apartado específico.

Otra importante consecuencia del carácter eminentemente individualista de la relación especial es que no rijan en ella los principios de general aplicación al contrato de trabajo ordinario o común, que derivan de manera directa de su talante o finalidad tuitiva y compensadora de la desigualdad estructural característica del contrato de trabajo. Lo dejó sentado con suma claridad la STS 3766/1990, de 16 de mayo de 1990 ECLI:ES:TS:1990:3766. En una práctica poco usual, las partes en litigio en el caso habían acordado aplicar a la relación especial de alta dirección ciertos preceptos del convenio colectivo de aplicación en la banca privada referidos a la Seguridad Social complementaria. Cláusulas convencionales que, no obstante, no llegaron a ser de aplicación por haberse extinguido el contrato con anterioridad a la producción del correspondiente hecho causante. La Sala comienza por afirmar que no puede haber renuncia a un derecho no nacido, que estaba en fase de pura expectativa. Pero añade un argumento de mucha mayor trascendencia o significado, sosteniendo que la relación especial «no se halla... sujeta, ineludiblemente al principio de irrenunciabilidad (de derechos) establecido con carácter imperativo y general» para el normal contrato de trabajo. En el bien entendido de que la amplitud de la libertad negocial que caracteriza al contrato de alta dirección es indicativa de una mayor reciprocidad, que hace innecesarios los parámetros jurídicos o estándares de protección exigibles en una contratación laboral ordinaria.

59 SAN MARTÍN, Claudia, «La protección de datos de los altos directivos en los registros y auditorías retributivas de igualdad», *Diario La Ley* N.º 9870, 2021.

Si bien la STS 4261/1990, de 5 de junio de 1990 ECLI:ES:TS:1990:4261 introduce la importante precisión de que, aun tratándose de una relación especial de alta dirección, no sería admisible la validez de una renuncia a la retribución de los servicios prestados, dado que el salario constituye elemento esencial de todo contrato laboral. Por ello, una eventual renuncia sería nula de pleno derecho, por contravenir normas imperativas (ars.6.3 y 1.255 CC).

Una mención especial atinente al sistema de fuentes aplicable a esta relación merece la relativa a las garantías del salario. Entre otras razones, por la peculiar manera y circunstancias en que tuvo lugar la incorporación a su normativa reguladora de una de las escasas remisiones expresas a normativa laboral común, la referida a la responsabilidad del FOGASA. El art. 15.1 RDAD en su redacción original declaraba de aplicación a la protección de las retribuciones del personal de alta dirección —en algún caso, de modo incomprensible— las previsiones en materia de garantía mínima de ingresos a través de la institución del SMI (art. 27.2 ET); exigencias respecto del lugar, tiempo y forma de la liquidación y pago del salario (art. 29 ET); e inembargabilidad salarial (art. 32 ET); dejando fuera a los altos directivos de la protección dispensada, en casos de insolvencia empresarial, por el FOGASA, institución de garantía exigida por la normativa de la UE⁶⁰. Sin embargo, como recientemente ha ocurrido con las empleadas al servicio del hogar familiar, unos años más tarde de la promulgación del RDAD el TJUE dijo en su sentencia *Wagner Miret*, de 16 de diciembre de 1993 (Asunto C-334/92) ECLI:EU:C:1993:945⁶¹, que era contrario a la Directiva 2008/94/CE que los Estados miembros dejaran fuera de la protección dispensada por la correspondiente institución de garantía al personal de alta dirección, en la medida en que fueran considerados trabajadores asalariados conforme al ordenamiento interno. Ni el RDAD ni la normativa sobre cotización al FOGASA habían previsto esa protección, así que, cuando el señor Wagner Miret tramitó su solicitud de prestaciones al fondo, le fueron denegadas. Resuelta en tal sentido la cuestión prejudicial presentada por el TSJ de Cataluña, la solución —a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, sin ir más lejos, con el empleo público temporal⁶²— no se

60 Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (DOUE núm. 283, de 28 de octubre de 2008) modificada por la Directiva (UE) 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015, por la que se modifican las Directivas 2008/94/CE, 2009/38/CE y 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 98/59/CE y 2001/23/CE del Consejo, en lo que se refiere a la gente de mar (DOUE núm. 263, de 8 de octubre de 2015).

61 Puede verse MIRANDA BOTO, José María, «El control de la recepción del derecho de la Unión Europea en la legislación laboral española a través del recurso por incumplimiento», Doc. Labor., núm. 113-Año 2018-Vol. I., pp.119 a 132.

62 Una primicia sobre lo que se viene en MIRANDA BOTO, José María, «Muss es sein? Es muss sein! De nuevo sobre el difícil encaje en la Administración pública española de la normativa europea sobre abuso de la contratación temporal», *Briefs AEDTSS*, número 106, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2025.

hizo esperar. Y la importante reforma legislativa operada por la *Ley 11/1994, 19 mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*⁶³, procedió —con una técnica un tanto extraña— a la derogación del apartado primero del art. 15 RDAD, que quedó vacío de contenido, para introducir en una disposición adicional quinta del ET, referida al personal de alta dirección, la remisión completa a todos los preceptos del ET sobre las garantías del salario, incluido el art. 33 ET.

No sin cierto sentido contradictorio, pero tal vez con mayor congruencia, la normativa concursal⁶⁴ contiene, en cambio, no pocas especialidades, verdaderas excepciones, en punto a las garantías o privilegios del crédito salarial cuando se refiere a retribuciones de la alta dirección, que excluye de la consideración de créditos laborales en la parte que exceda de la cuantía prevista en el número 1.º del art. 280 (art. 287); y que exceptúa de nuevo de la protección de ciertos créditos consistente en no ser afectados por el plan de reestructuración (arts.616.2 y 698.3).

Por lo demás, las partes son libres para estipular e incluir en el contrato cuantos pactos y cláusulas en otras materias se estimen oportunas. Por ejemplo, en relación con el tiempo de trabajo, para lo que el RDAD únicamente pone como condición que no configuren prestaciones a cargo del directivo que excedan notoriamente de las que sean usuales en el ámbito profesional correspondiente (art. 7 RDAD). Lo cierto es que, pese a la falta de concreción de cuál sería el término de comparación al que se alude por referencia a «el ámbito profesional correspondiente», si otros directivos del mismo sector, nivel o especialidad, o tipo de empresa, o en general lo habitual en la alta dirección, no ha suscitado particulares conflictos. Tal vez porque se entiende que el tipo de funciones, la casi total autonomía y la alta responsabilidad propias de este personal implican una total dedicación y plena disponibilidad. Por más que esto pueda comprometer un derecho tan básico como el derecho al descanso y a la desconexión⁶⁵. Pero, por desgracia, esto no les ocurre sólo a los altos directivos. Lo singular en este caso vuelve a ser el silencio e indefinición o inconcreción de la norma, y el protagonismo absoluto del contrato, de la voluntad de las partes.

63 BOE 23 de mayo.

64 *Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal* (BOE 7 de mayo), en adelante, LC.

65 Sobre el no sometimiento a horario como rasgo distintivo de la alta dirección, respecto del director gerente de un organismo autónomo de la Diputación de Cádiz, la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 30 de marzo de 2023 (Rec.2043/2021) ECLI:ES:TSJAND:2023:3033.

2.2. Contratación y selección, período de prueba y otros pactos típicos en el contrato de alta dirección

La norma reguladora de la relación especial tampoco contiene previsión alguna a propósito de la forma de selección y provisión de los puestos de alta dirección, que, como los de confianza en general, se rigen por el principio de libre designación y remoción o cese. Con la excepción de los directivos profesionales en el empleo público, cuya designación deberá atender a los principios constitucionales de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y habrá de llevarse a cabo mediante procedimientos que garanticen asimismo la publicidad y la concurrencia (art. 13.2 EBEP).

Pero es fácil comprender que los mecanismos y vías para el reclutamiento de este personal no sean los comunes, y que se recurra a dispositivos específicos como la cesión temporal entre empresas del mismo grupo, los circuitos especializaciones de reclutamiento y fichaje de directivos, o la promoción de trabajadores que ya están en la plantilla al cargo directivo. Siendo esta última una fórmula que sí está regulada en el RDAD, le dedicaremos especial atención a ella.

El art. 9 RDAD se ocupa de articular el mecanismo de la promoción de un trabajador común a un puesto de alta dirección, en la misma empresa, en el seno del grupo, o en otra entidad que mantenga con su empleadora un vínculo asociativo o de colaboración similar; y lo hace en respuesta a dos fines y con inspiración en dos líneas directrices. Por un lado, la protección o prevención frente a decisiones empresariales arbitrarias de promoción de personal con el fin de eludir las garantías frente al despido que rigen en la relación común. Y, en segundo término, la incompatibilidad entre el simultáneo desempeño de un puesto de alta dirección y un trabajo ordinario dentro de la misma empresa⁶⁶. No se puede dirigir y ser dirigido al mismo tiempo.

La promoción de un trabajador común a un puesto de alta dirección responde a las siguientes pautas de regulación: el contrato de alta dirección, como ya se ha dicho, habrá de formalizarse por escrito; y, sobre todo, especificando si el contrato común precedente se suspende o se extingue. Siendo preferible el efecto suspensivo de la relación ordinaria en caso de no haberse previsto nada de manera expresa en el contrato. En el supuesto de que se opte por la extinción, esta tendrá que demorar sus efectos por el plazo de dos años, precisamente para evitar que la promoción se utilice como expediente para despedir sin causa a la persona trabajadora, habida cuenta que en la alta dirección cabe el desistimiento *ad nutum*, como más tarde se explicará. Y, por fin, en caso de haberse preferido la suspensión del contrato común, la extinción de la relación especial abrirá la posibilidad de reanudar la relación común anterior en suspenso, salvo en el supuesto de despido disciplinario del

66 STS 16455/1991, de 31 de enero de 1991 ECLI:ES:TS:1991:16455.

alto directivo declarado procedente, dándose por sentado que una corrección disciplinaria ante un incumplimiento grave o muy grave del trabajador resultaría incompatible con el mantenimiento del vínculo, incluso con retorno a la relación anterior desprovista de la especial confianza que caracteriza a la de alta dirección, pero siempre necesariamente inspirada en la recíproca buena fe. Aunque la causa extintiva no haya consistido en la transgresión de la misma por parte del trabajador. Bien pensado, esta solución —si tal fuera el fundamento de la imposibilidad de retorno a la relación común en caso de despido disciplinario procedente del alto directivo— hubiera podido ser extensiva a la extinción por desistimiento que se fundamenta en la pérdida de la confianza. Tal vez, incluso en ese caso, reanudar una relación laboral, aunque no sea en un puesto directivo resulta con toda probabilidad poco natural. Sobre el cálculo de las indemnizaciones que procederán en función del cómputo separado de los periodos de tiempo servidos en una y otra condición se tratará en el apartado correspondiente a la extinción del contrato y sus efectos económicos.

En el contrato del personal de alta dirección es posible estipular o establecer un período de prueba, aunque seguramente el sentido que este tipo de pacto adquiere en una relación común se adapta mal a un contrato basado en la especial confianza depositada en el buen hacer y la alta capacidad de gestión de la persona reclutada, y que cuenta con una causa extintiva específica para el caso de que esta confianza desaparezca; con la única —aunque no menor— diferencia de los eventuales efectos económicos vía indemnización fijada para el supuesto de desistimiento, que, en principio, y salvo pacto, no se aplicarían al cese durante el periodo de prueba.

En cualquier caso, las especialidades en materia de período de prueba se limitan en la norma a establecer un tiempo máximo de duración de nueve meses en los contratos indefinidos (art. 5 RDAD), más largo que el que por defecto rige en la relación común que es de seis meses para técnicos titulados (art. 14.1 ET); aunque se pueda dar la paradoja de que, para estos últimos, el período de prueba acabe teniendo una duración mayor por la vía de la estipulada en convenio colectivo. Para el resto de los efectos, serán igualmente los plenos del contrato, computándose el tiempo transcurrido en la antigüedad del trabajador de alta dirección.

El resto de los que se suelen denominar «pactos típicos» en el contrato de trabajo, por tratarse de tipos característicos de acuerdos o de cláusulas contractuales que cuentan con una regulación legal «ad hoc»⁶⁷, se diría que adquieren verdadero significado en la relación especial de alta dirección. Justamente, porque constituyendo limitaciones de considerable alcance de las libertades profesionales, resulta más clara la concurrencia del efectivo

67 Por todos, MARTÍN VALVERDE, Antonio y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, 34.ª ed., Tecnos, Madrid, 2025, pp.346 y ss.

interés empresarial que está en la causa misma de este tipo de estipulaciones o compromisos en «sujetar» o conservar a esa persona al mando de la organización.

Salvo la exclusividad o plena dedicación, que opera en sentido diverso de como lo hace en la relación laboral común, los pactos de permanencia y no competencia futura se regulan en términos muy semejantes a los que rigen en el régimen común del art. 21 ET. La primera, la dedicación exclusiva, porque sería un elemento natural o consustancial a la relación de alta dirección. Y así, la dedicación plena a la compañía se da por supuesta, salvo que se pacte o autorice expresamente que el directivo pueda concertar otros contratos o relaciones —que no tendrían por qué ser de alta dirección también— con terceras empresas. Aunque esto no sea en absoluto frecuente ni siquiera verosímil. En tal caso, la autorización se presume cuando la vinculación de la persona alta directiva sea pública (art. 8.1 RDAD).

Por lo que al pacto de no competencia futura o abstención postcontractual se refiere, se articula en condiciones análogas a las aplicables en el contrato de trabajo ordinario: duración no superior a dos años, existencia de un efectivo interés industrial o comercial de la empresa, y compensación económica al alto directivo adecuada (art. 8.3 RDAD). La similitud alcanza a la validez de la posible renuncia de la empresa a un pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato, llegando las SSTS de 21 de enero de 2004 (Rec. 1707/2003) ECLI:ES:TS:2004:203 y de 5 de abril de 2004 (Rec. 2468/2003) ECLI:ES:TS:2004:2322 a la misma solución que se adopta en la relación laboral común. Extinguido el contrato por desistimiento de la empresa, esta comunicó al directivo que renunciaba al compromiso y a la consiguiente indemnización. Al cabo de unos meses, el alto directivo reclamó el abono del importe acordado, y la Sala, con remisión a su doctrina contenida en la STS de 2 de julio de 2003 (Rec. 3805/2002), y por aplicación del art. 1.256 CC, razona que no es posible dejar al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento de los contratos y declara la nulidad de la cláusula sobre posible renuncia unilateral de la empresa al pacto de no competencia futura, condenando a la demandada al abono de la cantidad reclamada.

En ocasiones, y muy vinculados con el pacto de no competencia futura y con el fortalecimiento del deber de lealtad, entran en juego los acuerdos de confidencialidad (conocidos por sus siglas en inglés, NDA)⁶⁸, que podrían

68 SIERRA HERRERO, Alfredo, «Las cláusulas de confidencialidad en el contrato de trabajo», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* Vol. 41 Núm. 2, 2013, pp.145-179; aunque la mayor parte de la información disponible se encuentra en webs, blogs y otras fuentes digitales profesionales [La Confidencialidad en los Contratos de Alta Dirección - Sed Lex Abogados; La cláusula de confidencialidad en los contratos laborales; Acuerdo de confidencialidad ¿qué es y por qué se utiliza?; ¿Qué es un acuerdo de confidencialidad? Significado, usos y plantillas gratuitas - Dropbox (consultadas el 29 de octubre de 2025)].

plantear alguna fricción en la medida en que colisionen con el deber de transparencia —pensado, sobre todo, para defender los intereses de accionistas e inversores— que debe imperar todo buen gobierno corporativo⁶⁹. Y aunque esta obligación o directriz de buen gobierno es particularmente sensible, o está directamente relacionada, con las remuneraciones de los consejeros, sin duda puede alcanzar igualmente a toda la cúpula directiva, de la que también forma parte la alta dirección laboral. Cosa distinta es que exista un efectivo interés empresarial por que ciertos datos industriales, comerciales, financieros, corporativos o estratégicos no sean divulgados o utilizados para fines distintos de los que justifican su manejo intraempresarial, lo cual otorgaría soporte en el plano causal, legitimidad y justificación a este tipo de acuerdos. Con función preventiva, a su vez, respecto de los delitos económicos, en particular, el de revelación de secretos de empresa⁷⁰.

Por su parte, el pacto de permanencia en la empresa, que presupone igualmente haber recibido una especialización profesional costeadada por aquella —tal vez susceptible de producirse en los casos de promoción del art. 9 RDAD— se caracteriza en la alta dirección por no tener señalados límites temporales, y sí prevista expresamente la posibilidad de establecer una indemnización por daños y perjuicios para la empresa si el directivo abandona el trabajo antes del tiempo estipulado (art. 8.2 RDAD). Indemnización, dicho sea de paso, cuya cuantía no tiene por qué atender a los mismos parámetros que se suelen manejar en las relaciones laborales ordinarias: coste de la formación, en su caso, en proporción al tiempo que se anticipe la marcha de la compañía. Entre otras razones, por la diferencia en los posibles tiempos de permanencia.

2.3. Vicisitudes y extinción del contrato de alta dirección

Como ya se ha tenido oportunidad de indicar, la amplitud de la libertad de las partes y de su capacidad para llegar a acuerdos, permite que los cambios en el contrato y en las condiciones de ejecución de la prestación se lleven a cabo a través de negociaciones sobrevenidas o de la institución de la novación, en definitiva, de la voluntad concurrente entre empresa y la persona que ejerce las funciones de alta dirección. De modo que el RDAD no contiene nin-

69 Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, revisado en junio de 2020, CNMV [CBG_2020.pdf (última consulta el 29 de octubre de 2025)].

70 SPINOLA PÉREZ, Ana Belén, «El delito de Revelación de Secretos de Empresa en el mundo corporativo», *ELDERECHO.COM*, Lefebvre [El delito de Revelación de Secretos de Empresa en el mundo corporativo (consultado el 29 de octubre de 2025)]. Se refiere también a los secretos de empresa, en relación con una condena penal por un delito contra el mercado y los consumidores, la STS, Sala de lo Penal, de 2 de octubre de 2025 (Rec.717/2023) ECLI:ES:TS:2025:4220.

guna previsión ni remisión a la legislación común en relación con la movilidad funcional o geográfica o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de este personal.

Por poner algún ejemplo concreto, dadas las facultades empresariales para la designación y cese de estos cargos, la remoción de un puesto de alta dirección no se considera en principio una modificación peyorativa de las condiciones de trabajo, sino que formaría parte de la esfera de libertad en la toma de decisiones por el empresario en cuanto a la cobertura y provisión de los puestos de confianza y directivos⁷¹. Y la ya analizada promoción de un trabajador común a alto directivo, tampoco sería propiamente un cambio funcional o un ascenso, sino que estaría más cerca del territorio de una novación contractual, dotada de un régimen jurídico propio, el del art. 9 RDAD.

En lo que concierne a la suspensión del contrato, el art. 15.2 RDAD remite a las causas y efectos del art. 45 ET, es decir, a las comunes. Sin embargo, de nuevo la capacidad negocial de las partes seguramente permite establecer contractualmente supuestos distintos, o regular de forma dispar los efectos de la suspensión del contrato, por ejemplo, en casos de circulación de directivos dentro de un grupo empresarial⁷², o de expatriación.

Pero, sin lugar a dudas, es en materia extintiva donde la especialidad de la relación laboral de alta dirección alcanza su máxima expresión⁷³, y donde su específica normativa conecta de manera más directa con la confianza reforzada que la fundamenta y caracteriza⁷⁴.

Siguiendo el esquema habitual, se pueden distinguir los supuestos extintivos dependientes de la voluntad de las partes, concorde o de una de ellas, y la extinción por causas ajenas o independientes de dicha voluntad. Empezando por la extinción por voluntad del directivo (art. 10 RDAD), en caso de dimisión —esto es, de extinción no causal— la persona trabajadora deberá preavisar con un tiempo mínimo de tres meses, susceptibles de ser incrementado hasta seis, si se pacta expresamente en el contrato indefinido o en los de duración superior a cinco años. La omisión del preaviso desencadenará la obligación de abono a la empresa de una compensación económica equivalente al salario —sin especificación de si se trata de salario en metálico o también en especie— correspondiente al periodo incumplido. No obstante,

71 Desde las STS 4367/1987, de 23 de junio de 1987 ECLI:ES:TS:1987:4367; STS 6086/1989, de 6 de noviembre de 1989 ECLI:ES:TS:1989:6086; STS 2638/1990, de 21 de marzo de 1990 ECLI:ES:TS:1990:2638; y STS 1896/1991, de 17 de marzo de 1991 ECLI:ES:TS:1991:1896.

72 MARTÍNEZ MORENO, Carolina, «La circulación de trabajadores entre las empresas de un mismo grupo y los derechos de antigüedad», *REDT* n.º 51, 1992, pp.71-88.

73 Con carácter monográfico, MARTÍNEZ MORENO, Carolina, *La extinción del contrato de alta dirección*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

74 Entre otras muchas, lo destaca con claridad la STS de 18 de junio de 2012 (Rec.2604/2011) ECLI:ES:TS:2012:5263.

y como es bien lógico, no será preciso respetar el preaviso en los casos de incumplimiento contractual grave del empresario, al que seguidamente se prestará atención.

El supuesto de extinción por voluntad del trabajador basada en el incumplimiento de la empresa puede sustentarse en la concurrencia de las causas o situaciones recogidas en el art. 10.3 RDAD, algunas de las cuales tal vez se formula de manera excesivamente mimética respecto de las enunciadas en el art. 50 ET para la relación laboral común. La norma enumera las siguientes causas: 1.^a) la modificación sustancial de condiciones de trabajo que redunden notoriamente en perjuicio de su formación profesional, en menoscabo de la dignidad del directivo, o sean decididas con grave transgresión de la buena fe por parte del empresario; 2.^a) la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado⁷⁵; 3.^a) cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones empresariales (salvo fuerza mayor, en que no procederán las indemnizaciones previstas); y 4.^a) la sucesión de empresa o cambio importante en su titularidad, que tenga por efecto la renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamientos de su actividad principal, siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a los referidos cambios. Esta última, verdaderamente peculiar y propia de la relación especial, con lógico fundamento en la dependencia directa del alto directivo de los órganos de gobierno societario.

A decir verdad, sobre todo en el primer caso, no resulta fácil pensar en cómo se podría compaginar un eventual incumplimiento empresarial de esas características con la inexistencia de regulación o remisión a las reglas de la relación común en torno a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, habida cuenta de las facultades empresariales de libre designación y de libre disposición sobre los puestos de alta dirección y sobre las condiciones de prestación de servicios en los mismos. Recuérdesse que, tal y como se ha dicho hace un momento⁷⁶, la Sala de lo Social del TS sentó hace ya mucho tiempo que la remoción de un cargo de alta dirección o confianza no puede considerarse una modificación sustancial de condiciones de trabajo peyorativa. Distinto sería, es cierto, un vaciamiento y apartamiento de las funciones directivas sin verdadera remoción del cargo, que sí podría constituir una conducta vejatoria para el directivo, capaz de prestar soporte legal a la pretensión extintiva⁷⁷. En todos estos casos, la indemnización procedente será la

75 Téngase en cuenta que el ET fue modificado en este punto, con efectos de 3 de abril de 2025, con el fin de objetivar y cuantificar el alcance del incumplimiento por la Disposición final vigesimosexta, Uno de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (BOE 3 de enero). Modificación que, con seguridad, no es extensiva a los altos directivos.

76 Véase la jurisprudencia recogida *supra* en la nota n.º 65.

77 STS 4315/1990, de 6 de junio de 1990 ECLI:ES:TS:1990:4315.

pactada o, en su defecto, la fijada en el RDAD para el caso de desistimiento del empresario.

La normativa concursal ha previsto, además de un cauce ordinario para la suspensión y extinción de los contratos de alta dirección (art. 186 LC), un supuesto particular de resolución por voluntad del trabajador, con preaviso de un mes, precisamente cuando el administrador del concurso haya tomado la decisión de suspender los contratos del personal de alta dirección (art. 187 LC)⁷⁸. En ese caso, se podrá mantener el derecho a la indemnización prevista en el art. 186.2 LC, que permite al juez del concurso moderar la que corresponda, dejando sin efecto la que hubiere podido pactarse en el contrato, con el límite de la que corresponde conforme a la legislación laboral común para el despido colectivo. La administración concursal, en fin, podrá solicitar del juez que el pago del crédito relativo a la indemnización del alto directivo se aplase hasta que sea firme la sentencia de calificación (art. 188 LC). Estas decisiones del administrador concursal podrán impugnarse por el alto directivo ante el Juez mercantil, conforme a lo dispuesto en el art. 53.1 LC.

En el capítulo relativo a la extinción del contrato de alta dirección por voluntad del empresario, la principal y más específica causa extintiva es el desistimiento por pérdida de la confianza (art. 11.1 RDAD)⁷⁹. Al ser esta el fundamento de la relación contractual existente entre las partes, su desaparición conlleva la de una de las bases del contrato. Aunque en principio de trate de una extinción sin exigencia causal propiamente, es decir, sin que sea preciso que concurra una conducta infractora o incumplidora, dolosa o culposa, de la persona que ocupa el cargo⁸⁰, parece razonable pensar que la desconfianza que motiva el cese del alto directivo tendrá que provenir de alguna conducta suya, de una mala gestión, de una decisión desacertada, o de un desconocimiento y desvío de las indicaciones recibidas de los órganos de gobierno o de los máximos responsables de la administración societaria. En todo caso, ello puede obstaculizar establecer diferencias entre un desistimiento y un despido disciplinario por transgresión de la buena fe⁸¹, o desobediencia e indisciplina, incluso, por disminución del rendimiento del directivo. Ello hace que la existencia de esta causa específica pueda vaciar en buena medida de contenido el siguiente supuesto extintivo.

78 Aunque al amparo de la reforma de la LC anterior, puede verse GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, «Los efectos de la declaración del concurso sobre el contrato de trabajo», en *La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social* (coord. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio), Lex Nova, Valladolid, 2004, pp.247-249.

79 STS 950/1990, de 6 de febrero de 1990 ECLI:ES:TS:1990:950; STS 17629/1990, de 15 de marzo de 1990 ECLI:ES:TS:1990:17629; y STS 4467/1990, de 11 de junio de 1990 ECLI:ES:TS:1990:4467.

80 STS 585/1991, de 4 de febrero de 1991 ECLI:ES:TS:1991:585.

81 STS 17026/1990, de 26 de enero de 1990 (Rec.157/1988) ECLI:ES:TS:1990:17026.

Y, desde luego, la inexistencia o la dificultad de identificar una causa concreta, susceptible de objetivación y acreditación, no exonerará a la empresa de tomar la decisión extintiva sin lesionar los derechos fundamentales del directivo. De tal manera que, a semejanza de lo que ocurre en el caso de desistimiento durante el período de prueba, la extinción del contrato merecerá la calificación de despido nulo cuando se acrediten indicios de lesión de un derecho fundamental y la empresa no logre destruirlo mediante la prueba o más bien la persuasión o convicción del juzgador sobre la razonabilidad de la decisión extintiva desde el punto de vista de los intereses de la alta gestión y gobierno societario o empresarial. Cosa que, en ocasiones, no resultará sencilla. Pero sobre esto veremos algún supuesto práctico y real en la parte final de este trabajo, al vincularlo con la tutela y garantía de los derechos fundamentales de las personas que ocupan puestos de alta dirección.

En el plano formal, los requisitos del desistimiento son la forma escrita, el preaviso de tres meses susceptible de ampliar a seis en caso de contrato indefinido o de duración superior a cinco años el mismo previsto para la dimisión del directivo en el art. 10.1 RDAD, cuya omisión provocará la obligación de abonar una indemnización equivalente al salario también sin especificación de si se calcula sobre el salario en metálico o ha de incluirse el salario en especie del período omitido.

La indemnización para el trabajador en caso de desistimiento empresarial será la prevista en el contrato, y, en su defecto, siete días de salario en metálico aquí sí se ajusta el módulo de cálculo por año de servicio, con el límite de seis mensualidades. Se comprende, pues, la relevancia que adquieren en el contrato de alta dirección las cláusulas indemnizatorias, a las que se dedicará específicamente el siguiente apartado.

Aunque ya se ha dicho que la lógica disciplinaria encaja mal en la relación especial de alta dirección, fuertemente connotada con tintes personalistas, basada en la mutua confianza y caracterizada por el elevado grado de autonomía del directivo; y también se ha afirmado hace un momento que la existencia de esta especialidad en materia extintiva que es el desistimiento libre despoja de buena parte de su sentido al despido disciplinario, el RDAD le dedica el apartado Dos del art. 11, en el que, no obstante, se limita a decir que podrá adoptarse en caso de incumplimiento grave y culpable del alto directivo, sin más especificaciones causales. Es más, el art. 13 RDAD, al referirse a las faltas y sanciones, se remite a lo dispuesto en el contrato y no a la normativa general, no estando los altos directivos comprendidos en el ámbito de aplicación de los convenios colectivos. Es decir, que, a falta de previsión en el contrato, no existe régimen disciplinario ni sancionador de general aplicación a la alta dirección.

El plazo de prescripción de las faltas tampoco es el común, sino el de doce meses desde su comisión, o desde que el empresario tuviere conocimiento de las mismas. Así lo ha dicho la STS 6500/2003, de 22 de octubre de 2003 (Rec. 470/2003) ECLI:ES:TS:2003:6500, que descarta aplicar el plazo general del

art. 60.2 ET, a favor del específico señalado en el art. 13 RDAD. Así que, en resumidas cuentas, el despido disciplinario, sin perder del todo virtualidad como causa extintiva, requiere de no pocos ajustes y matices en la posible traslación de su régimen jurídico a la relación especial de alta dirección.

Pese a todo, y como es fácil adivinar, la causa extintiva de mayor incidencia en este contrato será seguramente la consistente en la transgresión de la buena fe. Aunque, en este caso, la graduación de la gravedad de la conducta a los efectos de justificar un despido disciplinario, seguramente se llevará a cabo con otros parámetros —de mayor exigencia que en relación con un trabajador común⁸². En el ámbito de la buena fe pueden actuar asimismo las conductas del directivo conectadas con su deber de exclusividad⁸³.

Por otro lado, la intercomunicación entre despido y desistimiento ha provocado en alguna ocasión la necesidad de acudir a la aplicación del fraude de ley para evitar la invocación del segundo con el único fin de eludir la activación de la exorbitante —«insólita» la califica el juzgador de instancia— cláusula indemnizatoria prevista específica y exclusivamente para el despido disciplinario improcedente. Así lo confirmaba, con acierto, la STS 4832/1989, de 25 de septiembre de 1989 ECLI:ES:TS:1989:4832. Bien es verdad que, en ese caso, en la comunicación remitida al directivo se le imputaban conductas constitutivas de graves incumplimientos contractuales, lo que permitía inquirir en la verdadera voluntad de la empresa al poner en conocimiento del directivo la decisión extintiva, que era en verdad la de despedir. El fenómeno se podría dar asimismo en sentido inverso.

Por lo que se refiere a las exigencias de forma, el art. 11.2 RDAD remite al art. 55 ET, básicamente en relación con los requisitos de la carta de despido. Y, en cambio, respecto de la calificación y efectos del despido disciplinario vuelve a haber especialidades (art. 11.3 RDAD). En primer lugar, la norma establece, tanto para cuando el despido sea declarado nulo como para cuando sea improcedente (téngase en cuenta que no hay remisión al art. 56 ET), que la readmisión o el abono de las indemnizaciones previstas se produzcan en los términos que las partes acuerden. Optándose por la indemnización en caso de desacuerdo. Sin perder de vista los particulares efectos en el caso de que el alto directivo hubiese sido promovido desde un puesto laboral común ex art. 9 RDAD. Y en cuanto a las indemnizaciones, serán las que se hubiesen pactado; y, en su defecto, la cuantía será de veinte días de salario en metálico por año de servicio, con el tope de doce mensualidades. Excluido el valor del salario en especie, los problemas podrían surgir para el cómputo de las partidas salariales variables o contingentes —*bonus*, objetivos, *stock options* o conceptos similares, lo que se obvia con facilidad negociándose cuantías a tanto alzado, en cantidades netas.

82 STS 16455/1991, de 31 de enero de 1991 ECLI:ES:TS:1991:16455.

83 STS 17042/1990, de 20 de enero de 1990 ECLI:ES:TS:1990:17042.

El resto de las causas extintivas presentan escasas variaciones comparadas con las comunes, al menos sobre el papel, y aunque podrían suscitar problemas aplicativos, en la práctica no parecen haber motivado demasiados litigios con reflejo significativo en la jurisprudencia y doctrina judicial. Por de pronto, el art. 12 RDAD dispone que el contrato de alta dirección también podrá extinguirse por las causas y mediante los procedimientos previstos en el ET. Esto es, empezando por lo más sencillo, sin la menor duda, por mutuo acuerdo, causas preestablecidas en el contrato o transcurso del tiempo pactado en contratos sometidos a término [art. 49.1 a), b) y c) ET].

A propósito de los motivos independientes de la voluntad de las partes, son igualmente irrefutables los efectos sobre la relación laboral de la muerte y jubilación del alto directivo [art. 49.1 e) y f) E]; y las circunstancias equivalentes afectantes al empresario, sumadas a la extinción de la personalidad jurídica contratante. En este último caso, con la singularidad ya examinada para el supuesto de cambio de titularidad significativo, que posibilita que, por voluntad del trabajador, quede desactivado el dispositivo sucesorio y el efecto de la subrogación previstos en el art. 44 ET [art. 10.3 d) RDAD]. Si surge o podría surgir aquí la duda de si son de aplicación al contrato de alta dirección las novedosas, y nada sencillas de llevar a la práctica, previsiones relativas a la necesidad de proceder a realizar ajustes razonables en la prestación en caso de declaración de gran invalidez, incapacidad permanente absoluta o total de la persona trabajadora [art. 49.1 n) ET]. Sin entrar ahora en mayores detalles, ocurriría aquí acrecentado por la propia complejidad e incertidumbre que suscita el nuevo resorte de garantía del empleo como pasa con la aplicación a la relación de alta dirección de otros mecanismos extintivos, tales como el despido por causas objetivas, o incluso el despido colectivo. La dificultad de pensar en ajustes idóneos para suplir las elevadas exigencias de desempeño de la alta dirección, sumada a la existencia de la posibilidad de desistir del contrato, sin perjuicio del coste que ello pudiera comportar, seguramente privan de virtualidad y sentido al trasvase a la relación especial de todas estas previsiones en materia extintiva. No obstante, en relación con el despido colectivo y, más en concreto, acerca de las extinciones computables, no puede dejar de traerse a colación la muy comentada STJUE *Balkaya*, de 9 de julio de 2015 (Asunto C-229/14) ECLI:EU:C:2015:455, que consideró que había de incluirse en el recuento, a efectos de determinar si se trataba efectivamente de un despido colectivo, la extinción del contrato de un administrador de una sociedad de capital⁸⁴. Tal vez con más motivo debería serlo

84 GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier y DÍAZ ZAFORAS, David, «La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo* 57, enero-marzo 2016, pp.37 a 61; más recientemente, con un repaso de la doctrina del TJUE, MARTÍNEZ MORENO, Carolina, «Una cuestión clave en el despido colectivo. El cómputo de las extinciones. A propósito de la STJUE Plamaro de 11 de julio de 2024», *Revista de Derecho Social* Número 107, 2024, pp.165 y ss.

la de un alto directivo, fuere cual fuere el modo de dar por terminada su relación laboral.

2.4. La relevancia de las cláusulas indemnizatorias y los «blindajes»

Una de las manifestaciones de mayor interés de la amplia libertad de pactos que impera en la relación especial de alta dirección es la posibilidad de estipular cláusulas en materia de indemnización por la extinción del contrato, más conocidas en el argot societario como «blindajes» o «paraguas dorados», frecuentes también como se apuntó más arriba en supuestos de cese de administradores y consejeros de las sociedades de capital⁸⁵; y, en fin, caracterizadas por los elevados importes que habitualmente se fijan.

La doctrina de la Sala Cuarta del TS vinculó muy pronto este tipo de cláusulas con la singularidad de la relación, la especial confianza que la fundamenta e inspira, y la importancia de la voluntad de las partes como fuente de los derechos y obligaciones de las partes. Se acaba de dar cuenta de las ocasiones en las que la norma remite las consecuencias indemnizatorias a lo establecido en contrato. Esto, junto a la distancia existente entre las cuantías que suelen pactarse y las que rigen por defecto, ha dado origen a no pocos litigios, derivados u ocasionados por la necesidad de discernir con claridad la aplicación de la estipulación al supuesto concreto para el que estaba prevista, en cuyo caso no podrá hacerse valer su extensión a supuestos diferentes⁸⁶. Si la correlación entre la causa extintiva y la indemnización pactada no estuviera lo suficientemente clara en el contrato, o las partes pretendiesen hacer valer alcances dispares de lo acordado, el asunto se vuelve más complicado aún. Pues bien, este tipo de disputas han sido muy frecuentes, y la línea doctrinal mantenida a ese respecto no perfectamente uniforme o exenta de matices.

Antes de brindar algún ejemplo concreto, convendría hacer un desglose de los supuestos indemnizatorios que engloba el RDAD, siguiendo para ello el esquema que ya facilitara la STS 17705/1990, de 27 de marzo de 1990 ECLI:ES:TS:1990:17705, que diferenciaba los siguientes: 1.º) Desistimiento preavisado del empresario (art. 11.1, párrafo inicial, RDAD); 2.º) Desistimiento del empresario sin preaviso (art. 11.1, párrafo final, RDAD); 3.º) Despido disciplinario

85 Puede verse, entre otras, la STS, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2018 (Rec.3621/2015) ECLI:ES:TS:2018:3949; o la STS, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 2013 (Rec.1469/2011), asunto *Hispasat*, ECLI:ES:TS:2013:3609.

86 Por ejemplo, la STS 509/1991, de 30 de enero de 1991 ECLI:ES:TS:1991:509, afirma que ha de llevarse a cabo una interpretación estricta de estas cláusulas, siempre que sean lo suficientemente claras. Ver también la STS 505/1991, de 30 de enero de 1991 ECLI:ES:TS:1991:505.

improcedente (art. 11.2 RDAD); 4.º) Despido disciplinario nulo (art. 11.3 RDAD); 5.º) Resolución por voluntad del trabajador (art. 10.3 RDAD); y 6.º) Extinción de la relación especial en supuestos de promoción, con relación común precedente en suspenso, que a su vez puede dar lugar a dos situaciones dispares: la primera, extinción de la relación especial con opción por reanudar la relación común suspendida; la segunda, con desvinculación total de la empresa, esto es, con extinción simultánea de la relación especial y de la relación común subyacente que estaba en suspenso, latente se dice en ocasiones (art. 9.3 RDAD).

Empezando por este último supuesto, para cuantificar las indemnizaciones que corresponden por la extinción de cada una de ellas, o de las dos a la vez, los períodos de prestación de servicios se computan por separado. De modo que, en el primer caso señalado, el trabajador percibirá únicamente la indemnización por la extinción de la relación especial, calculada en función del tiempo de servicios prestado como personal de alta dirección; mientras que en el segundo, habrá de compensarse también la extinción de la relación común⁸⁷, descontando del tiempo de servicios aquel durante el que la persona hubiere estado realizando funciones de alta dirección.

Resulta de interés lo que sobre el particular se suscita en el asunto sobre el que versa la STS de 13 de febrero de 2008 (Rec. 4348/2006) ECLI:ES:TS:2008:2321. La relación especial de alta dirección se extinguió en virtud de un despido que se declaró improcedente, con el consiguiente efecto indemnizatorio calculado, en ausencia de pacto, en función del módulo fijado en el RDAD, a razón de veinte días de salario en metálico por año de servicio, computándose únicamente el tiempo de duración de la relación especial. Pero lo que la Sala clarifica a continuación es que, en tal caso, estando en suspenso la relación común precedente, es posible sacarla de su letargo y restablecerla, pero no surge para el trabajador la posibilidad de extinguir también ese contrato anterior de naturaleza ordinaria con abono de la correspondiente compensación económica.

Otro buen ejemplo de los efectos en el momento de la extinción de la concatenación de condiciones o vínculos de diversa naturaleza lo proporciona la STS de 28 de junio de 2002 (Rec. 2460/2001) ECLI:ES:TS:2002:9174. El trabajador inició en 1974 una relación con la empresa de carácter común, pasando diez años más tarde, en 1984, a la condición de alto directivo. Y en 1997 retornó a la relación inicial al haberse revocado los amplios poderes conferidos. Instada la resolución del contrato ex art. 50 ET en el año 2000, la sentencia recurrida, estimando la demanda, condenó al pago de la suma de dos cantidades: la indemnización por la extinción de la relación común acumulando los períodos inicial y final, por un lado, y una cantidad adicional resultado de aplicar el módulo de siete días por año de servicio por la extinción de la relación especial de alta dirección. La Sala Cuarta del TS, con

87 STS 16455/1991, de 31 de enero de 1991 ECLI:ES:TS:1991:16455.

estimación en este punto del recurso de la empresa, considera que la acción para la reclamación de esa segunda cantidad estaría prescrita, procediendo únicamente el pago de la correspondiente al tiempo acumulado de trabajo ordinario, descontando los años de servicio en que se realizaron funciones de alta dirección.

Plazo de prescripción, dicho sea de paso, que es el genérico de un año previsto en el art. 59.1 ET, que se comienza a computar el día en que la acción de reclamación podría haberse ejercitado.

Por fin, la STS de 20 de noviembre de 2002 (337/2002) ECLI:ES:TS:2002:7733, se ocupa de un supuesto un tanto diferente, pero en el que también concurren vinculaciones de naturaleza distinta. En el caso, el alto directivo había ocupado por un tiempo el cargo de Consejero-delegado único. La Sala, con estimación en ese punto del recurso de la empresa, sostiene que para el cálculo de la indemnización por despido improcedente del trabajador hay que deducir el tiempo en que el interesado desempeñó el referido cargo. Como es fácil de advertir, esta solución es una consecuencia directa de la aplicación de la doctrina sobre la naturaleza del vínculo, de conformidad con la cual, en ese periodo era incompatible la simultaneidad de ambas condiciones, la de cargo orgánico y la laboral de alta dirección, por lo que no puede considerarse tiempo de servicios computable.

En relación con el resto de supuestos extintivos y sus efectos pecuniarios, tal y como se anticipaba, la casuística y las soluciones de los tribunales han ofrecido numerosos matices y variantes. Una primera alternativa interpretativa subrayaba la necesidad de llevar a cabo una interpretación estricta, en sus propios términos, de las cláusulas de blindaje. Sirva como primer ejemplo la STS de 25 de noviembre de 2002 (Rec. 826/2002) ECLI:ES:TS:2002:7855, aunque no se pronuncie sobre el fondo por falta de contradicción entre las sentencias recurrida y de contraste. Se suscitaba en el caso el problema del alcance de un pacto suscrito entre el trabajador y la empresa, en el que se establecía un preaviso mínimo de tres meses y una indemnización de cuarenta y cinco días por año de servicio para cualesquiera de las modalidades extintivas previstas en la ley, salvo en caso de grave, voluntaria y reiterada transgresión de la buena fe contractual por parte del trabajador. El directivo fue, efectivamente, despedido, y la decisión extintiva declarada improcedente, pero se discutió además en el litigio si a la indemnización pertinente había que adicionar una cantidad en concepto de omisión del preaviso. Tanto en la instancia como en suplicación se desestimó esta pretensión porque, en buena lógica, el preaviso constituye una medida ajena o extraña al despido disciplinario, que es propiamente una respuesta o reacción frente a un incumplimiento laboral grave o muy grave que no admite dilación.

Tiene un interés añadido esta sentencia, precisamente porque la falta de contradicción se aprecia a tenor de la disparidad de redacciones de las cláusulas indemnizatorias de los respectivos asuntos comparados; no descartando la Sala la posibilidad de alcanzar una solución diferente, cuando los

términos del acuerdo lo permitiesen porque de los mismos pudiese inferirse la voluntad de las partes de agregar conceptos indemnizatorios o resarcitorios. Por ejemplo, en el caso que se cita, analizado en la STS de 19 de noviembre de 2001 (Rec. 3083/2000) ECLI:ES:TS:2001:8978, donde en el contrato se establecía el derecho del trabajador a que se respetase el plazo de preaviso seguido a continuación de la expresión «independientemente de la indemnización prevista», lo que da pie a la interpretación favorable a la posible compensación acumulada.

Pues bien, efectivamente, la Sala Cuarta del TS ha declarado en reiteradas ocasiones la compatibilidad de la indemnización por omisión del preaviso con las que correspondan por desistimiento o, en su caso, despido improcedente del alto directivo. En este sentido, el ATS de 16 de enero de 2024 (Rec. 2434/2023) ECLI:ES:TS:2024:662A, confirma la recurrida, de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 13 de marzo de 2023 (Rec. 696/2022), apreciando para la desestimación del recurso la falta de contenido casacional por seguir la resolución objeto de impugnación la referida doctrina de la Sala⁸⁸.

Entre los pronunciamientos que optan por una interpretación estricta de los términos del acuerdo indemnizatorio se encuentra también la STS de 25 de septiembre de 2003 (Rec. 348/2003) ECLI:ES:TS:2003:5725. Al punto de hacer valer la cláusula de blindaje, condenando al pago de la cantidad fijada, pese a que la calificación otorgada por las partes al contrato como de alta dirección fue objeto de revisión por el órgano jurisdiccional, que entendió que se trataba de una relación laboral de naturaleza común, y que no habían concurrido vicios del consentimiento invalidantes del acuerdo de voluntades.

Y a propósito de un supuesto en el que igualmente había existido confusión en la determinación de la naturaleza de la relación, la STSJ de Madrid, de 27 de enero de 2023 (Rec. 805/2022) ECLI:ES:TSJM:2023:415, siguiendo la doctrina sentada por la STS de 10 de mayo de 2022 (Rec. 1783/2019), afirma que la indemnización abonada por omisión del preaviso en caso de desistimiento de una relación laboral especial de alta dirección es susceptible de compensar con la de despido improcedente fijada en sentencia que califica la relación como laboral común.

Como se ha dicho, la Sala Cuarta del TS ha asumido también una postura favorable a cierta interpretación flexible, tal vez más allá de la literalidad de las cláusulas, en el sentido de asimilar, a efectos indemnizatorios, los desistimientos a los despidos declarados improcedentes y otras extinciones no dependientes directamente de la voluntad del directivo o no imputables a un incumplimiento grave del empleado. Y extendiendo las cláusulas fijadas para uno de esos supuestos a los demás. A fin de cuentas, en todos esos casos se trataría de extinciones sin causa justificada, merecedoras de la misma com-

88 Con cita de las SSTs de 11 de mayo de 2021 (Rec.4325/2018), 25 de noviembre de 2008 (Rec.5057/2006) y de 15 de julio de 2013 (Rec.2926/2012).

pensación económica. Esta es la línea apuntada en la STS de 6 de junio de 1996 (Rec. 2469/1995) ECLI:ES:TS:1996:3438, que remite a la de 27 de julio de 1990, y considera que debe aplicarse una cláusula indemnizatoria que fijaba una cuantía de tres años del salario anual para el supuesto de despido improcedente, a los supuestos de extinción del contrato por desistimiento empresarial.

Abundando en ese mismo sentido, la STS de 21 de mayo de 2004 (Rec. 2707/2003) ECLI:ES:TS:2004:3513 decide que se amplíe la eficacia del pacto indemnizatorio inserto en el contrato para el caso de despido disciplinario improcedente (veinte millones de pesetas) al supuesto de resolución contractual ex art. 50 ET.

En contra de este criterio, alguna doctrina judicial, como la STSJ del País Vasco, de 27 de junio de 2023 (Rec. 972/2023) ECLI:ES:TSJPV:2023:1415, decide desconocer o dejar de aplicar esa jurisprudencia de la Sala Cuarta y, habiéndose calificado la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas (pérdida de la concesión) como un despido improcedente por incumplimiento de los requisitos formales (la simultánea puesta a disposición de la indemnización pertinente), considera que no es de aplicación la indemnización pactada en la cláusula de blindaje, que entiende reservada en exclusiva para el despido disciplinario; y, además, porque en el caso no se puede sostener que la extinción fuera debida a la voluntad de la empresa, al basarse en una causa objetiva consistente como se ha dicho en la pérdida de la contrata, incluso habiéndose declarado su improcedencia, bien es cierto que por motivos formales. Buena prueba de la discusión a que pudiera dar lugar este criterio discrepante es el voto particular que el magistrado Eguaras Mendiri formula al parecer de la mayoría de la Sala, en el que recalca que el establecimiento de cláusulas «importantes» en caso de extinción del contrato corresponde a la libre voluntad de las partes, a las particularidades de la relación especial, a las funciones del alto directivo y observación interesante a su propia vulnerabilidad. Y, en el caso, se trata a fin de cuentas de un despido adoptado contraviniendo los presupuestos normativos para su corrección, por voluntad de la empresa, por tanto. Así pues, de acuerdo con la doctrina del TS que ya se ha comentado, hubiera debido aplicarse a un despido improcedente el blindaje estipulado.

Una última cuestión que es preciso abordar a continuación, y como colofón a este apartado, es la relativa a los salarios de tramitación. De la redacción contenida en el RDAD, una vez más, se derivan algunas contradicciones o dudas interpretativas específicamente en relación con estas percepciones. Por una parte, el art. 11.2 y 3 RDAD no se refiere en ningún momento a los salarios de tramitación. Sin embargo, el propio art. 11.2 RDAD se remite al mismo tiempo al art. 55 ET en cuanto a la forma y efectos del despido; pero en cambio no hay remisión expresa al art. 56 ET. Así las cosas, resulta obligado separar las consecuencias del despido improcedente y del nulo. Para este último, por la remisión a lo dispuesto en el art. 55 ET debería proceder su abono. Algo añadi-

remos sobre esto en el apartado final de este estudio. Pero la conclusión sería distinta en relación con el despido improcedente si se acuerda la reincorporación del directivo. Por cierto, no parece que exista impedimento para que en ese caso el acuerdo incorporase alguna referencia o estipulación específica sobre este problema. Tal vez tampoco que se hubiese incluido inicialmente en alguna cláusula del contrato.

Sea como fuere, pese a que la Sala Cuarta del TS inicialmente consideró procedente el abono de los salarios de tramitación por estricta aplicación de la remisión que en el RDAD se hacía al art. 55 ET en relación con los «efectos» del despido⁸⁹, enseguida se impuso la solución contraria, que es la que ha prevalecido hasta la actualidad⁹⁰. La Sala argumenta sobre la base, primero, de la inexistencia de previsión expresa en el RDAD ni directa, ni por remisión al art. 56 ET; pero, además, por las propias singulares características de la relación especial y su particular régimen extintivo. Todo lo cual, como ya se ha tenido ocasión de precisar, justifica las derogaciones de las reglas comunes y la limitación o exceptuación de las garantías de estabilidad en el empleo⁹¹. Aunque más bien diría en la línea de lo razonado en el comentado voto discrepante formulado a la STSJ del País Vasco recién citada la mayor vulnerabilidad que en ese sentido pudiera afectar a los altos directivos se vería bien compensada con la cuantía de sus emolumentos.

3. La especial confianza y vinculación a la empresa y su compatibilidad con el respeto a los derechos fundamentales

3.1. La premisa: el necesario reconocimiento de los derechos básicos de la persona

La premisa sobre la que ha de asentarse cualquier consideración a propósito de este difícil pero crucial asunto no puede ser otra que la de la legalidad, que es al mismo tiempo y en primer lugar legalidad constitucional. Y, desde ese punto de vista, el art. 2.2 ET hace una declaración formal según la cual las normas que contengan el régimen jurídico de las relaciones laborales especiales habrán de respetar, en todo caso, los derechos básicos de contenido

89 En la STS 4751/1988, de 20 de junio de 1988 ECLI:ES:TS:1988:4751; y STS 5457/1988, de 12 de julio de 1988 ECLI:ES:TS:1988:5457.

90 Ver STS de 26 de abril de 2001 (Rec.1302/2000) ECLI:ES:TS:2001:3424, que remite a las de 15 de marzo de 1989, 9 de octubre de 1989, 12 de febrero de 1990, 26 de febrero de 1990, 6 de marzo de 1991, 12 de marzo de 1993, 4 de enero de 1999 y 8 de noviembre de 1999.

91 *Vid. supra*, nota n.º37.

constitucional. Y aunque la norma no remita al art. 4 ET, el elenco de derechos derivados de la relación laboral que se contiene en este último precepto enraíza, más directa o indirectamente, con los que consagra la Constitución Española de 1978 (CE)⁹². Salvo, tal vez, el de información, consulta y participación en la empresa, que encuentra mejor asidero en el Derecho de la UE.

Sin embargo, el RDAD no sólo no reconoce de manera expresa ni remite a normativa alguna reguladora de la mayor parte de esos derechos, sino que muchos de ellos quedan seriamente comprometidos por las repercusiones que en el estatuto del alto directivo derivan de su elevada posición en la empresa, su gran autonomía y la especial confianza que fundamenta la relación especial, y a las que se ha ido dedicando las consideraciones y análisis realizados en los apartados que preceden.

De todos modos, es incuestionable que los derechos más intrínsecamente conectados con la dignidad de la persona, la intimidad, la integridad física y moral, la salud, la no discriminación, o la tutela judicial, indudablemente han de quedar preservados, por muy especial que sea la relación laboral del alto directivo con su empleadora. Sobre esto se podrá ver algún ejemplo en el apartado final de este estudio.

3.2. Los derechos sindicales y de acción colectiva

Pero una zona más sombría o de mayor penumbra se cierne sobre los derechos sindicales y de acción colectiva, derechos de indudable raigambre laboral y con un reconocimiento constitucional, en su mayor parte, dotados de las máximas garantías.

Empezando por la libertad sindical, reconocida con el carácter de derecho fundamental en el art. 28.1 CE, y extendida por la *Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical* (LOLS)⁹³ incluso a personas no unidas por vínculos de naturaleza asalariada. Nada se dice en torno a esto en el RDAD ni en la LOLS, a la que, por otro lado, el RDAD no remite. Pero nadie duda de que los altos directivos, aun pudiendo en su condición de trabajadores ser titulares del derecho a la libertad sindical en la plenitud de su contenido⁹⁴, ni se afilian ni participan en actividades o acciones de índole sindical, como no lo hacen los empresarios cuyo papel asumen. Por el contrario, los directivos,

92 Por recordarlos: derecho al trabajo, ocupación efectiva y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE); libre sindicación y derecho a la huelga (art. 28.1 y 2 CE); negociación colectiva y adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.1 y 2 CE); derecho de reunión (art. 21 CE); promoción (art. 35.1 CE); no discriminación (art. 14 CE); integridad física y prevención de riesgos (15, 40.2 y 43.1 CE); intimidad (art. 48.1 y 4 CE); dignidad (art. 10 CE); derechos salariales (art. 35.1); ejercicio de acciones y tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

93 BOE 8 de agosto.

94 De conformidad con lo dispuesto en el Artículo Primero, 1 y 2, y el Artículo Segundo LOLS.

incluso los que no se encuentran en la cúpula de la alta gestión de la empresa, tienden a constituir e integrarse en asociaciones profesionales y específicas para su colectivo, al modo en que lo hacen las personas desprovistas del derecho de sindicación. Este fenómeno o esta tendencia se explica por el «parentesco sociológico»⁹⁵ de la alta dirección con el empresario mismo, con la titularidad de la entidad, lo que resulta incompatible con la lógica de la confrontación o contraposición de intereses propia del hecho sindical.

Con más claridad y por las mismas razones de fondo, aunque no libre de dificultades formales de encaje⁹⁶, el RDAD excluye al personal de alta dirección de la intervención en el proceso de conformación de los órganos de participación y representación del personal en la empresa (art. 16 RDAD). Sin perjuicio de que puedan contar con otras formas de representación, que serán prevalentemente individualizadas. No en vano su relación se rige eminentemente por la libertad contractual de las partes⁹⁷.

Algo más elaborada, en fin, debe ser la motivación y fundamentación de la exclusión de los altos directivos del ámbito de aplicación de los convenios colectivos y, en resumidas cuentas, del derecho a la negociación colectiva. Pese a que ya en la referencia a las fuentes de la relación el RDAD no haga mención alguna a ellos, y en cambio sí lo haga, eminentemente, a la autonomía individual. Es cierto que las Ordenanzas Laborales ya dejaban, de manera general, fuera de su alcance al personal de «alta dirección, alto gobierno y alto consejo». Y que, en los primeros convenios colectivos, ya antes de la inclusión en el ámbito laboral de la relación especial, se pudo seguir esa inercia, que aún hoy en día perdura. Pero, aun siendo una cuestión histórica y fáctica, no es posible dejarla desprovista de razones jurídicas. De nuevo la doctrina lo ha tratado de esclarecer vinculándola a la desconexión de la alta dirección de los canales de legitimación para negociar⁹⁸, en definitiva, de los sujetos a los que el ordenamiento reconoce la capacidad para ejercer el derecho constitucional a la negociación colectiva, que son los representantes de los trabajadores y de los empresarios, esto es, sujetos colectivos⁹⁹ (art. 37.1 CE). Esto es meridianamente claro en relación con los convenios de ámbito empresarial, por lo ya dicho en relación con el apartamiento de los altos directivos del modelo de participación del Título II ET, que es el que diseña los sujetos

95 Muy gráficamente, DE VAL TENA, Ángel Luis, *Lo trabajadores directivos de la empresa...*, cit., pp.457 y 458.

96 Recuerda DE VAL TENA, Ángel Luis, *op.cit.*, que la legalidad del RDAD fue avalada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS en sentencia de 22 de octubre de 1987 (p.460).

97 Como destaca la STS 17629/1990, de 15 de marzo de 1990 ECLI:ES:TS:1990:17629.

98 De nuevo, hay que citar a DE VAL TENA, Ángel Luis, *op.cit.*, pp.462 y ss.

99 Con la salvedad del ámbito empresarial, si se tratara de una empresa de titularidad de una persona física, en cuyo caso, podría ser incluso el propio alto directivo quien actuara en la posición empresarial. Y supuesto que ese tipo de empresa estuviese en condiciones de negociar su propio convenio.

que negocian en el referido ámbito. Y respecto de los convenios sectoriales o de la posibilidad de que negocien en el ámbito de la empresa las secciones sindicales, por lo que también se ha indicado al principio de este apartado sobre lo ajeno que resulta a la alta dirección el canal de representación y de acción de naturaleza sindical. Es, además, a través de la participación en la elección de los representantes del personal en la empresa como se establece la medición de la representatividad, que a su vez determina la legitimación para negociar los convenios colectivos de ámbito sectorial.

Por último, en relación con el derecho a la huelga y a la adopción de medidas de conflicto colectivo (arts.28.1 y 37.2 CE), no hay instituciones que se alejen más de lo que a la situación de una persona en la alta dirección de una compañía le es natural: cercanía a la posición del empresario o titular; individualización de la relación de servicios; deberes de buena fe y lealtad, pese a que este término se haya procurado desconectar de la noción de buena fe, incluso de la de confianza, por sus connotaciones de adhesión personal, y como dijera el TC en su sentencia 88/1985, de 19 de julio manifestación del «feudalismo industrial» que «repugna al Estado social y democrático de Derecho». En el caso del alto directivo seguramente pervive esa idea de la obligación de observar una conducta leal con su empleadora. En suma, resulta inconcebible imaginar a un alto directivo participando en una huelga, o promoviendo o respaldando una medida de conflicto o de presión frente a la empresa, que no sea la negociación cara a cara. Así que, podría decirse que lo dispuesto en el art. 2.2 ET, en este punto, está completamente vaciado de contenido. No obstante, como normalmente la realidad supera nuestra imaginación, enseguida se dará cuenta de algún asunto que enfrenta de cara el problema.

3.3. Las consecuencias de la lesión de derechos fundamentales en la relación de alta dirección

A decir verdad, no ofrece la casuística de los tribunales demasiados ejemplos que sirvan para construir una doctrina con base jurisprudencial sobre este particular asunto. Pero respecto de alguna reclamación deducida a raíz de medidas extintivas adoptadas por la empresa se ha podido arrojar claridad sobre la extensión también a la alta dirección de la tutela reforzada de los derechos fundamentales. Ya se ha dicho algo en relación con el desistimiento *ad nutum*, al que serían extrapolables las consideraciones sobre al cese durante el período de prueba, que no ampara decisiones lesivas de esos derechos¹⁰⁰. Y en relación con el despido, la base la proporciona el propio

100 MARTÍNEZ MORENO, Carolina, «Desistimiento en un contrato de alta dirección y lesión de derechos fundamentales», *Aranzadi Social* n.º 20, 2007, pp.1286-1291. También la STS de 18 de junio de 2012 (Rec.2604/2011) ECLI:ES:TS:2012:5263, que seguidamente se comenta.

RDAD, que remite en el art. 11.2 al art. 55 ET que en su apartado 5 enumera los supuestos de despido nulo, y que en el 11.3 se refiere específicamente a los efectos del despido nulo en el contrato de alta dirección.

El primer asunto que viene al caso traer a colación es el que dirime la STS de 18 de junio de 2012 (Rec. 2604/2011) ECLI:ES:TS:2012:5263, referida a un capitán de un buque, que es cesado en virtud de desistimiento de la compañía empleadora por pérdida de la confianza. La Sala parte de la convicción de que la decisión se adoptó a resultas de la participación de aquél en una huelga¹⁰¹, y para llegar a la conclusión final recuerda el carácter fiduciario de la relación especial y su derivación en las especialidades de su régimen extintivo. En particular, la aceptación del desistimiento sin causa, la alteración de la regla común sobre la condena a la necesaria readmisión, las particularidades en materia indemnizatoria y la exclusión del abono de los salarios de tramitación. Pese a ello, la Sala pone en duda la licitud de esta regulación, e insiste en que incluso el desistimiento sin causa se encuentra igualmente con el límite del respeto a los derechos fundamentales. Invoca la Sala la doctrina sobre el despido radicalmente nulo, categoría acuñada por el TC, cuya doctrina se repasa. Aunque no es la STC 38/1989, que se cita erróneamente, la que procedió a dicha categorización, sino la STC 38/1981¹⁰², que se aplicaba entonces a los despidos discriminatorios o con lesión de derechos fundamentales, a los que se imponía la necesaria readmisión de la persona trabajadora con abono de los salarios dejados de percibir. Y, finalmente, pese a que el art. 11.3 RDAD —que desplazaría a lo dispuesto en el art. 55.6 ET condiciona la readmisión al acuerdo entre las partes, concluye estimando el recurso de la parte actora, declarando la nulidad radical del despido y condenando a la readmisión forzosa y al pago de los correspondientes salarios.

También sobre una decisión que afecta al capitán de un buque, y, curiosamente, en la misma empresa, es de gran interés la STS de 7 de mayo de 2024 (Rec. 5692/2022) ECLI:ES:TS:2024:2641, pese a que no se pronuncia sobre el fondo, una vez más, por falta del presupuesto de la contradicción con la sentencia de contraste. Pero sirve para ilustrar esta problemática la sentencia que es objeto del recurso, la STSJ de Galicia de 24 de octubre de 2022 (Rec. 3760/2022) ECLI:ES:TSJGAL:2022:7201. La empresa decidió cesar al capitán al mando de un buque de salvamento, y reintegrarlo a su anterior puesto

101 No es fácil encontrar información sobre las repercusiones de una huelga en un buque, menos aún sobre la posición en esos casos del capitán, que ha de adoptar medidas de seguridad y operativas, difícilmente compatibles con el ejercicio del derecho de huelga. Más en general, referido a los buques de pesca, MARTÍNEZ GAYOSO, María Nieves, «El derecho fundamental de la huelga cuando se trabaja a bordo de buques pesqueros», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* N.º 60, 2021.

102 Ver, ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, «El despido en la doctrina del Tribunal Constitucional», *TRABAJO, Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, vol.4, 1998, [<https://www.uhu.es/publicaciones/ojs/index.php/trabajo/article/view/224/388> (última consulta del 7 de octubre de 2025)].

de primer oficial de puente; medida que el trabajador achaca al ejercicio de sus funciones como delegado de prevención y a que, entre otras actuaciones inherentes a dicha condición, había presentado poco tiempo antes una denuncia ante la ITSS sobre el incumplimiento del dispositivo de puesta a flote del bote de rescate y sobre la inexistencia de sistema de detección de incendios. El demandante alegaba que la decisión de la empresa constituiría una represalia lesiva de su garantía de indemnidad. La referida sentencia de la Sala gallega acogió el recurso de suplicación del trabajador, considerando acreditada la concurrencia de indicios suficientes para apreciar la vulneración del derecho fundamental a la indemnidad, a lo que no obsta que se trate de un cargo o puesto de libre designación, condenando a la empresa a reponerlo en el puesto de capitán y al abono de una indemnización de 18.000 euros. También es significativo que la sentencia de contraste versara sobre un capitán de buque de esa misma compañía, aunque los hechos y las pretensiones ejercitadas no reunieran la necesaria identidad. Tal vez ello indica que, al menos en ese sector, las reclamaciones de este tipo no sean tan infrecuentes.

Por fin, ese mismo trabajador de la sentencia recién glosada, y por los mismos hechos¹⁰³, había instado asimismo una acción de resolución del contrato por vulneración de derechos fundamentales la garantía de indemnidad, que fue objeto de desestimación tanto en la instancia como en suplicación, recurso que se dirimió en la STSJ de Galicia de 29 de septiembre de 2022 (RS. 3159/2022), ECLI:ES:TSJGAL:2022:6757. Esta a su vez fue recurrida en casación unificadora, recurso que desestima la STS de 7 de mayo de 2024 (Rec. 5821/2022) ECLI:ES:TS:2024:2647, también por falta de contradicción. Resultan de provecho, por lo que ahora se trata, los pasajes de la sentencia de la Sala de Galicia donde se reitera que el desistimiento debe respetar, en todo caso, los derechos fundamentales del trabajador, entre ellos, la garantía de indemnidad. Sin embargo, en este caso, el juzgador —con un criterio que podría ser cuestionable considera que todas las actuaciones en las que aquel fundamenta la vulneración padecida son parte de su papel como delegado de prevención, no «a título individual» y en defensa de sus derechos, de derechos propios, se colige—. De ahí que la Sala, que confirma la sentencia de instancia, descarte que se haya vulnerado un derecho fundamental. La crítica a esta solución me parece que estriba en que es difícil disociar el rol de la persona, y que es justamente el desempeño de sus funciones el origen de la decisión de la empresa, reactiva a las denuncias. Que es, en fin, exactamente lo que ocurre en muchos de los casos en que la garantía de indemnidad opera o se activa.

Para cerrar este trabajo no me resisto a mencionar un caso que ha excitado la atención de medios de comunicación, redes sociales y foros diver-

103 Aunque el relato fáctico de las sentencias recaídas en ambos procedimientos, como es comprensible, difiere.

sos, incluso alguno sumamente autorizado¹⁰⁴, aunque en este momento no se pueda indagar o profundizar demasiado en él. Se trata del despido del Consejero Delegado de la compañía Nestlé, que mantenía una relación sentimental o afectiva con una empleada¹⁰⁵. No está del todo claro si el eventual conflicto de intereses, tal vez la vulneración de algún código interno de la compañía, lo provoca simplemente el hecho en sí, o que a partir de esa relación la empleada fuera objeto de trato de favor, como poco después se publicó¹⁰⁶.

Es un hecho que existen normas en diferentes esferas que establecen limitaciones o regímenes de incompatibilidades con el fin de que personas con parentesco o pertenecientes al círculo familiar de los directivos no puedan obtener beneficios de manera fraudulenta o con preferencia o en detrimento de los derechos de terceros. Pero la pregunta de cierre sería si pueden las compañías regular internamente las relaciones amorosas de sus empleados, aunque se trate de directivos¹⁰⁷, imponer o prohibir comportamientos en la esfera privada e íntima, o imponer sanciones, salvo que se pruebe la comisión de conductas irregulares o defraudadoras de la confianza y la probidad de las personas trabajadoras¹⁰⁸.

104 CRUZ VILLALÓN, Jesús, aquí https://www.elnacional.cat/oneconomia/es/opinion/relaciones-pareja-en-trabajo-conflictos-intereses-jesus-cruz-villalon_1482032_102.html (última consulta el 31 de octubre de 2025).

105 https://www.elmundo.es/economia/empresas/2025/09/01/68b5e2cafdff95688b456d.html?fbclid=IwVERTSAMkIT1leHRuA2FibQIxMAABHoYQoG8KM-m5KUu090RolsjVGUiobB9lymko4uF-f9JXH9BsCMuEnLWsr4Z_n_aem_Og9tt_UqGP8_Wji18VCyFg&sfnsn=scwspmo (última visita el 31 de octubre de 2025)

106 <https://www.eleconomista.es/informalia/famosos/noticias/13528675/09/25/el-directivo-de-nestle-despedido-favorecia-a-la-empleada-con-la-que-salia-y-no-recibira-indemnizacion.html> (última visita el 31 de octubre de 2025).

107 <https://www.elperiodico.com/es/economia/20250903/borrador-efecto-nestle-multinacionales-bufetes-121205301> (última consulta, el 31 de octubre de 2025).

108 A raíz del caso Nestlé se dio a conocer en los medios la existencia de un pronunciamiento del TSJ de Baleares que consideraba no procedente un despido de una trabajadora que había ocultado mantener una relación sentimental con su superior jerárquico —existiendo normativa interna en la empresa en relación con ese asunto—, por no haberse acreditado que ella recibiese trato de favor. En el buscador del Cendoj aparece la STS de 7 de julio de 2025 (Rec.185/2025) ECLI:ES:TSJBAL:2025:674.

CAPÍTULO V

EL TRABAJO PENITENCIARIO CARÁCTER LABORAL Y TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Prison work, labor nature and protection of fundamental rights

Montserrat Molina Álvarez

Doctoranda Universidad de Murcia

montserrat.molinaa@um.es

<https://orcid.org/0009-0005-9979-1475>

1. Delimitación

El presente trabajo tiene como objetivo analizar los derechos fundamentales de la población reclusa trabajadora en España, con especial atención a los aspectos laborales y al derecho fundamental a la huelga. Este análisis se enmarca dentro del contexto de la Constitución Española¹, que reconoce el derecho de los presos a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como en la Ley Orgánica General Penitenciaria² y el Reglamento Penitenciario³, que regulan los derechos y deberes de los internos en el ámbito laboral.

El trabajo penitenciario, no sólo cumple una función económica, sino que también es una herramienta clave para la reinserción social de los presos, tal como lo establece el art. 25.2 de la Carta Magna; sin embargo, la aplicación de estos derechos no está exenta de controversias y limitaciones, especialmente en lo que respecta a la relación laboral especial penitenciaria, regu-

1 Constitución Española, BOE, núm. 311, de 29/12/1978.

2 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. BOE núm. 239, de 05/10/1979.

3 Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, BOE núm. 40, de 15/02/1996.

lada por el Real Decreto 782/2001⁴, y al derecho a la huelga, que presenta particularidades en el contexto carcelario.

Este estudio se estructura en varios apartados que abordan desde el marco normativo que regula los derechos laborales de los presos, hasta los retos y controversias que plantea el sistema penitenciario actual; finalmente se analizan aspectos específicos como la remuneración, las condiciones de trabajo, la Seguridad Social, y el derecho a la huelga.

2. Naturaleza jurídica y régimen normativo del trabajo penitenciario

2.1. Marco constitucional, legal y reglamentario

El artículo 25.2 de la Carta Magna⁵ configura la base del sistema penitenciario al establecer que las penas privativas de libertad deben orientarse a la reeducación y reinserción social de los internos; no obstante, su contenido ha sido objeto de debate doctrinal y jurisprudencial, en tanto que su redacción no reconoce expresamente derechos fundamentales de configuración directa para los reclusos, sino que impone un mandato al legislador, para que articule la ejecución de la pena conforme a estos principios. En este sentido, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha señalado que no existe un derecho subjetivo a la reeducación y reinserción social, sino que estos conceptos constituyen objetivos que deben guiar la política penitenciaria; en este sentido se pronuncia el Alto Tribunal en su sentencia núm. 28/1988⁶ y en la núm. 81/1997⁷.

4 Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad, BOE núm. 162, de 07/07/2001.

5 *Ibidem*

6 STC núm. 28/1988, de 23 de febrero, (ECLI:ES:TC:1988:28), BOE núm. 67, de 18/03/1988; el TC reafirma que la rehabilitación y reinserción social son principios rectores de la política penitenciaria, pero no generan un derecho automático a la suspensión o remisión de la pena. Tales decisiones corresponden a la jurisdicción ordinaria y solo son revisables por el TC en caso de vulneración de derechos fundamentales, delimitando así los límites del derecho a la reinserción y el alcance del principio de proporcionalidad en la ejecución penal; disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/969>

7 *Ibidem*, STC núm. 81/1997, de 22 de abril, (ECLI:ES:TC:1997:81), BOE núm. 121, de 21 de mayo de 1997. El permiso de salida fue denegado porque el interno no había cumplido las tres cuartas partes de su condena, requisito considerado esencial para su concesión. El TC rechazó la vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) por falta de comparaciones válidas y del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al considerar que las reso-

Los internos en centros penitenciarios se encuentran bajo un régimen jurídico caracterizado por la relación de sujeción especial, que comporta la conservación de sus derechos fundamentales, aunque sujetos a limitaciones legítimas derivadas del sentido de la pena y las exigencias del orden y la seguridad penitenciarios. Tales restricciones, sin embargo, no pueden ser arbitrarias ni desproporcionadas, sino estrictamente necesarias para la consecución de los fines constitucionalmente legítimos. El TC ha analizado en diversas ocasiones la compatibilidad de las medidas penitenciarias con derechos fundamentales específicos, como el derecho a la intimidad (STC núm. 57/1994⁸ y STC núm. 89/1987⁹, de 3 de junio) y el derecho al secreto de las comunicaciones (STC núm. 175/1997¹⁰, de 27 de octubre).

El trabajo penitenciario se encuentra regulado por la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 y su normativa de desarrollo. A pesar de que el artículo 25.2 CE menciona el derecho al trabajo como una garantía de los internos, el TC ha determinado que su ejercicio no es absoluto ni exigible en todos los casos, sino que depende de la disponibilidad de recursos y la planificación

luciones estaban motivadas y ajustadas a la ley. El Tribunal afirmó que la denegación del permiso no vulnera los derechos a la libertad (art. 17.1 CE) ni a la reinserción social (art. 25.2 CE), ya que estos permisos son instrumentos de rehabilitación, no derechos automáticos. Su concesión depende de una valoración individual y razonada, dentro de la política penitenciaria y conforme a los fines de la pena. El amparo fue, por tanto, denegado; disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3346>

- 8 *Ibidem*, STC núm. 57/1994, de 28 de febrero, BOE núm. 71, de 24 /03/ 1994, (ECLI:ES:TC:1994:57). El Tribunal resolvió el caso de un interno sancionado con aislamiento por desobedecer la orden de realizar flexiones durante un registro posterior a una comunicación íntima en el centro penitenciario de Nanclares de la Oca, desestimando el recurso de amparo, al no apreciar vulneración de los derechos a la dignidad, a la integridad ni a la intimidad del interno. Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2574>
- 9 *Ibidem*, STC núm. 89/1987, de 3 de junio, BOE núm. 151, de 25 /06/ 1987, (ECLI:ES:TC:1987:89); el TC desestimó el recurso contra la prohibición de comunicaciones íntimas a internos sometidos al régimen del art. 10 LOGP, al considerar que la medida, fundada en razones de seguridad y orden, no vulneraba los arts. 15, 18.1 ni 25.2 CE, pues la sexualidad no constituye un derecho fundamental autónomo y su restricción temporal no implica trato degradante ni afecta a la finalidad resocializadora de la pena. Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/821>
- 10 *Ibidem*, STC núm. 175/1997, de 27 de octubre, BOE núm. 285, de 28 /11/ 1997, (ECLI:ES:TC:1997:175). El TC resolvió el recurso de un interno del Centro Penitenciario de Villabona (FIES-1) contra la intervención de su correspondencia, acordada por razones de seguridad. El recurrente alegó vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE); El Tribunal concluyó que la medida carecía de motivación suficiente y no fue comunicada de forma inmediata al juez competente, infringiendo las garantías legales. Además, señaló que la intervención de correspondencia debe ser excepcional, motivada, proporcional y judicialmente controlada, por ello, declaró la vulneración de ambos derechos fundamentales y anuló los acuerdos administrativos y judiciales que habían avalado la intervención. Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/3440>

penitenciaria (STC núm. 17/1993¹¹, de 18 de enero). Esto implica que el derecho al trabajo en prisión no puede equipararse al derecho laboral ordinario reconocido en el Estatuto de los Trabajadores¹², y su acceso está sujeto a la capacidad de los centros penitenciarios, para ofrecer actividades laborales.

El precepto constitucional prohíbe expresamente los trabajos forzados, alineándose con el principio de dignidad y prohibición de tratos inhumanos o degradantes consagrado en el artículo 15 CE. Esta garantía refuerza la concepción del trabajo en prisión como una actividad voluntaria y orientada a la reinserción social, evitando prácticas que puedan ser interpretadas como explotación de los internos.

El régimen penitenciario impone restricciones inevitables a ciertos derechos de los reclusos, pero éstas deben ser necesarias y proporcionadas. El TC ha evaluado, en múltiples ocasiones, si las limitaciones impuestas en prisión respetan el principio de proporcionalidad; así, ha reconocido restricciones en las comunicaciones íntimas (STC núm. 89/1987¹³, de 3 de junio) y ha avalado la alimentación forzosa de presos en huelga de hambre por razones de protección de la vida y la integridad física (art. 3.4 LO 1/1979; STC núm. 120/1990¹⁴).

El artículo 25.2 CE¹⁵ configura un marco normativo orientador, más que un derecho subjetivo exigible, estableciendo la necesidad de que las penas privativas de libertad favorezcan la reinserción social y respeten los derechos fundamentales de los reclusos en la medida en que lo permita su condición penitenciaria. La jurisprudencia constitucional ha determinado que este precepto no reconoce automáticamente derechos que puedan ser objeto de

11 *Ibidem*, STC núm. 17/1993, de 18 de enero, BOE núm. 37, de 12/02/1993, (ECLI:ES:TC:1993:17); el TC declaró que el derecho al trabajo penitenciario (art. 25.2 CE) tiene carácter progresivo y está condicionado por los medios y organización del centro, por lo que su exigencia plena sólo procede cuando existan posibilidades materiales reales para su cumplimiento. Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2146>

12 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, «BOE» núm. 255, de 24/10/2015, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

13 *Ibidem*

14 *Ibidem* STC núm. 120/1990, de 27 de junio, Recurso de amparo 443/1990, BOE núm. 181, de 30/07/1990, págs. 2 a 10; el Alto Tribunal abordó el conflicto entre el derecho de los reclusos en huelga de hambre y el deber de la Administración penitenciaria de proteger su vida y salud; concluyó que la alimentación forzosa es constitucionalmente válida cuando se realiza con criterios médicos, proporcionalidad y respeto a la dignidad humana, conforme al art. 3 LOGP; así mismo el TC consideró que esta intervención no constituye trato degradante (art. 15 CE) si busca evitar un riesgo grave para la vida y se aplica como último recurso, dentro del marco de la relación especial de sujeción que permite limitar ciertos derechos para salvaguardar la vida del interno. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1990-18314>

15 *Ibidem*

amparo, sino que su aplicación efectiva depende del desarrollo legislativo y de la interpretación de los tribunales en cada caso concreto. A pesar de ello, sigue existiendo un debate abierto sobre la efectividad de los programas de trabajo en prisión y el grado de garantía de los derechos laborales de las personas privadas de libertad, lo que plantea la necesidad de reformas que armonicen la normativa penitenciaria con los estándares internacionales de derechos humanos.

2.2. El régimen jurídico del trabajo penitenciario: particularidades

A) Marco normativo y carácter especial de la relación laboral

El trabajo penitenciario se regula como relación laboral especial en el artículo 2.c del Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, que aprueba el reglamento general de la relación laboral penitenciaria. Esta relación difiere de la ordinaria en cuanto a su finalidad resocializadora y formativa, y al contexto institucional en el que se desarrolla, sin embargo, una parte de la doctrina afirma que la especialidad de la relación no puede convertirse en un espacio de impunidad jurídica o de exclusión del sistema constitucional de derechos laborales¹⁶. El principio de interpretación conforme al artículo 10.2 CE exige leer toda norma penitenciaria de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos los Convenios núm. 29 y 105 de la OIT y el CEDH, que proscriben el trabajo forzoso y reconocen la dignidad del trabajador incluso bajo sujeción institucional.

B) Tensiones inherentes: orden penitenciario vs derechos laborales

El medio penitenciario, por su propia naturaleza, exige el mantenimiento de la disciplina y la seguridad institucional, lo que puede generar tensiones con el ejercicio de determinados derechos fundamentales, entre ellos los de carácter laboral o colectivo; no obstante, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que estas exigencias no justifican una limitación ilimitada o arbitraria.

En la STC 175/2000¹⁷, el Alto Tribunal consolidó su doctrina sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito penitenciario, señalando que toda

16 BAYLOS GRAU, Antonio, *Titularidad y ejercicio del derecho de huelga en España: los inmigrantes irregulares como ejemplo*, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, s/f, págs. 7 a 33. Disponible en: <chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/11/cnt/cnt2.pdf>

17 STC 175/2000, de 26 de junio, Recurso de amparo 2.341/97, FJ 5, BOE núm. 180, de 28 de

medida restrictiva de derechos debe ser idónea, necesaria y proporcionada respecto de la finalidad legítima que persigue, y que las limitaciones impuestas a los internos no pueden vaciar de contenido los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.2 CE.

La relevancia de esta doctrina trasciende el ámbito estrictamente disciplinario y podría proyectarse sobre la limitación del derecho de huelga de las personas reclusas trabajadoras; en efecto, si las sanciones penitenciarias deben superar un control material de proporcionalidad, con mayor razón debe exigirse ese escrutinio cuando lo que se limita es un derecho fundamental de carácter colectivo, estrechamente vinculado con la libertad sindical y con la dignidad del trabajo humano; de esta forma, la jurisprudencia constitucional impone a la Administración penitenciaria una doble exigencia de justificación y ponderación, de la que se deriva que la restricción del derecho de huelga no puede ser absoluta ni preventiva, sino casuística, motivada y controlable judicialmente; el principio de proporcionalidad actúa aquí como un límite interno al poder disciplinario, incluso en situaciones de sujeción especial, que garantiza la compatibilidad entre la seguridad institucional y los derechos fundamentales según algunas voces doctrinales¹⁸.

2.3. Ley Orgánica General Penitenciaria

Esta normativa¹⁹, establece el marco legal del sistema penitenciario español, orientado hacia la reeducación y reinserción social de las personas privadas de libertad, conforme al artículo 25.2 de la CE²⁰.

Este cuerpo legal garantiza una serie de derechos fundamentales a los reclusos, que pueden agruparse en las siguientes categorías:

a) Derechos fundamentales no restringidos por la privación de libertad; entre los que se encuentran:

- Derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 3 LOGP, art. 15 CE).
- Derecho a la dignidad y al respeto de la personalidad (art. 4 LOGP),
- Derecho a la igualdad y no discriminación (art. 3.2 LOGP, art. 14 CE),
- Derecho a la defensa y asistencia jurídica (art. 24 CE, art. 51 LOGP),

julio de 2000

18 BAYLOS GRAU, Antonio, «Estado democrático de derecho y amplio reconocimiento del derecho de huelga», *Derecho laboral: revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, núm. 242, 2011, págs. 285-292. Disponible en chrome-extension://efaidnbmn-nnibpcajpcglclefindmkaj/https://ruidera.uclm.es/server/api/core/bitstreams/cfa3ab6d-07b5-483c-9a6d-d7ed41a6bb1a/content

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*.

b) Derechos sujetos a regulación penitenciaria; dentro de los que aparecen:

- Derecho al trabajo y a la remuneración equitativa (art. 26 LOGP),
- Derecho a la educación y formación profesional (art. 25 LOGP),
- Derecho a la salud y a la asistencia médica (art. 208 RP²¹, Convenios internacionales como las Reglas *Nelson Mandela*²²),
- Derecho a la comunicación y correspondencia (art. 51 LOGP),
- Derecho a la libertad religiosa y de culto (art. 2.2 LOGP, art. 16 CE),
- Derecho a participar en actividades culturales y deportivas (art. 55 LOGP),
- Derecho a la relación con el mundo exterior y permisos de salida (art. 47 LOGP).

El TC ha abordado en diversas ocasiones la protección de los derechos de los internos. Entre las sentencias más relevantes cabe destacar las siguientes:

STC núm. 6/2020²³, de 27 de enero, en la que se subraya la necesidad de una motivación detallada y proporcional cuando se limiten derechos fundamentales a personas privadas de libertad.

STC núm. 169/2021²⁴, de 6 de octubre; en ésta, el Alto Tribunal sentencia la inexistencia de pena degradante.

21 *Ibidem*.

22 NACIONES UNIDAS, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*; adoptadas por la Asamblea General en su resolución 70/175, de 17 de diciembre de 2015, disponible en https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

23 *Ibidem*, STC núm. 6/2020, de 27 de enero, BOE núm. 52 de 29/02/2020, (ECLI:ES:TC:2020:6); el Tribunal Constitucional reconoció la vulneración del derecho a la libertad de expresión e información (art. 20.1 d) CE) de un interno del Centro Penitenciario de Córdoba, a quien se le negó una entrevista con un periodista. La restricción, justificada genéricamente por motivos de seguridad, carecía de motivación suficiente y proporcionalidad; asimismo, el Tribunal afirmó que los reclusos no pierden su derecho a comunicar y recibir información, aunque pueda limitarse por razones de seguridad, y que en este caso la Administración debió ofrecer alternativas menos restrictivas, como realizar la entrevista bajo supervisión; por ello, declaró vulnerado el derecho fundamental del interno. Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2020-2933.pdf>

24 *Ibidem*, STC núm. 169/2021, de 6 de octubre, BOE núm. 268 de 9/11/2021, (ECLI:ES:TC:2021:169); el TC declaró que la prisión permanente revisable no vulnera la prohibición de penas inhumanas o degradantes, siempre que exista una posibilidad real de revisión y liberación; basado en la doctrina del TEDH, el Tribunal señaló que la cadena perpetua es compatible con los derechos humanos si permite una esperanza razonable de libertad, condicionada a la rehabilitación y reinserción social. La revisión de la pena, posible tras cumplir un plazo (por ejemplo, 25 años), garantiza que no sea una condena perpetua en la práctica, sino una sanción revisable y vinculada a la evolución del penado. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-18372>

STC núm. 35/2024²⁵, de 11 de marzo, sobre el derecho a no ser sometido a tratos degradantes.

A pesar del marco legal establecido, se han identificado deficiencias en la aplicación efectiva de estos derechos:

- *Asistencia sanitaria*: el Tribunal Supremo ha determinado²⁶ que corresponde a la administración penitenciaria, y no a los servicios de salud autonómicos, asumir los costos de la atención sanitaria de los internos en hospitales públicos.
- *Permisos penitenciarios*; la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha establecido²⁷ que las solicitudes de permisos ordinarios deben resolverse en un plazo máximo de tres meses, evitando dilaciones indebidas que afecten los derechos de los reclusos.

Existen diversos mecanismos para supervisar y garantizar el respeto a los derechos de los internos; entre otros destacan:

- Jueces de vigilancia penitenciaria²⁸, quienes supervisan la legalidad de las actuaciones penitenciarias y resuelven recursos de los internos.
- Defensor del Pueblo²⁹, que actúa como garante de los derechos fundamentales, incluyendo los de las personas privadas de libertad.

25 *Ibidem*, STC núm. 35/2024, de 11 de marzo, BOE núm. 99, de 23/04/24, (ECLI:ES:TC:2024:35), disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-8178

26 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, «El Tribunal Supremo fija que corresponde a la administración penitenciaria y no a la sanitaria, pagar la sanidad pública a los presos», *Noticias judiciales*, 4 de marzo de 2019, disponible en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-fija-que-corresponde-a-la-administracion-penitenciaria-y-no-a-la-sanitaria-pagar-la-sanidad-publica-a-los-presos?utm_source=chatgpt.com

27 *Ibidem*, «El Tribunal Supremo fija que los permisos ordinarios de los presos se resuelvan en un plazo máximo de tres meses», 31 de mayo de 2023, disponible en https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-fija-que-los-permisos-ordinarios-de-los-presos-se-resuelvan-en-un-plazo-maximo-de-tres-meses?utm_source=chatgpt.com

28 *Ibidem* (LOGP), art. 76. Este precepto establece las funciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria como garante de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad. Entre sus competencias destacan la resolución de quejas y recursos de los internos, el control de la legalidad en el cumplimiento de las sanciones disciplinarias, la autorización de permisos de salida y la supervisión del respeto a los derechos constitucionales dentro de los centros penitenciarios; disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23708>

29 Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, BOE núm. 109, de 7/05/1981, Esta norma regula las funciones y competencias del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas. Entre sus atribuciones destaca la supervisión de la actuación de todas las administraciones públicas, la tramitación de quejas ciudadanas, la inspección de centros

- Organismos Internacionales; como el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura³⁰, que realiza visitas periódicas a centros de detención y emite informes con recomendaciones.

España está adherida a diversos tratados internacionales que protegen los derechos de las personas privadas de libertad, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos³¹ y las Reglas Nelson Mandela³².

La LOGP establece un marco sólido para la protección de los derechos de las personas privadas de libertad, no obstante, es esencial garantizar su aplicación efectiva. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional refuerza estos derechos, pero se requieren esfuerzos continuos para abordar las deficiencias existentes y asegurar el pleno respeto a la dignidad y los derechos de los presos en el sistema penitenciario español.

3. Tutela internacional de los derechos fundamentales

3.1. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la excepción del trabajo forzoso

La regulación de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad que desempeñan actividades laborales en centros penitenciarios, constituye un ámbito complejo del derecho internacional, articulado sobre

de internamiento y la formulación de recomendaciones legislativas, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-10325>

- 30 Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, suscrito en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987. Instrumento de adhesión de España publicado en el BOE, núm. 281, de 23 de noviembre de 1989. Este tratado establece la creación del CPT como órgano del Consejo de Europa encargado de examinar el trato de las personas privadas de libertad mediante visitas periódicas a centros penitenciarios y de internamiento; disponible en <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclcfindmkaj/https://rm.coe.int/16806dbaa4>
- 31 Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE núm. 243 de 10/10/1979, págs. 23564 a 23570, disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>
- 32 NACIONES UNIDAS, *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*; adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 70/175, de 17 de diciembre de 2015; aunque no vinculantes jurídicamente, constituyen el principal estándar internacional en materia de derechos penitenciarios y han sido asumidas como referencia por organismos internacionales y defensores del pueblo nacionales, disponible en chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclcfindmkaj/https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf

la interacción entre tratados jurídicamente vinculantes, instrumentos de *soft law*³³ y la doctrina de organismos internacionales especializados. Esta arquitectura normativa se fundamenta en los principios de dignidad humana, prohibición del trabajo forzoso y el reconocimiento progresivo de derechos laborales en contexto carcelario.

Uno de los instrumentos clave es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁴, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. Su artículo 8 prohíbe expresamente el trabajo forzoso, aunque exceptúa el trabajo impuesto como consecuencia de una condena penal dictada por un Tribunal competente³⁵; no obstante, esta excepción no legitima automáticamente cualquier forma de trabajo en prisión, sino que debe ser interpretada conforme al principio de dignidad humana y respeto a los derechos no suspendidos.

A) La OIT y la protección frente a la explotación

Desde el ámbito laboral internacional, los Convenios núm. 29 (1930)³⁶ y 105 (1957)³⁷ son fundamentales para limitar los abusos en el trabajo penitenciario; ambos instrumentos prohíben el trabajo forzoso, con la excepción del trabajo penitenciario bajo ciertas condiciones, entre las que se encuentran: la supervisión por una autoridad pública, la prohibición de cesión con fines lucrativos a entidades privadas sin consentimiento y el derecho a una remuneración adecuada. La OIT ha reiterado en sus informes que el trabajo carcelario debe organizarse en condiciones de dignidad, sin derivar en formas encubiertas de explotación.

33 El *soft law* (derecho blando) agrupa normas no vinculantes jurídicamente, pero con valor interpretativo y orientador, capaces de influir en la formación y aplicación del derecho positivo (*hard law*); incluye resoluciones, recomendaciones, códigos de conducta y directrices emitidas por organismos internacionales o de derechos humanos. En el ámbito penitenciario, destacan las Reglas Nelson Mandela, las directrices del Consejo de Europa y los informes del Comité para la Prevención de la Tortura, que, aunque carecen de fuerza coactiva, funcionan como estándares internacionales para evaluar el respeto a los derechos fundamentales en contextos de privación de libertad. véase <https://dpej.rae.es/lema/soft-law>, o <https://protecciondatos-lopd.com/empresas/soft-law-derecho-blando/>

34 *Ibidem*

35 NACIONES UNIDAS. *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, Nueva York, 1966. art. 8, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

36 OIT. Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) Ginebra, disponible en: https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::p12100_instrument_id:312174

37 OIT. Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105). https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312250:NO

B) Las Reglas *Nelson Mandela* y el consentimiento informado

Las Reglas Nelson Mandela³⁸ tienen su origen en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas en 1955 como estándar universal para los sistemas penitenciarios; estas reglas sirvieron durante décadas como marco para el sistema penitenciario, pero con el tiempo se hizo evidente la necesidad de actualizarlas, para reflejar mejor los estándares modernos de derechos humanos y las mejores prácticas. En 2011, la Asamblea General de las Naciones Unidas impulsó su revisión, para adaptarlas a los avances del derecho internacional y la ciencia penitenciaria, centrando el proceso en ocho ámbitos fundamentales vinculados a la dignidad humana, la salud, la disciplina, la representación legal y la formación del personal al servicio de la administración penitenciaria³⁹. Tras cuatro años de trabajo, en 2015⁴⁰ se aprobó la versión revisada y se adoptó el nombre de Reglas Nelson Mandela, en homenaje al expresidente sudafricano por su compromiso con los derechos humanos y la justicia; posteriormente, en 2017, la ONU instó a los Estados miembros a utilizarlas como referencia, para reformar sus leyes y políticas penitenciarias, consolidándolas como guía internacional de mínimos, para el trato digno de las personas privadas de libertad.

El trabajo penitenciario, concebido como una herramienta esencial para la reeducación y reinserción social de las personas privadas de libertad, se menciona en los numerales 96 a 103 de las Reglas Nelson Mandela, donde se establecen los principios fundamentales que deben regir su organización, finalidad y condiciones de ejecución. Estas disposiciones reconocen el derecho y la oportunidad de los reclusos penados a trabajar, siempre que cuenten con un dictamen favorable de aptitud física y mental⁴¹, garantizando que dicho trabajo no tenga carácter aflictivo ni implique formas de esclavitud o servidumbre, ni tampoco se realice en beneficio personal de los funcionarios penitenciarios⁴². El trabajo debe contribuir a mantener o desarrollar las capacidades laborales del interno y favorecer su preparación para la vida en

38 La Asamblea General decidió nombrarlas oficialmente como «Reglas Nelson Mandela» para honrar la memoria y el legado de Nelson Mandela, quien pasó 27 años en prisión y se convirtió en un símbolo mundial de la lucha contra la opresión, la injusticia y la discriminación.

39 UNODC, incorporación de las reglas Nelson Mandela en la legislación penitenciaria nacional; ley modelo sobre el sistema penitenciario con comentarios, Viena (Austria), 2022.

40 En diciembre de 2015, tras un proceso de revisión de más de cinco años, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptando además la denominación de Reglas Nelson Mandela en honor al legado del expresidente sudafricano, símbolo universal de la lucha por los derechos humanos y la dignidad de las personas privadas de libertad. Disponible en https://www.un.org/es/events/mandeladay/mandela_rules.shtml

41 *Ibidem*, Regla 96.

42 *Ibidem*, Regla 97.

libertad, promoviendo la formación profesional, en especial de los reclusos jóvenes, y respetando, dentro de lo posible, su preferencia por determinados oficios⁴³; asimismo, se dispone que la organización laboral en prisión se asemeje a la del trabajo libre, sin que los fines económicos de la industria penitenciaria prevalezcan sobre los objetivos de rehabilitación⁴⁴ y que las actividades productivas sean gestionadas por la administración penitenciaria y no por contratistas privados, asegurando siempre la supervisión del personal⁴⁵. Las Reglas también exigen la observancia de las normas de seguridad e higiene laboral y el derecho a indemnización por accidente o enfermedad profesional en condiciones equivalentes a las de los trabajadores libres⁴⁶; de igual forma, se fija un límite máximo de horas de trabajo, con descanso semanal y tiempo destinado a la educación y actividades reeducativas⁴⁷. Finalmente, se establece un sistema justo de remuneración, que permita al recluso disponer de parte de sus ingresos para su propio uso o el sostenimiento de su familia, reservándose otra parte como fondo que le será entregado al momento de su liberación⁴⁸.

C) La perspectiva humanitaria en conflictos armados

El Convenio de Ginebra III⁴⁹ establece, en sus artículos 49 a 57, que el trabajo impuesto debe ser proporcional a la capacidad del prisionero, y compatible con su edad, sexo y estado físico; aunque se aplica a contextos de guerra, ha influido doctrinalmente en la conformación de un principio de humanidad aplicable al sistema penitenciario ordinario⁵⁰.

D) *Soft law* y doctrina internacional

Desde una perspectiva interpretativa, la Observación General núm. 21 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵¹ estableció que el

43 *Ibidem* Regla 98.

44 *Ibidem* Regla 99.

45 *Ibidem* Regla 100.

46 *Ibidem* Regla 101.

47 *Ibidem* Regla 102.

48 *Ibidem* Regla 103.

49 Convenio III de Ginebra, relativo al trato de los prisioneros de guerra, Suiza (Ginebra), 12/08/1949; disponible en [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Mexico/DIH/IH3.pdf](https://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Mexico/DIH/IH3.pdf)

50 Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), aprobado el 12 de agosto de 1949, Ginebra, 1949, disponible en <https://www.refworld.org/es/leg/instcons/cicr/1949/es/35606>

51 NACIONES UNIDAS, Observación general N.º 21. Derecho de toda persona a participar en la

trabajo penitenciario debe estar vinculado a la rehabilitación y reintegración social y no constituir una forma de castigo o explotación. Este enfoque coincide con la OIT y las Reglas Mandela, consolidando un marco integral de garantías en el trabajo intramuros.

Por su parte, la doctrina internacional ha estudiado como estos instrumentos, combinados, configuran un sistema normativo híbrido. En su investigación comparada, Danjuma, Nordin y Munzil, concluyen que la mayoría de los tratados internacionales no distinguen entre trabajadores libres y reclusos, lo que favorece una tendencia hacia la equiparación de derechos laborales bajo una interpretación evolutiva de los principios de igualdad y no discriminación⁵².

E) La perspectiva europea; normativa de la Unión Europea y jurisprudencia del TEDH

La Unión Europea no posee una competencia directa en materia penitenciaria, no obstante, su marco normativo y jurisprudencial sí influye de forma significativa en la interpretación de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, incluidos sus derechos laborales. En particular, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵³, con valor jurídico vinculante desde el Tratado de Lisboa (art. 6 TUE)⁵⁴, reconoce expresamente en su artículo 31 el derecho de toda persona a unas condiciones de trabajo justas y equitativas, lo que debe entenderse extensivo, según interpretación funcional, a quienes se encuentran cumpliendo penas privativas de libertad, en cuanto titulares de derechos fundamentales no suspendidos por la condena.

Desde el ámbito jurisdiccional, el TEDH ha desarrollado una jurisprudencia sustantiva sobre el trabajo penitenciario, en el marco del CEDH; aunque el artículo 4.3 de éste admite como excepción al trabajo forzoso, el trabajo

vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Comité de derechos económicos, sociales y culturales, 43 periodo de sesiones, Ginebra, 2 a 20 de noviembre de 2009, disponible en <https://www.refworld.org/es/leg/comment/cescr/2009/es/83710>

52 DANJUMA, Ibrahim, NORDIN, Rohaida, MUNZIL MUHAMAD, Mohd, «Derechos de los presos bajo el derecho internacional: un mito etiológico», *Revista Internacional de derechos humanos y estudios constitucionales*, vol. 6, núm. 1, 2018.

53 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), DOUE núm. 364/1, 18/12/2000; disponible en https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

54 Tratado de Lisboa, por el que se modifican el tratado de la Unión Europea y el tratado constitutivo de la comunidad europea (2007/c 306/01), DOUE núm. C 306/2 de 17/12/2007, disponible en <https://www.boe.es/doue/2007/306/Z00001-00271.pdf>

penitenciario impuesto en cumplimiento de una sentencia, el Alto Tribunal europeo ha establecido límites importantes a su ejercicio.

En particular, en el caso *De Wilde, Ooms y Versyp*⁵⁵, el Tribunal sostuvo que el trabajo obligatorio en prisión no vulnera el CEDH si se ajusta a los estándares de humanidad y dignidad; más recientemente, en *Stummer* contra Austria⁵⁶, el TEDH analizó la ausencia de afiliación del interno al sistema público de pensiones durante su trabajo en prisión y aunque no apreció violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 del CEDH⁵⁷, reconoció que los Estados tienen un margen de apreciación estrecho cuando se trata de limitar el acceso a derechos sociales de los presos trabajadores⁵⁸. El voto particular discrepante de varios magistrados subrayó la discriminación estructural derivada de esa exclusión, anticipando una evolución doctrinal más garantista.

Por su parte, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, en sus informes sobre España, ha señalado la necesidad de garantizar que el trabajo penitenciario sea voluntario, remunerado de forma justa y vinculado a programas reales de reinserción, alertando sobre prácticas que puedan caer en explotación encubierta o carencia de sentido resocializador⁵⁹.

55 STEDH núm. 2832/66, de 18 de junio de 1971, disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["SPA"\],"appno":\["2832/66","2835/66","2899/66"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-165140"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

56 STEDH, de 7 de julio de 2011, *Asunto Stummer c. Austria*, (Demanda núm. 37452/02), Estrasburgo, 2011, disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["SPA"\],"appno":\["37452/02"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-139411"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

57 En donde se indica que: «*Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes. [...] No obstante, lo dispuesto anteriormente no podrá menoscabar el derecho que tienen los Estados de ejecutar las leyes que consideren necesarias para controlar el uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para asegurar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas*».

58 En el caso *Stummer* c. Austria, el TEDH analizó la exclusión de los presos trabajadores del sistema público de pensiones; aunque no apreció violación del artículo 1 del Protocolo n.º 1 del CEDH, reconoció que el acceso a la Seguridad Social puede estar protegido por dicho artículo cuando existe una expectativa legítima; el Tribunal sostuvo que los estados pueden regular el trabajo penitenciario de forma diferenciada, pero deben justificar razonablemente la exclusión y respetar la dignidad laboral y los derechos patrimoniales derivados del trabajo en prisión.

59 Informe al Gobierno Español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura, del 14 al 28 de septiembre de 2020. CPT/Inf (2021) 27. Estrasburgo, 9 de junio de 2021; este Informe insta al gobierno español a ampliar las actividades y formación profesional de las mujeres reclusas, evitando programas estereotipados por género y promoviendo el acceso a trabajo remunerado y cualificaciones útiles para la reinserción; también recomienda que los internos de primer grado no sean excluidos de todas las actividades por negarse a participar en alguna, citando el caso de una reclusa privada injustificadamente de acceso educativo y cultural. (pág. 89, punto 128); disponible en https://rm.coe.int/1680a47a78?utm_source=chatgpt.com

F) Convenio europeo de derechos humanos y su impacto en el trabajo penitenciario

Adoptado en 1950 bajo el marco del Consejo de Europa, constituye uno de los pilares fundamentales para la protección de los derechos humanos en el continente europeo. Su influencia se extiende también al ámbito penitenciario, donde ha tenido un papel clave en la definición y protección de los derechos laborales de las personas privadas de libertad, no sólo mediante sus disposiciones textuales, sino también a través de la interpretación progresiva de sus artículos por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El art. 4 del CEDH prohíbe expresamente la esclavitud y el trabajo forzoso, pero incluye una excepción que permite el trabajo en prisión, siempre que éste sea impuesto en el curso normal de la detención. Esta cláusula ha sido objeto de múltiples interpretaciones que han contribuido a delimitar claramente qué prácticas son compatibles con los estándares de derechos humanos.

Esta disposición ha servido de base para establecer que el trabajo penitenciario debe organizarse de manera que no constituya una forma encubierta de explotación, sino que contribuya efectivamente a la rehabilitación y reinserción social de los internos.

La jurisprudencia del TEDH ha sido esencial para trasladar los principios del CEDH al ámbito de las condiciones laborales penitenciarias. En casos clave, el Tribunal ha sostenido que, si bien el trabajo penitenciario no está prohibido, *per se*, debe cumplir con estándares que garanticen la dignidad humana, eviten el abuso de autoridad y respeten la salud y seguridad de los reclusos.

Tal como destacan Zyl Smit y Snacken, el TEDH ha influido directamente en las reformas penitenciarias de varios países, logrando que se introduzcan protecciones específicas en las legislaciones nacionales⁶⁰.

El CEDH, no sólo ha impactado en la jurisprudencia, sino también en las reformas legislativas internas de los Estados miembros. Livingstone⁶¹ argumenta que el CEDH ha actuado como catalizador para la adopción de estándares más rigurosos sobre la protección de los derechos laborales de

60 ZIL SMIT, Dirk Van y SNACKEN, Sonja, *Principios de derecho y política penitenciaria europea. Penología y derechos humano*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, págs. 535 a 540.

61 LIVINGSTONE, Stephen, *Prisoners rights in the context of the european convention on human rights, european human rights*, Law review, núm. 4, Londres, 2000, Págs. 408-426.

los presos, obligando a los Estados a revisar y actualizar sus marcos regulatorios, para evitar prácticas abusivas.

Merrills y Robertson⁶² han afirmado que la eficacia del CEDH depende, no sólo de su incorporación formal en el derecho interno, sino también de la voluntad política y administrativa, para hacer cumplir sus principios en la práctica cotidiana de los centros penitenciarios.

De lo expuesto cabe deducir que, el CEDH ha desempeñado un papel crucial en la configuración de los estándares que rigen el trabajo penitenciario en Europa. A través de la interpretación dinámica de sus disposiciones por parte del TEDH, se ha establecido que, aunque el trabajo en prisión puede ser permitido bajo ciertas condiciones, debe respetar la dignidad humana y contribuir a la reinserción social de los internos. La jurisprudencia de éste ha influido en reformas legislativas y prácticas penitenciarias en varios Estados miembros, promoviendo la adopción de medidas que eviten la explotación laboral y garanticen condiciones de trabajo justas y seguras para los reclusos; no obstante, persisten desafíos, especialmente en contextos donde actores privados participan en la gestión del trabajo penitenciario, lo que subraya la necesidad de una supervisión estatal efectiva, para asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

4. El trabajo penitenciario como instrumento de reinserción

4.1. Naturaleza y finalidad del trabajo en prisión

La concepción del trabajo penitenciario en España está indisolublemente ligada a los principios de reeducación y reinserción social proclamados en el artículo 25.2 de la Constitución Española.

4.2. Reinserción social y preparación para la vida en libertad

La Carta Magna⁶³, establece que «*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social*». Esta disposición no es simplemente una declaración programática,

62 ROBERTSON, A.H. y MERRILLS, J.G., *Human rights in europe: a study of the european convention on human rights (4th edition)*, British year book of international law, núm. 72, 2002, pág. 401. DOI: 10.1093/bybil/72.1.401

63 *Ibidem*, art. 25.2

sino un auténtico mandato jurídico, que obliga a las instituciones penitenciarias y al legislador a estructurar el sistema penal y penitenciario hacia la resocialización efectiva del interno⁶⁴.

Complementariamente, el artículo 3 de la LOGP desarrolla este mandato al señalar que la actividad penitenciaria debe garantizar los derechos de los internos y fomentar su rehabilitación, favoreciendo la integración social y minimizando las consecuencias desocializadoras del encarcelamiento.

La reeducación implica dotar al interno de herramientas que modifiquen las conductas delictivas, mientras que la reinserción social se orienta a facilitar la integración del individuo en la sociedad, como miembro productivo y respetuoso de la legalidad.

En este sentido, el tratamiento penitenciario se concibe como un proceso integral que incluye formación académica, capacitación laboral, programas terapéuticos y la planificación de la vida en libertad. Una correcta preparación debe contemplar la evaluación personalizada del interno, promoviendo habilidades sociales, laborales y personales que reduzcan el riesgo de reincidencia⁶⁵.

Los programas de formación profesional y los permisos de salida son instrumentos destacados, para preparar la vida en libertad; de hecho, los permisos penitenciarios de salida están regulados en el artículo 47 LOGP y constituyen una vía de prueba, para evaluar la adaptación progresiva del interno al entorno social. El tratamiento penitenciario debe estar individualizado y orientado a las necesidades específicas del interno, siguiendo una lógica de progresión penitenciaria que le permita afrontar con éxito el retorno a la comunidad⁶⁶.

La jurisprudencia española, particularmente la STC núm. 137/2000⁶⁷, ha reafirmado que la reinserción social debe ser entendida como la prepara-

64 FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel, «El fin constitucional de la reeducación y reinserción social: ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?», *Anuario de derecho y ciencias penales*, núm. 1, diciembre de 2014, págs. 363 a 415; disponible en <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/1196>

65 MONTERO PÉREZ DE TUDELA, Esther, «La reeducación y la reinserción social en prisión: el tratamiento en el medio penitenciario español», *Revista de estudios socioeducativos*, núm. 7, 2019, págs. 227-249, disponible en <https://rodin.uca.es/handle/10498/22305>.

66 CARO HERRERO, Gabriel, «El tratamiento penitenciario como llave para la reeducación y reinserción social», *Gabilex*, núm. 26, junio 2021, págs. 217 a 298, <https://gabinetejuridico.cas-tillalamancha.es/ediciones>

67 *Ibidem* STC núm. 137/2000, de 29 de mayo, Recurso de amparo 2063/1995, BOE núm. 156 de 30/06/2000, págs. 13 a 16; el TC analizó la denegación de un permiso de salida a un interno en segundo grado, recordando que la finalidad de la pena (art. 25.2 CE) es la reeducación y reinserción social; también sostuvo que los permisos de salida no deben limitarse a la cercanía de la libertad condicional, sino entenderse como instrumentos de reinser-

ción del condenado para una vida en libertad, exenta de delito. No se trata únicamente de ofrecer oportunidades, sino de asegurar que estas sean reales y efectivas. Este enfoque obliga a las administraciones penitenciarias a adoptar medidas activas y a evitar prácticas que obstaculicen la reintegración, como el aislamiento excesivo o la falta de acceso a programas formativos y laborales.

Pese a los avances normativos, existe consenso doctrinal sobre la necesidad de reforzar el componente práctico de la reinserción. La simple existencia de programas no garantiza el éxito si no se asegura su acceso universal y su adaptación a las características individuales del interno⁶⁸; es necesario potenciar la colaboración con entidades sociales y empresas externas, para facilitar la inserción laboral efectiva tras la excarcelación, así como fortalecer el acompañamiento postpenitenciario. La conjunción del artículo 25.2 CE y el artículo 3 LOGP conforma un marco normativo que sitúa la reinserción social como objetivo prioritario del sistema penitenciario español, sin embargo, el éxito de este mandato depende de su correcta implementación práctica y de una voluntad política sostenida, para garantizar que las medidas adoptadas no sean meramente simbólicas, sino auténticamente transformadoras.

4.3. Obligatoriedad del trabajo

El trabajo en prisión, de acuerdo con el artículo 26.1 de la LOGP, se configura como un deber para las personas privadas de libertad, salvo en casos de excepción derivados de la edad, el estado de salud o situaciones concretas debidamente justificadas.

La obligatoriedad del trabajo responde a una doble finalidad; por un lado, garantizar la actividad productiva en el ámbito penitenciario⁶⁹, por otro, proporcionar al interno una vía real de capacitación y adaptación a la vida laboral exterior; no obstante, la normativa respeta los límites de proporcionalidad y

ción, orientados a fortalecer vínculos familiares y facilitar la transición progresiva a la vida en libertad. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-T-2000-12308

68 CASANOVA AGUILAR, Isabel, «Mandato resocializador de las penas privativas de libertad y permisos de salida penitenciarios», *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, diciembre de 2014, disponible en <https://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/3295/MANDATO%20RESOCIALIZADOR%20DE%20LAS%20PENAS%20PRIVATIVAS%20DE%20LIBERTAD%20Y%20PERMISOS%20DE%20SALIDA%20PENITENCIARIOS.pdf?sequence=1>

69 RUIZ SANTAMARÍA, Jose Luis, «El trabajo de las personas reclusas durante el periodo de internamiento en las instituciones penitenciarias españolas», *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 12, núm. 3, julio-septiembre de 2024, Págs. 329 a 331, disponible en file:///C:/Users/montserrat.molina/Downloads/ruiz_revista_n3_2024_def.pdf

dignidad, evitando que la obligatoriedad derive en formas de trabajo forzoso o degradante.

A) Excepciones

La LOGP establece, en términos generales, que el trabajo es un deber de las personas internas, configurando esta actividad como parte de su tratamiento penitenciario; sin embargo, el artículo 26.1 de este cuerpo normativo, introduce importantes excepciones a esta regla, matizando la obligatoriedad del trabajo, para evitar que devenga en imposición inhumana o contraria a la dignidad del interno; así, se exime de la obligatoriedad a las personas cuya situación física o mental, edad, o circunstancias particulares desaconsejen su participación activa en actividades laborales intramuros.

La edad es uno de los criterios fundamentales considerados por la LOGP para eximir a una persona privada de libertad de la obligación de trabajar. Se tiene especialmente en cuenta la edad avanzada, entendida, no sólo desde una perspectiva cronológica, sino también desde la funcional, valorando la capacidad real de la persona, para desempeñar labores físicas o cognitivas exigidas por el puesto de trabajo penitenciario.

El estado de salud es otro de los factores que, de acuerdo con el artículo 26.1, puede justificar la exención del deber de trabajar en prisión. La normativa pretende proteger tanto a quienes padecen enfermedades físicas que limiten su capacidad para trabajar, como a quienes sufren trastornos mentales que dificulten una adecuada adaptación a los entornos laborales penitenciarios.

El trabajo penitenciario no debe agravar las condiciones de salud preexistentes, ni generar nuevos riesgos que pudieran derivarse de una sobre exigencia física o emocional. La administración penitenciaria está obligada a realizar evaluaciones médicas periódicas para garantizar que el interno, apto para el trabajo, mantenga condiciones adecuadas de salud y seguridad.

La redacción abierta del artículo 26.1 «*otras causas justificadas*» otorga a la administración penitenciaria un margen de apreciación flexible, para eximir de la obligación laboral a internos que, por circunstancias específicas, no deban ser sometidos a dicha exigencia.

Tal como expone Ruíz Santamaría⁷⁰, esta cláusula abierta ha permitido incorporar criterios diversos, entre los que destacan las situaciones familiares excepcionales que pueden contemplarse dentro del régimen de semilibertad, la participación en programas de tratamiento intensivo cuya carga de actividades educativas o terapéuticas puede justificar la exoneración temporal del trabajo y la aplicación de medidas de protección, destinadas a personas privadas de libertad que hayan sido víctimas de delitos previos y requieran aislamiento

70 *Ibidem* págs. 326 a 328

preventivo o condiciones especiales de seguridad. Esta flexibilidad, aunque positiva, ha sido también criticada por algunos autores que consideran que la falta de criterios uniformes puede dar lugar a arbitrariedades⁷¹.

Más allá de las causas específicas de exención, la doctrina académica coincide en que el principio rector es la protección de la dignidad de la persona privada de libertad y la prevención de riesgos laborales; según Lascuraín Sánchez⁷², el artículo 26.1 LOGP debe interpretarse siempre a la luz de los principios constitucionales de protección de la salud en el trabajo (art. 40.2 CE) y respeto a la integridad física y moral de los internos (art. 15 CE); así, toda valoración sobre la obligatoriedad o exención del trabajo debe hacerse de manera individualizada y garantizando la seguridad, la salud y la dignidad de la persona.

El artículo 26.1 LOGP representa una manifestación clara del equilibrio que debe mantener el sistema penitenciario español entre la finalidad resocializadora del trabajo y la protección de la dignidad humana de las personas privadas de libertad. Las excepciones por edad, salud o circunstancias justificadas son esenciales, para evitar que la obligatoriedad del trabajo se transforme en una forma de trato degradante o discriminatorio; no obstante, como han advertido diversas voces doctrinales, es necesario avanzar hacia una mayor homogeneidad en la aplicación de estos criterios excepcionales, reforzando las garantías jurídicas para los internos y asegurando que la práctica administrativa no desnaturalice los principios rectores del derecho penitenciario español.

5. Derechos laborales de las personas reclusas trabajadoras

5.1. Remuneración. Salario mínimo interprofesional y descuentos obligatorios

El artículo 26.2 LOGP establece que el trabajo penitenciario debe ser remunerado de forma adecuada, tomando como referencia el salario mínimo

71 AYUSO VIVANCOS, Alejandro, «Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España», *Nau llibres*, Valencia, 2003, disponible en https://www.researchgate.net/publication/372776531_Vision_critica_de_la_reeducacion_penitenciaria_en_Espana

72 LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio, «La protección de la seguridad e higiene en el trabajo», *Revista de trabajo y seguridad social: legislación y comentarios sobre derecho del trabajo y seguridad social* núm. 112, julio 1992, disponible en https://app.scholarai.io/paper?paper_id=DOI:10.51302/rtss.1992.18385&original_url=https%3A%2F%2Frevistas.cef.udima.es%2Findex.php%2Frtss%2Farticle%2Fview%2F18385, DOI: <https://doi.org/10.51302/rtss.1992.18385>

interprofesional (en adelante SMI); sin embargo, la ley permite ciertas modulaciones específicas aplicables a la realidad penitenciaria.

Si bien la referencia al SMI garantiza un marco de dignidad mínima, en la práctica los internos perciben remuneraciones muy inferiores a las del mercado libre. Las cantidades abonadas suelen oscilar entre un 25 % y un 50 % del SMI, dependiendo del tipo de trabajo realizado y de la carga horaria⁷³.

Este desfase se justifica administrativamente bajo el argumento de la peculiaridad del trabajo penitenciario, que no está sometido al régimen común de relaciones laborales, sino a una relación laboral especial de carácter penitenciario, regulada adicionalmente por el Real Decreto 782/2001.

La LOGP y la normativa complementaria contemplan una serie de descuentos obligatorios que se aplican sobre el salario bruto de las personas internas, configurando una estructura específica de afectación del salario. Estos descuentos responden a distintos fines: en primer lugar, se prioriza la indemnización a las víctimas del delito, destinando un porcentaje de la remuneración a la reparación del daño y al cumplimiento de las responsabilidades civiles derivadas de la condena; en segundo lugar, se deducen los gastos de manutención y estancia en el centro penitenciario, considerados expresamente como una carga a cargo del interno; además, se prevén aportaciones al ahorro individual con el objetivo de que, al término de la condena, la persona disponga de una cantidad acumulada que facilite su reintegración social; finalmente, se incluyen las cotizaciones correspondientes a la Seguridad Social, garantizando así la protección y cobertura del interno en el ámbito laboral.

La inclusión de los internos en el régimen de cotización es una de las reivindicaciones doctrinales más recurrentes, más específicamente en lo relativo a la prestación por desempleo⁷⁴.

La doctrina y la jurisprudencia más reciente han puesto de relieve diversas críticas al modelo vigente de gestión del trabajo penitenciario. En primer lugar, se cuestiona la insuficiencia remunerativa, pues se considera que la baja cuantía de los salarios no encuentra una justificación adecuada y que, aun reconociéndose la finalidad resocializadora del trabajo en prisión, deberían garantizarse estándares económicos dignos y razonable-

73 BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, Pepa, «El salario mínimo interprofesional en España y la carta social europea: el desacuerdo permanente», *Lex social*, vol. 12, núm. 1, 2022, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.6477>

74 RUÍZ-HIDALGO, Eva, «Los derechos económicos de los presos: cotizan y cobran la pensión, pero no el paro», *El español*, 22 de junio de 2018, https://www.elespanol.com/invertia/mercados/20180622/derechos-economicos-presos-cotizan-cobran-pension-no/316969656_0.html

mente equiparables a los del mercado laboral ordinario. En segundo término, se señala la falta de transparencia en la aplicación de los descuentos, subrayándose la necesidad de que la administración penitenciaria proporcione información clara, comprensible y detallada a las personas internas sobre las cantidades deducidas de su salario y el destino concreto de las mismas, a fin de evitar situaciones de indefensión económica. Finalmente, se advierte una desconexión entre el régimen retributivo actual y los objetivos de reinserción social, ya que el escaso nivel de ahorro que los internos logran acumular al término de su condena dificulta su sostenibilidad económica tras la excarcelación y limita la efectividad de los programas de reintegración, incrementando con ello el riesgo de exclusión social⁷⁵.

5.2. Seguridad Social. Cobertura médica y prestaciones

El artículo 26.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria dispone que las personas internas que participan en actividades laborales deben estar integradas en el sistema de Seguridad Social, conforme a la normativa vigente. Este mandato tiene como finalidad garantizar el acceso a la cobertura médica y a las prestaciones sociales, equiparando (al menos en el plano teórico), los derechos de los trabajadores penitenciarios con los de los empleados por cuenta ajena; no obstante, esta equiparación presenta una particularidad relevante; la relación laboral especial de los internos se regula, además, por el Real Decreto 782/2001, norma que introduce ciertas especificidades en su aplicación práctica. En este marco, la inclusión de los presos trabajadores en el sistema de Seguridad Social comprende fundamentalmente la asistencia sanitaria pública, que asegura la atención médica general y de urgencias tanto dentro como fuera del centro penitenciario; la cobertura de contingencias profesionales, que protege frente a accidentes de trabajo o enfermedades derivadas de la actividad laboral desarrollada en prisión y, finalmente, el derecho a prestaciones económicas por incapacidad temporal, si bien con limitaciones derivadas de la naturaleza singular de la relación laboral penitenciaria.

Aunque formalmente existe cobertura médica generalizada, los internos no siempre son conscientes de sus derechos y, en ocasiones, la administración penitenciaria no gestiona eficazmente los trámites necesarios para que estos se materialicen.

En relación con las prestaciones derivadas de la cotización a la Seguridad Social, el régimen aplicable a los trabajadores penitenciarios presenta

75 BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, Pepa, «El salario mínimo interprofesional en España y la carta social europea: el desacuerdo permanente», *Lex social*, vol. 12, núm. 1, 2022, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.6477>

diversas particularidades. Respecto a la jubilación, el tiempo trabajado en prisión puede computarse a efectos del cálculo del período de cotización siempre que se haya efectuado la correspondiente aportación, aunque la escasa remuneración y la habitual parcialidad de las jornadas laborales dificultan alcanzar el mínimo necesario, para generar el derecho a la pensión. En cuanto a la incapacidad temporal o permanente, la cobertura está reconocida formalmente dentro del sistema, si bien la doctrina ha señalado que los procedimientos administrativos internos no siempre garantizan una tramitación ágil y efectiva, lo que en la práctica puede retrasar o incluso obstaculizar el acceso real a estas prestaciones⁷⁶. En lo que respecta al desempleo, esta prestación no resulta aplicable al trabajo penitenciario, dado que el cese en la actividad no obedece a causas económicas, organizativas o productivas ajenas al trabajador, sino a decisiones administrativas inherentes al propio régimen penitenciario.

La aplicación del artículo 26.3 LOGP presenta deficiencias relevantes; la desinformación de los internos sobre sus derechos y procedimientos administrativos es evidente, seguida de una inadecuada gestión de las cotizaciones por parte de los centros penitenciarios, lo que a menudo perjudica a los internos al salir en libertad; la cobertura es manifiestamente incompleta en comparación con la que recibiría un trabajador externo, especialmente en el caso de la prestación por desempleo y la protección en la jubilación; estas deficiencias se presentan como una contradicción clara e inequívoca del principio de igualdad y plantean dudas sobre la eficacia real del mandato constitucional de reinserción social consagrado en la CE⁷⁷.

El artículo 26.3 LOGP representa un avance significativo al reconocer formalmente la integración de los presos trabajadores en la Seguridad Social; no obstante, la distancia entre la norma y la práctica real sigue siendo un desafío pendiente en el sistema penitenciario español. Las carencias detectadas, no sólo afectan los derechos laborales inmediatos de los internos, sino que también comprometen sus posibilidades de reinserción efectiva una vez alcanzada la libertad.

Una mejora sustancial en este ámbito es crucial para garantizar que el trabajo penitenciario cumpla realmente con su doble función: formativa y resocializadora; se hace necesario adoptar medidas claras y concretas en cuanto a que se garantice la plena integración de los presos trabajadores en el sistema general de Seguridad Social, sin exclusiones; la situación intramuros de las personas privadas de libertad precisa con urgencia

76 BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, Pepa, «El salario mínimo interprofesional en España y la carta social europea: el desacuerdo permanente», *Lex social*, vol. 12, núm. 1, 2022, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.6477>

77 *Ibidem*

una simplificación de los trámites administrativos, para la gestión de las cotizaciones y la solicitud de prestaciones; el refuerzo de la información y formación básica jurídica de los internos les facilitaría el ejercicio de sus derechos. En este contexto se hace imperativo la creación de un organismo independiente y de composición mixta (pública y privada) que asegure la transparencia y efectividad del sistema.

5.3. El Derecho a la huelga de los presos

El artículo 28.2 de la CE reconoce el derecho de huelga como una de las garantías estructurales del orden constitucional, situándolo entre los derechos fundamentales de configuración legal y de protección reforzada. Su ejercicio constituye la expresión colectiva de la libertad sindical y un instrumento esencial de defensa de los intereses de los trabajadores en un Estado social y democrático de Derecho; no obstante, la aplicación de este derecho en contextos de sujeción especial, como el penitenciario, genera un conflicto de alta densidad jurídica; la compatibilidad entre las exigencias de seguridad y disciplina propias del régimen carcelario y el contenido esencial de los derechos fundamentales que el interno conserva conforme al artículo 25.2 CE. De ahí que resulte indispensable determinar si los internos que realizan trabajo productivo en talleres penitenciarios pueden ser titulares y ejercientes del derecho de huelga sin vaciar de contenido su naturaleza constitucional.

Una aportación relevante ha sido la del magistrado González de la Rivera, titular del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona, quien ha sostenido que: «*La población penitenciaria tiene derecho a la huelga y a la libertad sindical, como cualquier otro trabajador, aun cuando su relación laboral sea especial*»⁷⁸.

Estas afirmaciones fueron realizadas en el marco de una jornada organizada por el Consejo General de la Abogacía Española sobre los derechos laborales de las personas reclusas, en la que el magistrado intervino para reflexionar sobre la aplicación de los derechos fundamentales en contextos de privación de libertad. En dicho foro, González de la Rivera defendió que la condición de interno no puede suponer la pérdida automática de los derechos laborales básicos reconocidos constitucional y convencionalmente,

78 GONZÁLEZ DE LA RIVERA, Xavier. *La población penitenciaria tiene derecho a la huelga y a la libertad sindical*, Consejo general de la abogacía española, 16 de junio de 2021, disponible en <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-poblacion-penitenciaria-tiene-derecho-a-la-huelga-y-a-la-libertad-sindical>.

subrayando que, aunque su ejercicio pueda estar sujeto a limitaciones derivadas del régimen penitenciario, su titularidad sigue vigente.

Parte de la doctrina se basa en la premisa de que el trabajo penitenciario, aunque se inscriba en un contexto de sujeción especial, no puede quedar excluido del bloque de constitucionalidad laboral, en especial cuando se genera productividad, organización jerárquica y rendimiento económico; por tanto, no existiría obstáculo constitucional para que los internos trabajadores pudieran ejercer formas colectivas de defensa de sus intereses laborales, incluida la huelga.

El argumento se refuerza con base en los principios de interpretación conforme del artículo 10.2 CE, que exige leer los derechos fundamentales de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por España; entre ellos destacan el Convenio núm. 87 de la OIT sobre la libertad sindical⁷⁹ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸⁰.

Desde la doctrina penal se ha cuestionado la exclusión sistemática del derecho de huelga en prisión. En este sentido la Asociación Pro-Derechos Humanos de Andalucía ha publicado una guía práctica sobre los derechos laborales de las personas presas⁸¹, en la que se aborda la situación laboral de los trabajadores reclusos, sus obligaciones y derechos, su representación por organizaciones sindicales y las inspecciones de trabajo. La guía destaca las profundas diferencias entre lo establecido en las leyes y la realidad penitenciaria, señalando que la administración penitenciaria no reconoce el derecho de huelga de los internos trabajadores.

79 Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación núm.87, Normalex, 1948; (este convenio establece que todos los trabajadores y empleadores, sin distinción, tienen el derecho de constituir organizaciones de su elección sin autorización previa, así como el derecho de afiliarse a estas organizaciones, obligando a los estados miembros a garantizar el libre ejercicio del derecho de sindicación); disponible en https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087

80 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 16 de diciembre de 1996, Asamblea general ONU, resolución 2200 A (XXI); el artículo 8.1 del PIDESC reconoce el derecho de toda persona a formar sindicatos y afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a funcionar libremente y a ejercer el derecho de huelga, siempre que se ejerza conforme a las leyes de cada país; disponible en <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights#:~:text=Articulo%208,-1.&text=1.-,Los%20Estados%20Partes%20en%20el%20presente%20Pacto%20se%20comprometen%20a,sus%20intereses%20económicos%20y%20sociales>.

81 APDHA *Trabajo en prisión. Guía práctica sobre los derechos laborales de las personas presas*, 2015, disponible en <https://www.apdha.org/media/guia-trabajo-en-prision-2015.pdf>

5.4. Contenido esencial y límites del derecho de huelga. Marco general

A) Naturaleza constitucional y protección reforzada

El derecho de huelga se encuentra consagrado en el artículo 28.2 CE, en conexión con su artículo 7⁸² y el 37⁸³, lo que revela su carácter de derecho fundamental de ejercicio colectivo y función institucional; por tanto, sólo puede ser desarrollado mediante Ley Orgánica, de conformidad con el artículo 53.2 CE⁸⁴.

La doctrina del TC ha establecido reiteradamente que el derecho de huelga constituye un instrumento esencial de presión colectiva frente a la parte empleadora y un medio legítimo para la defensa de los intereses de los trabajadores. Esta línea doctrinal se inició con la STC núm. 11/1981, que declaró inconstitucionales varios preceptos del Real Decreto-ley 17/1977 por restringir de forma ilegítima el ejercicio de dicho derecho⁸⁵; aunque la STC 11/1981 no se refiriese de manera directa al ámbito penitenciario, su inclusión en el análisis sobre el reconocimiento del derecho de huelga de los internos trabajadores resultó plenamente justificada por su valor dogmático y su función orientadora. Esta sentencia fue la primera del TC en definir el contenido esencial del derecho de huelga reconocido en el artículo 28.2 de la CE, convirtiéndose así en referencia ineludible para toda interpretación posterior, incluso en contextos de relaciones laborales especiales como las penitenciarias. El Tribunal estableció que el derecho de huelga goza de protección constitucional directa como derecho fundamental, que sólo puede ser regulado o limitado mediante ley orgánica (y no por normas preconstitucionales

82 *Ibidem*, «Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios».

83 *Ibidem*, «La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios».

84 MARTIN VALVERDE, Antonio, «El derecho a la huelga en la Constitución de 1978», *Revista de política social* núm. 121, 1979, págs. 227 a 253. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2494101>

85 *Ibidem* STC núm. 11/1981, de 8 de abril, BOE núm. 99 de 25/04/1981, (ECLI:ES:TC:1981:11); en esta sentencia, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto-Ley 17/1977, al considerar que limitaba indebidamente el derecho de huelga, reconociendo como derecho fundamental (art. 28.2 CE); asimismo estableció por primera vez su contenido esencial, definiéndolo como la facultad colectiva de interrumpir el trabajo para defender intereses laborales, protegido directamente por la Constitución y sólo regulable por ley orgánica, de igual forma afirmó que toda restricción al derecho de huelga debe ser proporcionada y justificada, consolidando así su naturaleza constitucional y su protección reforzada. Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/11>

ni reglamentos), y que comprende la facultad de interrupción colectiva y concertada del trabajo en defensa de intereses propios del colectivo afectado. Estas notas definitorias mantienen su vigencia en el entorno penitenciario, salvo cuando concurren límites expresamente previstos en la ley y justificados de forma motivada y proporcional.

Aunque el trabajo penitenciario no constituye una relación laboral ordinaria, comparte con el trabajo libre elementos esenciales como la subordinación organizativa, la contraprestación económica, la existencia de horarios y un régimen disciplinario. Por ello, la doctrina constitucional sobre los límites legítimos al derecho de huelga puede aplicarse por analogía *iuris* a la actividad laboral de los internos, salvo que circunstancias excepcionales impongan restricciones específicas.

Desde una perspectiva constitucional, el artículo 25.2 CE establece que los internos no pierden sus derechos fundamentales salvo en lo que resulte estrictamente necesario por la naturaleza de la pena. En este marco, la STC 11/1981 adquiere especial relevancia al evidenciar que, tras más de cuatro décadas de vigencia constitucional, el Estado español sigue careciendo de una Ley Orgánica específica que regule el derecho de huelga, tal como exige el artículo 28.2 CE. Esta omisión legislativa no puede interpretarse como una prohibición tácita o una anulación del derecho, sino como un vacío normativo que debe ser subsanado y, mientras tanto, suplido mediante la aplicación del bloque de constitucionalidad definido por dicha sentencia y por la jurisprudencia posterior.

El valor dogmático de la STC 11/1981 radicó en haber introducido, de forma incipiente, el principio de proporcionalidad como criterio de control de las restricciones a los derechos fundamentales, incluida la huelga. Este planteamiento fue posteriormente sistematizado en el denominado test de proporcionalidad y desarrollado en resoluciones como la STC 33/2011⁸⁶, en la que el Tribunal Constitucional configuró expresamente el test tripartito de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, hoy aplicado como parámetro esencial para valorar la legitimidad de cualquier limitación al ejercicio del derecho de huelga, también en el contexto penitenciario.

En este sentido, la STC 11/1981 proporciona un marco teórico indispensable para examinar si la exclusión de facto del derecho de huelga en prisión supera o no dicho test, por lo que no puede considerarse una resolución prescindible, sino dogmáticamente necesaria.

Por su parte, el artículo 25.2 de la Constitución Española dispone que el cumplimiento de la pena privativa de libertad no suspende, por sí mismo, el disfrute de los derechos fundamentales, salvo en «*lo estrictamente necesario por razón del fallo condenatorio, la naturaleza de la pena o la ley*

86 STC 33/2011, de 28 de marzo, recurso de amparo núm. 6171-2004, BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011, ECLI:ES:TC:2011:33

penitenciaria». El TC ha reiterado que estas limitaciones deben interpretarse de forma restrictiva y estar debidamente motivadas en cada caso⁸⁷.

5.5. El principio de proporcionalidad y la salvaguarda del núcleo esencial

Toda limitación al derecho de huelga debe someterse al principio de proporcionalidad, en su triple dimensión: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La medida restrictiva ha de ser idónea para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, no ha de existir una alternativa menos lesiva y el sacrificio impuesto al derecho ha de mantener una proporcionalidad razonable respecto del interés protegido⁸⁸.

En la STC 33/2011, el TC reafirmó que el contenido esencial del derecho de huelga reside en la posibilidad real y efectiva de participar colectivamente en la interrupción del trabajo, sin sufrir sanciones desproporcionadas ni represalias que vacíen de contenido el derecho. En el mismo sentido, la STC 123/1992⁸⁹ advirtió que la función del Estado no consiste en obstaculizar su ejercicio, sino en garantizar su plena efectividad.

5.6. Límites legítimos al ejercicio del derecho

El derecho de huelga, aun siendo un derecho fundamental, no posee carácter absoluto. El artículo 28.2 de la CE admite su limitación únicamente por razones constitucionalmente justificadas; entre ellas, el Tribunal Constitucional, desde la STC 26/1981⁹⁰, ha reconocido la necesidad de garantizar los servicios esenciales para la comunidad, entendidos como aquellos cuya interrupción comprometería derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos; asimismo, se ha afirmado la exclusión del ejercicio de la

87 STC núm. 2/1987, de 21 de enero, BOE núm. 35, de 10 de febrero de 1987, ECLI:ES:TC:1987:2. El TC declaró vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva y a la asistencia letrada (art. 24 CE) de un recluso sancionado en el Centro Penitenciario de Basauri. En su fundamento jurídico tercero, afirmó que las penas privativas de libertad no suspenden los derechos fundamentales (art. 25.2 CE) y que sus limitaciones deben ser excepcionales, motivadas y sujetas a control judicial, señalando que la ausencia de dicho control constituyó una violación de las garantías básicas del interno. Disponible en <https://hj.tribunal-constitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/734>

88 QUINTANILLA NAVARRO, Raquel, «El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 73, 2008, págs. 337-367, disponible en <https://vlex.es/vid/huelga-constitucional-propuestas-org-aacute-nica-50189192>

89 STC 123/1992, de 28 de septiembre, recurso de amparo núm. 301/89, BOE núm. 260, de 29 de octubre de 1992, ECLI:ES:TC:1992:123

90 STC 26/1981, de 17 de julio, BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981, ECLI:ES:TC:1981:26

huelga en determinados colectivos institucionales (como las Fuerzas Armadas, la Guardia Civil⁹¹ y la Judicatura⁹²), en atención a su función pública y a la preservación del orden constitucional; de igual forma, quedan fuera de la protección del artículo 28.2 CE las huelgas abusivas o de finalidad política general, carentes de vinculación directa con la defensa de intereses laborales concretos;⁹³ no obstante, estos límites deben interpretarse de manera estricta, pues el derecho de huelga, como manifestación de la libertad colectiva de los trabajadores, sólo admite restricciones cuando éstas resulten indispensables, proporcionadas y necesarias para la protección de otros bienes o derechos constitucionales de igual rango⁹⁴.

6. Fundamentos para la extensión del derecho de huelga a los internos trabajadores

6.1. Principio de igualdad y no discriminación

El artículo 14 CE proclama la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social. En aplicación de este principio, la exclusión del derecho de huelga para quienes realizan trabajo productivo en prisión constituiría una diferenciación jurídica no justificada, basada exclusivamente en su condición de privados de libertad.

La STC 48/1996, ya citada, impuso la exigencia de que toda limitación de derechos en el medio penitenciario debía estar motivada y ser estrictamente necesaria; la privación de libertad no puede operar como un presupuesto de desigualdad estructural; en este sentido, la exclusión general del derecho de huelga de los internos trabajadores vulneraría el mandato de igualdad si no supera el test de proporcionalidad exigido por el Tribunal Constitucional.

La STC 11/1981, de 8 de abril, reconoció el derecho de huelga como instrumento esencial de defensa colectiva de los intereses de los trabajadores, afirmando su titularidad general y rechazando las restricciones que no respondan a la naturaleza del trabajo ni a fines constitucionalmente legítimos. Esta doctrina, aunque no referida expresamente al ámbito penitenciario, refuerza la idea de que la mera condición de persona privada de libertad no

91 Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, art. 6.8, BOE núm. 63, de 14/03/1986

92 Ibidem, art. 127.

93 STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10, BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981, ECLI:ES:TC:1981:11

94 MONTAÑA MELGAR, Alfredo, «los límites del derecho de huelga: presente y futuro», *Cuestiones laborales de actualidad*, 2013, págs. 33 a 51. Disponible en <https://vlex.es/vid/mites-derecho-huelga-presente-futuro-477508506>

puede justificar por sí sola una exclusión estructural del derecho de huelga, salvo en la medida en que existan razones específicas, motivadas y proporcionadas que lo hagan estrictamente necesario.

6.2. Analogía funcional entre trabajo penitenciario y trabajo libre

Cuando el trabajo realizado en el ámbito penitenciario reviste un carácter productivo, esto es, cuando concurren elementos como la subordinación, la dependencia organizativa, la retribución y el cumplimiento de un horario, dicho trabajo adquiere una dimensión materialmente laboral, aunque su régimen jurídico sea de naturaleza especial y esté orientado a fines de reinserción social. Como ha señalado Ojeda, el trabajo penitenciario, pese a su configuración como relación laboral especial, debe aproximarse en lo posible al trabajo libre, conforme al mandato del artículo 25.2 CE y las normas penitenciarias europeas. Esta analogía funcional se justifica por la finalidad resocializadora de la pena y por la necesidad de preparar al interno para las condiciones laborales de la vida en libertad; en este sentido, el autor considera que el silencio normativo sobre las medidas colectivas de abstención no excluye su legitimidad material, en tanto expresión de un conflicto colectivo en el marco del trabajo penitenciario⁹⁵.

Esta visión funcional encuentra respaldo en la doctrina constitucional; la STC 11/1981, de 8 de abril, definió el núcleo del derecho de huelga como la facultad colectiva de los trabajadores de suspender la prestación laboral en defensa de sus intereses, un criterio que no depende del tipo de empleador, sino de la existencia de una relación de trabajo; por tanto, aunque la sentencia no se refiere expresamente al trabajo penitenciario, su razonamiento permite sostener que la distinción entre trabajo libre y trabajo penitenciario no puede servir para negar el ejercicio de la huelga, sino sólo para adaptar sus modalidades a las exigencias propias del medio institucional.

6.3. Contenido esencial y defensa colectiva

El contenido esencial del derecho de huelga, según la jurisprudencia constitucional, consiste en garantizar la efectiva posibilidad de defensa colectiva de los intereses de los trabajadores mediante la interrupción concertada de la prestación laboral; así lo ha reiterado el Tribunal Constitucional en su doctrina reciente⁹⁶ al subrayar que la efectividad del derecho exige la posibilidad

95 OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Sindical*, Tecnos, 8ª edición, Madrid, 2003, págs. 525 a 526.

96 STC 130/ 2021, de 21 de junio de 2021, recurso de amparo 872-2020, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021. Promovido por la Confederación General del Trabajo respecto de la

real de ejercer presión colectiva sin represalias ni medidas que vacíen su contenido esencial, dentro de los límites del orden constitucional.

En esta línea, Ayala interpreta que la STC 130/2021 reafirma la idea de que el núcleo esencial del derecho de huelga reside en la posibilidad real y efectiva de ejercer presión colectiva sin represalias, reforzando su naturaleza de derecho subjetivo fundamental y confirmando que los límites a su ejercicio deben interpretarse de modo restrictivo y conforme al principio de efectividad⁹⁷.

6.4. Test de proporcionalidad aplicado a la restricción absoluta

Aplicando el canon de proporcionalidad desarrollado por la jurisprudencia constitucional desde la STC 11/1981, la exclusión total del derecho de huelga en el ámbito penitenciario difícilmente podría superar el escrutinio constitucional. En primer lugar, respecto al juicio de idoneidad, una restricción absoluta podría, en efecto, contribuir al mantenimiento del orden interno, pero no constituye el único medio posible para alcanzar dicho fin. En cuanto al criterio de necesidad, existen alternativas menos gravosas que permitirían compatibilizar la seguridad penitenciaria con el ejercicio limitado del derecho, como la regulación de huelgas parciales o la instauración de mecanismos internos de mediación y conciliación. Finalmente, desde la perspectiva de la proporcionalidad en sentido estricto, el sacrificio total del derecho de huelga resultaría desmesurado frente al interés institucional perseguido, pues vaciaría de contenido un derecho fundamental cuyo ejercicio puede ser modulado, pero no anulado, incluso en contextos de sujeción especial.

6.5. Función resocializadora y valor educativo del derecho de huelga

El artículo 25.2 CE impone a la administración penitenciaria el deber de orientar las penas privativas de libertad hacia la reeducación y reinserción social. En este contexto, el reconocimiento, aunque limitado, del derecho de

sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en proceso de conflicto colectivo. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a libertad sindical en relación con el derecho de huelga: calificación de huelga abusiva resultante de la negativa de los cinco comités de huelga actuantes a constituir una comisión negociadora con composición ajustada a la normativa reguladora.

97 AYALA SÁNCHEZ, Alberto. *Comentario a la STC 130/2021, de 21 de junio. El derecho de huelga: derecho subjetivo fundamental y algunos de sus límites*, Temas Laborales, núm. 162, 2022, págs. 255 a 279. Disponible en file:///C:/Users/montserrat.molina/Downloads/Dialnet-ComentarioALaSTC1302021De21DeJunioElDerechoDeHuelg-8442395%20(1).pdf

huelga no contradice dicha finalidad, sino que la potencia, al fomentar en los internos valores cívicos, sentido de responsabilidad y cultura de diálogo social.

6.6. Omisión legislativa y aplicación directa de la Constitución Española

La inexistencia de una Ley Orgánica de Huelga, pese al mandato expreso del artículo 28.2 CE, constituye una omisión legislativa relevante. La STC 11/1981 estableció que, incluso en ausencia de desarrollo normativo, el derecho de huelga es directamente aplicable desde la CE y el bloque de constitucionalidad, de modo que su eficacia no puede quedar supeditada a la existencia de una ley reguladora; en consecuencia, aunque el Alto Tribunal no se ha pronunciado expresamente sobre el ejercicio de la huelga en el ámbito penitenciario, su doctrina general impide entender la falta de ley como una autorización para excluir este derecho, imponiendo a los poderes públicos el deber de garantizar su efectividad conforme a los principios constitucionales de proporcionalidad, igualdad y dignidad.

A pesar de que la STC 130/2021, de 21 de junio, no se pronuncia sobre el ámbito penitenciario, su doctrina resulta de aplicación interpretativa al análisis del derecho de huelga en las relaciones laborales especiales desarrolladas en prisión. En ella, el Tribunal Constitucional reafirma que el núcleo esencial del derecho de huelga reside en la posibilidad real de ejercer presión colectiva sin represalias, y que cualquier medida que neutralice su efectividad o vacíe su contenido vulnera su esencia constitucional. Este principio de efectividad sustantiva, que exige preservar la capacidad del derecho para cumplir su función de defensa colectiva, debe proyectarse, por analogía funcional, sobre el trabajo penitenciario, donde las restricciones a los derechos fundamentales han de ser interpretadas de forma estricta y proporcionada; de este modo, la falta de una ley orgánica de desarrollo del artículo 28.2 CE no puede considerarse fundamento suficiente para excluir el ejercicio del derecho de huelga en el medio penitenciario, sino que impone a los poderes públicos un deber positivo de garantía, asegurando que su ejercicio se module conforme a las exigencias de seguridad y orden propias del contexto institucional, pero sin suprimir su contenido esencial.

En una línea convergente, Ojeda⁹⁸ ha sostenido que el silencio de la legislación penitenciaria respecto a las medidas de conflicto colectivo no debe entenderse como una exclusión del derecho de huelga, sino como un espacio susceptible de interpretación conforme a la Constitución; según este autor, la ausencia de regulación expresa no impide la posibilidad de abstención colectiva del trabajo por parte de los internos, siempre que dicha actuación

98 *Ibidem*.

no comprometa los fines resocializadores del artículo 25.2 CE ni el orden penitenciario. Esta posición doctrinal anticipa, en gran medida, el criterio constitucional reafirmado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 130/2021, en cuanto ambos planteamientos coinciden en que la efectividad del derecho de huelga constituye su núcleo esencial, y que su negación absoluta o su neutralización práctica supondrían un vaciamiento contrario a los principios de proporcionalidad y efectividad que rigen la interpretación de los derechos fundamentales.

7. Reflexiones finales

El examen del régimen jurídico de los derechos fundamentales de las personas reclusas trabajadoras permite constatar una brecha significativa entre el reconocimiento formal del trabajo como instrumento de reinserción y su efectiva configuración como derecho subjetivo exigible. A pesar de los avances normativos y jurisprudenciales, el sistema penitenciario español mantiene estructuras que limitan la plenitud de los derechos laborales en prisión y reproducen desigualdades incompatibles con los principios constitucionales.

La consideración del trabajo penitenciario como deber o medida de tratamiento, más que como auténtico derecho, unida a su exclusión del Estatuto de los Trabajadores, priva a los internos de garantías laborales básicas y perpetúa una situación de vulnerabilidad estructural; asimismo, la ausencia de garantías colectivas efectivas (sindicatos, negociación colectiva o derecho de huelga reconocido) constituye una restricción no justificada de los derechos fundamentales de libertad sindical y acción colectiva (art. 28 CE) y contraria a los estándares internacionales de trabajo decente (convenios OIT núm. 87 y 98); de igual forma, se observa una profunda desigualdad en el acceso y condiciones del trabajo penitenciario, especialmente en perjuicio de mujeres, personas con discapacidad y población extranjera, tal como han señalado el Defensor del Pueblo y los órganos internacionales de supervisión. A ello se suma la falta de un sistema adecuado de salud laboral y protección social, que impide una equiparación progresiva con el régimen común de Seguridad Social, vulnerando los principios de igualdad, dignidad y prevención reconocidos por el derecho europeo y la OIT.

Por último, los mecanismos de queja y tutela previstos por la legislación penitenciaria resultan insuficientes en la práctica, debido a la lentitud procedimental, el temor a represalias y la inexistencia de cauces específicos para reclamaciones laborales efectivas; en consecuencia, se impone una reforma normativa integral que redefina el trabajo penitenciario como un derecho dotado de garantías materiales, no como un privilegio condicionado; dicha reforma debería estar orientada a asegurar la equiparación progresiva con los derechos laborales generales, reconocer la legitimidad de la acción colectiva en el ámbito penitenciario y garantizar una tutela efectiva

de los derechos laborales y sociales de las personas privadas de libertad; sólo así podrá cumplirse la función constitucional del trabajo penitenciario como medio de dignificación, igualdad y reinserción social.

Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, MARÍA.** «El género como factor condicionante de la victimización y de la criminalidad femenina». *Redi* 102, n.º 2 (2017).
- ALÓS-MONER, RAMÓN, MARTÍN-ARTILES, ANTONIO, MIGUÉLEZ LOBO, FAUSTO Y GIBERT BADIA, FRANCESC.** «¿Sirve el trabajo penitenciario para la reinserción?» *Revista española de investigaciones sociológicas*. n.º 127. 2009. 11 a 31.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, ÁNGEL.** «Visión panóptica de los diferentes ‘trabajos’ en prisión». *Revista crítica de relaciones de trabajo*, 2021.
- ARNAU PEIRÓ, FRANCISCO.** «Aspectos sociodemográficos, clínicos y de tratamiento de personas privadas de libertad, atendidas en una consulta psiquiátrica penitenciaria». *Universidad ceu cardenal herrera*, 2016.
- ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA.** «Sanidad en prisión». 2018.
- «Trabajo en prisión». *Guía práctica sobre los derechos laborales de las personas presas*. 2015.
- «Trabajo en prisión, ¿trabajo esclavo?» 2016.
- AYALA SÁNCHEZ, ALBERTO.** «Comentario a la STC 130/2021, de 21 de junio. El derecho de huelga: derecho subjetivo fundamental y algunos de sus límites». *Temas laborales*, n.º 162 (2022).
- AYUSO VIVANCOS, ALEJANDRO.** «Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España». *Nau llibres*, 2003.
- BAILOS GRAU, ANTONIO.** «Titularidad y ejercicio del derecho de huelga en España: los inmigrantes irregulares como ejemplo». *Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.
- BAYLOS GRAU, ANTONIO.** «Estado democrático de derecho y amplio reconocimiento del derecho de huelga». *Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, n.º 242 (2011).
- BELMONTE, EVA, GARCÍA TER y MAQUEDA ADRIÁN.** «Los derechos laborales se quedan fuera de los muros de la prisión». *CIVIO*, 2024.
- BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, PEPA.** «El salario mínimo interprofesional en España y la Carta Social Europea: el desacuerdo permanente». *Lex social* 12 (2022).

CAMPS RUÍZ, LUIS MIGUEL. «La relación laboral penitenciaria». *Anales de la Universidad de Alicante*, n.º 2 (1983).

CARO HERRERO, GABRIEL. «El tratamiento penitenciario como llave para la reeducación y reinserción social». *Gabilex* núm. 26, 2021.

CASANOVA AGUILAR, ISABEL. «Mandato resocializador de las penas privativas de libertad y permisos de salida penitenciarios». *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, diciembre 2014.

CASTILLO ALGARRA, JOAQUINA. «Mujeres extranjeras en prisiones españolas. El caso andaluz». *Revista internacional de sociología* 68, n.º 2 (mayo-agosto 2010).

CASTRO-MARTÍNEZ, ANA MARÍA. «Educación Inclusiva en Centros Penitenciarios». *Dykinson*, 2019.

CIVIO. «Los derechos laborales se quedan fuera de los muros de la prisión». 2024.

COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA. «Informe a España tras la visita realizada en 2020. Consejo de Europa, CPT/Inf (2021) 29». 2021.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. «Observaciones finales sobre los informes periódicos 7.º y 8.º combinados de España, Naciones Unidas, doc. CEDAW/C/ESP/CO/7-8». 2015.

CONFEDERACIÓN SALUD MENTAL DE ESPAÑA. «Libro blanco sobre la atención sanitaria de las personas con trastornos mentales graves en los centros penitenciarios de España». *Resumen ejecutivo*. 2022.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. «El Tribunal Supremo fija que corresponde a la administración penitenciaria y no a la sanitaria pagar la sanidad pública a los presos». 2019.

—. «El Tribunal Supremo fija que los permisos ordinarios de los presos se resuelvan en un plazo máximo de tres meses». 2023.

CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. «Asunto Stummer c. Austria (Demanda núm. 37452/02)». 2011.

—. «Sentencia 2832/66, de 18 de junio de 1971».

DANJUMA, IBRAHIM, NORDIN, ROHAIDA y MUNZIL MUHAMAD, MOHD. «Derechos de los presos bajo el derecho internacional: un mito etiológico». *Revista internacional de derechos humanos y estudios constitucionales* 6, n.º 1 (2018).

DATATECA. «Trabajando por cuatro euros a la hora en la cárcel». octubre 2022.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS. «El trabajo de los internos en el derecho penitenciario español». *Cuadernos de derecho judicial - derecho penitenciario*, 1996.

DEFENSOR DEL PUEBLO. «Informe anual 2022».

—. «Informe anual a las cortes generales año 2010». Madrid, 2011.

—. «Mecanismo nacional de prevención de la tortura». s.f.

DIARIO EL SALTO. «Trabajando por cuatro euros a la hora en la cárcel». 2022.

DOMINGUEZ IZQUIERDO, EVA. «Sin alternativa a la prisión: el periodo de seguridad y la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad». *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, 2021.

ELÍAS ORTEGA, ÁNGEL. «Aspectos de interés práctico en la regulación de la relación laboral especial penitenciaria». *Cuaderno de derecho penitenciario* núm. 10, 2004.

EPDATA. «Porcentaje de internos en prisiones que trabajan dentro del centro penitenciario». s.f.

FERNÁNDEZ BERMEJO, DANIEL. «Algunas propuestas de lege ferenda para la inhumana pena de». *Revista de estudios penitenciarios*, n.º 262 (2020).

FERNÁNDEZ BERMEJO, DANIEL. «El fin constitucional de la reeducación y reinserción social: ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?» *Anuario de derecho y ciencias penales* núm. 1, 2014.

FRUTOS BALIBREA, MARÍA DOLORES, DEL VAL CID, CONSUELO y VIEDMA ROJAS, ANTONIO. «El trabajo en prisión, ¿reproduce las desigualdades de género?» *Revista de sociología del trabajo*, 2016.

FUENTES OSORIO, JUAN LUIS. «Sistema de clasificación penitenciaria y el «periodo de seguridad del art. 36.2 CP». *Indret*, n.º 1, 2011.

GARCÍA VALVERDE, MARÍA DOLORES. «La nulidad de la decisión extintiva de la relación laboral especial penitenciaria y el derecho del interno a la indemnización de daños y perjuicios». *Revista de trabajo y seguridad social*, 2024.

GONZÁLEZ DE LA RIVERA, XAVIER. «La población penitenciaria tiene derecho a la huelga y a la libertad sindical». *Consejo general de la abogacía española*. Madrid, 16 de junio de 2021.

GONZÁLEZ, ANA. «El principal problema de las prisiones en Murcia es la carencia de personal sanitario». *Radio Murcia*, 2024.

- ICAM.** «Trabajo en prisión. Guía práctica sobre los derechos laborales de las personas internas». 2015.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA.** «Encuesta sobre salud y consumo de drogas en instituciones penitenciarias». 2022.
- IZARRA, JOSEAN.** «CCOO denuncia la “flagrante” vulneración de los derechos laborales en la cárcel de Zaballa». 2024.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO.** «La protección de la seguridad e higiene en el trabajo». *Revista de trabajo y seguridad social*, n.º 12 (julio 1992).
- LIVINGSTONE, STEPHEN.** «Prisoners rights in the context of the european convention on human rights, european human rights». *Law review* núm. 4, 2000.
- MARTIN VALVERDE, ANTONIO.** «El derecho a la huelga en la Constitución de 1978». *Revista política social*, n.º 121 (1979).
- MINISTERIO DEL INTERIOR.** «Informe General 2022. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias».
- . «Nueva ampliación del Plan de Amortización y Creación de Establecimientos Penitenciarios (PACEP)». 2022.
- MONTERO PÉREZ DE TUDELA, ESTHER.** «La reeducación y la reinserción social en prisión: el tratamiento en el medio penitenciario español». *Revista de estudios socioeducativos* núm. 7, 2019.
- MONTOYA MELGAR, ALFREDO.** «Los límites del derecho de huelga: presente y futuro». *Cuestiones de actualidad*, 2013.
- OJEDA AVILÉS, ANTONIO.** *Derecho Sindical*. 8.ª edición. Madrid: Tecnos, 2003.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.** «El trabajo dentro de las cárceles y la inserción laboral de las personas privadas de libertad». *Normlex*, 2012.
- PASTOR SELLER, ENRIQUE y TORRES TORRES, MANUELA.** «Administración penitenciaria española ante las necesidades de las personas mayores». *Revista venezolana de gerencia*, n.º 77, 2017.
- QUINTANILLA NAVARRO, RAQUEL.** «El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica». *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 73, 2008.
- ROBERTSON, A.H. y MERRILLS, J.G.** «Human Rights in Europe: A Study of the European Convention on Human Rights (4th edition)». *British year book of international law* núm. 72, 2002.
- ROCA TRÍAS, ENCARNACIÓN y AHUMADA RUÍZ, MARÍA ÁNGELES** «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional

- española; reunión de tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España». 2013.
- . «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española». octubre de 2013.
- RODRÍGUEZ NUÑEZ, ALICIA.** «Reinserción social y sistema penitenciario español». *Dykinson*, 2013.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, ALICIA.** «PIDECO, programa de intervención penitenciario pionero en la reinserción de delincuentes económico». *Atalayar*, 2021.
- ROUTIER, EVA.** «Los sentidos del trabajo en prisión. Prácticas laborales en unidades penitenciarias de la provincia de Santa Fe». *Revista de la escuela de antropología*. Vol. XXI. 2015.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO.** *La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción*. 1991.
- RUÍZ SANTAMARÍA, JOSÉ LUIS.** «El trabajo de las personas reclusas durante el periodo de internamiento en las instituciones penitenciarias españolas». *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo* 12, n.º 3 (julio-septiembre 2024).
- RUÍZ SORIANO, MARÍA ÁNGELES.** «Ser mujer y madre en prisión. Análisis del trabajo educativo realizado en la unidad externa de madres “Jaime Garralda” a través de las voces de las mujeres internas: una alternativa al centro penitenciario cerrado». *UCM*, 2018.
- RUÍZ-HIDALGO, EVA.** «Los derechos económicos de los presos: cotizan y cobran la pensión, pero no el paro». *El español*, junio 2018.
- SANCHA DÍEZ, JOSE PABLO.** «Derechos fundamentales de los reclusos». *UNED*, octubre 2017.
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE SANIDAD PENITENCIARIA.** «La atención primaria en las prisiones está desapareciendo a causa de la precariedad laboral». *Gaceta Médica*. 11 de julio de 2024.
- SUÁREZ TASCÓN, JOSÉ.** «El trabajo penitenciario». *Revista de estudios penitenciarios núm. extra 3*, 2019.
- TRABAJO-JARILLO, ELENA y MÁRQUEZ-LEPE, ESTHER.** «Un estudio exploratorio sobre el trabajo y la formación ocupacional penitenciaria». *Revista española de investigación criminológica*. 2022.
- TRAPERO BARREALES, MARÍA ANUNCIACIÓN.** «La transformación del derecho penal laboral». *Cuadernos de política criminal*, n.º 114, 2014.
- UNODC.** «Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos (reglas Nelson Mandela)». 2015.

ZANÓN BAYÓN-TORRES, LAURA MARÍA. «La privación de libertad como instrumento de gestión y control de la inmigración irregular: análisis de las consecuencias psicosociales y administrativas derivadas del internamiento de personas extranjeras extracomunitarias en Centros Penitenciarios y Cen». *Universidad pontificia de comillas*, 2021.

ZIL SMIT, DIRK VAN y SNACKEN, SONJA. «Principios de derecho y política penitenciaria europea. Penalogía y derechos humanos». *Tirant lo blanch*, 2009: 535 a 540.

CAPÍTULO VI

DERECHOS DE LOS MENORES TRABAJADORES EN CENTROS DE INTERNAMIENTO

Rights of minor workers in international centers

Manuela Abeleira Colao

*Profesora Adjunta de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad San Pablo CEU (Madrid)*

Resumen: El presente estudio está dedicado a la ordenación del trabajo de menores que están internados. Se aborda un análisis jurídico desde las fuentes supranacionales de la relación hasta el Real Decreto 1774/2004 que contiene su regulación específica. Se analiza concretamente los derechos fundamentales que se ponen en riesgo cuando el menor internado trabaja. También se hace hincapié sobre las específicas condiciones laborales que se deben cumplir cuando quien trabaja es un menor de edad.

Palabras clave: trabajo, menores de edad, centros de internamiento, derechos fundamentales, protección laboral del menor, menores penados.

Summary: This study focuses on the regulation of work carried out by detained minors. It provides a legal analysis based on supranational sources, including Royal Decree 1774/2004, which contains specific provisions on this matter. Specifically, it analyses the fundamental rights at risk when minors in detention are employed. It also emphasises the specific working conditions that must be met when employing minors.

Keywords: work, minors, detention centers, fundamental rights, labor protection for minors, convicted minors.

1. Introducción

Los menores de edad son personas que se encuentran en una posición vulnerable y esta cualidad modula cualquier norma que pueda serle de aplicación. Por otro lado, el trabajo de los menores de edad es una materia, que no ha cobrado la atención necesaria por parte del legislador patrio. Muestra de ello, es su inmovilismo hacia la aparición de nuevas formas de trabajo infantil, especialmente en ámbitos como el deporte o la publicidad, que a pesar de su gran expansión no cuentan con un ordenamiento que proteja las relaciones laborales, muchas veces encubiertas que puedan tener como titulares menores de edad⁹⁹. Esta falta de interés del legislador se ve reflejada en la escasez de casos que sobre esta materia resuelven los Tribunales.

Esta realidad también se observa en la relación laboral de menores en centros de internamiento. Concorre además en el caso de estos menores que a la fragilidad propia de la edad y del ejercicio de una relación laboral, se une otro factor más, el del internamiento, que aumenta su delicada posición. Todo ello justifica que la relación laboral de los menores en centros de internamiento deba ser objeto de un análisis jurídico diferenciado de cualquier otra prestación laboral atendiendo a las especificidades que necesita la doble casuística, menores e internos.

Como marco jurídico de referencia sobre el que se apoya la normativa laboral sobre menores internados, debemos acudir a la relación laboral de penados mayores de edad, aunque este acompañamiento presente deficiencias prácticas como luego observaremos. Se debe de acudir también a las normas que regulan el trabajo de menores de edad desde el régimen general común. Todo ello nos permitirá dibujar los moldes legales donde se encaja el trabajo que regulan los menores que se encuentran en centros de internamiento.

99 Para muestra el reconocimiento de laboralidad de un deportista profesional, es cierto que no era menor de edad, pero sí que jugaba sin licencia federativa y recibía unas cantidades del club que estaban por debajo del salario mínimo además del uso compartido de una vivienda. El TSJ de CyL determina que existe una relación laboral. Esta situación hace preguntarse a la Doctrina especializada «: ¿tiene contados sus días el amateurismo marrón en el deporte? Por ahora, se está caminando en esta dirección, aunque, a mi juicio, la variedad de situaciones y supuestos deportivos y económicos tanto de entidades deportivas como de deportistas que se dan en el deporte profesionalizado, hace que no pueda vislumbrarse una solución de ámbito general». Vid. GUILLÉN PAJUELO, Ángel.: «¿El fin del 'amateurismo marrón' en el deporte? Notas a la STSJ de Castilla y León 1856/2025 sobre la relación laboral especial de los deportistas profesionales», *Briefs AEDTSS*, número 63, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2025. Ocurre lo mismo con los precontratos de trabajo que firman los menores de edad con clubes deportivos de los que reciben elevadas cantidades dinerarias por permanecer en el club hasta que cumplan la edad necesaria para concertar un contrato de trabajo. Estos contratos fueron declarados nulos por el Tribunal Supremo en su famosa Sentencia 26/2013 de 5 Feb. 2013, Rec. 1440/2010, ECLI:ES:TS:2013:229.

2. Los sujetos de la relación laboral: ¿menores internados?

El objeto de este trabajo pretende analizar la prestación laboral de aquellos menores de edad que se encuentran en centros de internamiento. Para poder estudiar cuáles son los elementos característicos de esta especial prestación debemos empezar por identificar a aquellos sujetos titulares de la relación laboral como trabajadores. Es decir, quiénes son los menores que están en centros de internamiento y pueden trabajar. En relación con su condición de interno en principio se puede realizar la siguiente clasificación:

- a) Menores de edad que han cometido un delito o falta y a los que se les ha impuesto su internamiento en un centro.
- b) Menores que sin ser autores de ningún delito, pero a causa de su comportamiento también podrán entrar en centros de internamiento.
- c) Menores que han sido detenidos o están en prisión preventiva.
- d) Menores de 14 años que han cometido delitos.

En el primer grupo de menores nos encontramos con aquellos cuya regulación se recoge en el artículo 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante «LO 5/2000»). Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las «personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales». Según el artículo 7 de la meritada ley entre las medidas que pueden adoptar los jueces de menores que son los competentes para conocer estas situaciones se encuentra en primer lugar:

«a) Internamiento en régimen cerrado. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio».

La justificación y finalidad del ingreso de estos menores aparece mencionada en la Exposición de Motivos de la LO 5/2000 que en relación con la responsabilidad penal de los menores de edad dispone que ésta debe tener:

«un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable»¹⁰⁰.

100 Apartado 4 de la Exposición de Motivos de la LO5/2000.

Por su parte los Tribunales también han insistido en que la finalidad de estas medidas:

«tiene un componente reeducativo o de reinserción social, y como tal forma parte del tratamiento aplicado a quienes se han apartado de los parámetros de convivencia social, permitiendo alcanzar otros beneficios que los meramente económicos, en orden al cumplimiento de la pena»¹⁰¹.

Sin embargo, el espíritu de esta ley choca con la constricción de algunos derechos fundamentales de los menores que están internados como se verá en el apartado siguiente. Como primera advertencia para evitar equívocos en cuanto a los sujetos de esta especial relación laboral, debemos indicar que también existen menores que a pesar de no estar internos, también pueden llevar a cabo una actividad laboral. Así aparece también en el listado medidas que recoge el artículo 7 LO 5/2000 como es el caso de las personas que se encuentran en internamiento en régimen semiabierto: «Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida»; las personas que asisten a un centro de día: «Las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio»; los menores en libertad vigilada «En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida». En este sentido interpretamos que al tratarse de menores que no están internados se le aplicará el régimen laboral común.

El segundo grupo de sujetos a los que hacíamos referencia son aquellos menores que no han cometido algún ilícito hay otro conjunto de menores a los que la Ley también aplica el régimen de internamiento en circunstancias similares a las de los menores infractores. Se trata del caso de los menores que no han cometido un delito, pero presentan problemas graves de conducta¹⁰². La regulación del internamiento que se les aplica como medida de

101 Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León de 14 de enero de 2003 (rec. 1663/2002), confirmada por el Tribunal Supremo que se refiere concretamente al trabajo penitenciario.

102 Así aparece regulado en el Artículo 778 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil «Ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos.

1. La Entidad Pública, que ostente la tutela o guarda de un menor, y el Ministerio Fiscal estarán legitimados para solicitar la autorización judicial para el ingreso del menor en los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta a los que se refiere el artículo 25 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil, debiendo acompañar a la solicitud la valoración psicosocial que lo justifique.

protección se regula en la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del menor (en adelante «LO 1/1996»), que, tras su reforma en 2015, incluye una medida de internamiento a menores con problemas de conducta. Como ha señalado COLAS TURÉGANO estamos ante «una suerte de medida de seguridad predelictual aplicable a los menores que presentan esta particular problemática, dada la general vinculación de dicho diagnóstico y la comisión de hechos con significación penal»¹⁰³.

El artículo 25 de la LO 1/1996 regula qué características ostentan estos menores para acabar internados:

«menores que estén en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública, diagnosticados con problemas de conducta, que presenten conductas disruptivas o disociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros, cuando además así esté justificado por sus necesidades de protección y determinado por una valoración psicosocial especializada».

Las entidades que tienen la tutela sobre el menor serán las encargadas junto con el Ministerio Fiscal de pedir el internamiento que deberá decretar un juez. Parte de la Doctrina se muestra reticente ante este tipo de internamientos de menores pues ponen en duda que realmente se trate de una medida de protección del menor, con fines educativos, sino que más bien lo que se desprende de la norma es que se trata de un sistema de control institucional de estos menores¹⁰⁴. A diferencia de lo dispuesto en la LO 5/2000 esta ley no regula la edad en la que estos menores podrán ingresar o hasta que edad pueden quedarse. Por la escasa jurisprudencia que hay al respecto podemos observar casos de menores afectados por estas medidas de internamiento de hasta 17 años¹⁰⁵.

El tercer grupo de sujetos menores internados lo conforman aquellos que han sido detenidos o están en prisión preventiva. Atendiendo a lo regulado en las normas internacionales se deben garantizar sus derechos mientras esperan a un juicio que incluyen el derecho al trabajo¹⁰⁶.

103 COLAS TURÉGANO, María Asunción: «Centros de internamiento para menores con problemas de conducta: ¿Medida de seguridad predelictual o medida de protección para la infancia en dificultad social?» en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3ª Época, N.º 29, 2023, pág. 68.

104 JUSTICIA ALBIOL, Julia.: «El acogimiento residencial en el Sistema de Protección Infantil: Un análisis crítico desde la Constitución y los Derechos del Niño», en *Diario La ley*, N.º 10637, 3 de Enero de 2025, (COM\2024\48745).

105 Como ocurre en la Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Aoiz/Agoitiz, Auto 10/2021 de 19 Ene. 2021, Rec. 52/2021, (JUR\2021\143491), ECLI:ES:JPII:2021:149ª o en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 2 de Aoiz/Agoitiz, Auto 245/2021 de 1 Sep. 2021, Rec. 543/2021, (JUR\2021\311665), ECLI:ES:JPII:2021:582ª, donde ambos menores tienen 17 años.

106 Así se dispone en el artículo y en el artículo 18 de la declaración de Naciones Unidas en

El último de los meritados grupos referenciados lo constituyen los menores de 14 años que han cometido un delito. Según lo dispuesto en el artículo 3 de la LO 5/2000 a estos menores se le aplican las medidas de protección adecuadas a sus circunstancias. Estas medidas aparecen reguladas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. Las medidas de protección para estos casos aparecen en el artículo 17 bis de la LO 1/1996 sólo hace referencia a la imposición de un plan de seguimiento diseñado y realizado por los servicios sociales de las CCAAs. Lo que no queda claro es si dentro de estos planes de seguimiento se incluye el internamiento de dichos menores¹⁰⁷.

Ante esta disparidad de sujetos menores de edad que pueden estar internados, debemos de preguntarnos ¿Quiénes pueden ser sujetos de la relación laboral especial de menores en centros de internamiento? La respuesta no es fácil. El Real Decreto 1774/2004 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante «RD 1774/2004»), que la incluye la relación laboral especial identifica como sujetos a los menores internos. Por lo tanto, parece que todo menor privado de libertad podría en una interpretación amplia de la norma, desempeñar un trabajo productivo. Sin embargo, cuando se trata de menores que están en régimen de internamiento por problemas de conducta no se le reconoce al menor ningún derecho al trabajo, favoreciéndose sin embargo el desempeño de actividades educativas y de formación¹⁰⁸. Es cierto que tampoco se les niega este derecho, pero entende-

relación con los menores que esperan a ser juzgados en «Artículo 18. Las condiciones de detención de un menor que no haya sido juzgado deberán ajustarse a las reglas siguientes, y a otras disposiciones concretas que resulten necesarias y apropiadas, dadas las exigencias de la presunción de inocencia, la duración de la detención y la condición jurídica y circunstancias de los menores. Entre esas disposiciones figurarán las siguientes, sin que esta enumeración tenga carácter taxativo: [...] b) Cuando sea posible, deberá darse a los menores la oportunidad de efectuar un trabajo remunerado y de proseguir sus estudios o capacitación, pero no serán obligados a hacerlo. En ningún caso se mantendrá la detención por razones de trabajo, de estudios o de capacitación; [...]».

107 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor. Artículo 17 bis. Personas menores de catorce años en conflicto con la ley. Las personas a las que se refiere el artículo 3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores serán incluidas en un plan de seguimiento que valore su situación socio-familiar diseñado y realizado por los servicios sociales competentes de cada comunidad autónoma. Si el acto violento pudiera ser constitutivo de un delito contra la libertad o indemnidad sexual o de violencia de género, el plan de seguimiento deberá incluir un módulo formativo en igualdad de género

108 En el Artículo 21 de la LO 1/1996 solo se dispone que «f) Potenciarán la educación integral e inclusiva de los menores, con especial consideración a las necesidades de los menores con discapacidad, y velarán por su preparación para la vida plena, de manera especial su escolarización y formación. En el caso de los menores de dieciséis a dieciocho años uno de los objetivos prioritarios será la preparación para la vida independiente, la orientación e inserción laboral». Tampoco el Artículo 21 bis reconoce a los menores el derecho al trabajo productivo.

mos que tanto por la situación que da lugar al internamiento, mala conducta, como por la finalidad que tiene el mismo, fundamentalmente educativos (art. 25.2), así como por lo limitado del tiempo que pueden estar internos (art. 25.2 LO 1/1996) lo razonable será que estos internos no trabajen.

Sin embargo, este derecho sí que se reconoce a los menores que están internados como consecuencia de haber cometido un delito tanto en el artículo 56.j de la LO 5/2000 y en el artículo 53.4 del RD 1774/2004, por el que se aprueba el reglamento que desarrolla la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de manera paralela a la regulación de este derecho en el RD 782/2001, de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales. Por todo ello parece que la interpretación más razonable será entender que la relación laboral de menores internados se aplica solamente a estos últimos sujetos, es decir, a aquellos que han cometido una infracción penal, pero no al resto de menores que se encuentran en situación de internamiento como medidas de protección.

3. La protección jurídica del trabajador menor internado

Como sujetos especialmente vulnerables los menores se han situado en el foco de atención del legislador desde diferentes estratos normativos y ámbitos jurídicos. Para el objeto de esta investigación es crucial recordar, aunque sea de forma somera, cuáles son los derechos fundamentales de los niños en general, y especialmente de aquellos que trabajan. Es cierto que no hay un concepto único de niño o menor, pues depende mucho de los diversos ordenamientos, nacionales europeos o internacionales. En este estudio vamos a tomar como referencia la noción de menor de edad basándonos en la Convención de los Derechos del Niño que dispone en su artículo 1:

«Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

Por su parte las normas europeas aplicables al trabajo de menores también contienen una definición de qué consideran niño, diferenciándolo de los adolescentes y de los adultos. Según los apartados b y c) de la Directiva 94/33/CE serán «b) «niño»: todo joven menor de 15 años o que aún esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional; c) «adolescente»: todo joven de 15 años como mínimo, pero menor de 18 años, que ya no esté sujeto a la escolaridad obligatoria a tiempo completo impuesta por la legislación nacional».

Respecto a los menores que trabajan en centros de internamiento debemos distinguir como niños a aquellos que están estudiando todavía y como adolescentes aquellos que deciden trabajar. Debemos recordar que en

España la escolarización es obligatoria hasta los 16 años, por lo tanto, entendemos que serán considerados niños mientras sigan estudiando y alcancen esa edad.

3.1. Marco jurídico internacional y europeo

Mas allá de los Convenios de la OIT sobre el trabajo forzoso, y entendiendo que el trabajo realizado por menores nunca debería serlo; nos vamos a centrar en otros convenios que pueden tener más incidencia en esta relación. La regulación del trabajo infantil a nivel internacional ha sido desarrollada principalmente por los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. Por un lado, el Convenio OIT número 138 de edad mínima de acceso al trabajo y su recomendación de desarrollo se destina a cualquier sector productivo donde existan menores trabajando, por lo que entendemos que aplica también en sus normas a los menores que prestan trabajos en centros de internamiento¹⁰⁹. El Convenio no hace referencia al trabajo de los menores penados, pero sí recuerda en su artículo 4 que estarán prohibidos aquellos trabajos que puedan afectar al desarrollo psicofísico de los menores de edad así como a su formación educativa. Por su parte el Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil proscrib el trabajo forzoso y deja en manos de los Estados Firmantes la calificación de cuáles puedan ser esos trabajos. Si bien en principio no se puede catalogar el trabajo realizado por menores internos como un trabajo forzoso, en algunos supuestos podrían surgir ciertas dudas, especialmente en la realización de trabajos para el sostenimiento del centro o trabajos en beneficio de la comunidad. No podemos dejar de mencionar que según el Convenio 182 el trabajo obligatorio (artículo 3.a) es aquel trabajo «que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños». Este trabajo será considerado como una de las peores formas de trabajo infantil.

Por ello, en relación con el trabajo de los menores internos es importante que quede manifiestamente clara la voluntad del menor interno a realizar un trabajo productivo y que el trabajo que se preste no cause ningún daño al menor. A efectos de nuestro trabajo es interesante recordar el contenido de la recomendación que desarrolla este Convenio y que recoge la obligación de los Estados Firmantes de recopilar información y estadísticas sobre el trabajo realizado por menores de edad y que estos estén desglosados por sexo, grupo de edad, ocupación, rama de actividad económica, situación en

109 HERNÁNDEZ PULIDO, R. y CARÓN, T.: «Protección de los niños y adolescentes», en AA.VV.: *Derechos Fundamentales en el Trabajo y Normas Internacionales del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pág. 119.

el empleo, asistencia a la escuela y ubicación geográfica¹¹⁰. No consta que en España exista un registro con esta información más allá de la publicada por el INE que solo se refiere al grupo de edad de entre 16 y 19 años.

De la regulación del trabajo infantil en los Convenios y Recomendaciones de la OIT se infiere la idea de que no todo trabajo realizado por menores de edad va a ser perjudicial para el menor. Se admite así la realización de ciertos trabajos que no afecten a su desarrollo escolar a su salud psicofísica y al libre desarrollo de su personalidad y que, además, como ocurre con los menores internados, se ejecutan cuando ya se ostenta la edad mínima de admisión al empleo¹¹¹.

Uno de los primeros instrumentos internacionales destinados a regular la situación de los menores que cometían alguna sanción penal fueron las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)¹¹². Estas normas incluían en su ámbito de aplicación a aquellos menores «que puedan ser procesados por realizar cualquier acto concreto que no sea punible tratándose del comportamiento de los adultos». Insiste en que la privación de libertad de los menores debe ser una medida de ultima ratio (artículo 19) y una vez en el centro de internamiento recoge una garantía especial para las menores chicas que deberán ser tratadas en términos de igualdad en relación a los hombres (art. 26.4). En un caso de interpretación de estas normas sobre el internamiento de 5 menores de edad y su adecuación a derecho, recuerda el TEDH que:

«para determinar si una persona ha sido privada de su libertad, se ha de partir de su situación concreta y atender a una serie de criterios como el tipo, la duración, los efectos y las modalidades de aplicación de la medida considerada (Sentencias *Engel y otros contra Países Bajos*, 8 junio 1976, APS. 58-59, y *Guzzardi contra Italia*, 6 noviembre 1980, ap. 92, serie A núm. 39). Entre privación y restricción de la libertad, sólo hay una diferencia de grado o intensidad, no de naturaleza o esencia. La clasificación en una u otra de estas categorías en ocasiones es ardua, ya que en algunos casos marginales se trata de una pura cuestión de apreciación, pero el Tribunal no puede eludir una opción de la que dependen la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 5 (Sentencia *Guzzardi*, previamente mencionada, ap. 93)»¹¹³.

110 Artículo 5.2 de la R190 - Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 190).

111 QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda.: «Trabajo infantil» en GARCÍA MURCIA Joaquín (Dir.): *La influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en la legislación social española*, 2024, pág. 90.

112 Acuerdo adoptado el 29 noviembre 1985 por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33.

113 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 4ª, Sentencia de 29 nov. 2011, Rec. 51776/2008, (TEDH\2011\101).

La Convención de los Derechos del Niño fue adoptada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de la ONU. Como eje central de todas las normas que afectan a menores de edad debemos destacar la protección del interés superior del menor que aparece regulado en el artículo 3.1 de la Convención¹¹⁴. Como señala ESTEBAN MESTRE, este principio es primordial pues los menores son «personas en formación y en una formación continuada» por ello, «cada una de las intervenciones que se realicen sobre ella en estos estadios tendrá, a buen seguro, una gran repercusión en el futuro del menor»¹¹⁵. Este principio, al que también se remiten las normas españolas que regulan el trabajo de menores en centros de internamiento, es un principio rector que debe alumbrar todo el procedimiento de menores lo que modifica su naturaleza. Así, con el prisma del interés superior del menor, el proceso penal se transforma en un proceso de carácter educativo cuyo objetivo principal es el respeto hacia los valores constitucionales y no únicamente la penalización del culpable¹¹⁶.

En relación con la detención de menores el Tribunal de Derechos humanos, entiende que es un trato degradante y contrario al interés superior del menor, la retención en comisarías de policía de los menores no acompañados¹¹⁷. El Tribunal Supremo valora el interés superior del menor «como el punto de partida y de llegada en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno tanto a la defensa y protección de los menores, como a su esfera de su futuro desarrollo profesional»¹¹⁸.

Sin entrar en toda la profundidad que requeriría este artículo, el numeral 32 está dedicado al trabajo infantil. En primer lugar, recuerda la defensa de los menores ante cualquier explotación económica o contra cualquier trabajo

114 Artículo 3.1 de la Convención de los derechos del niño <<En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño>>

115 MESTRE DELGADO, Esteban.: «El interés superior del menor en la L.O. 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor», *LA LEY Penal*, N.º 114, Mayo-Junio 2015.

116 CALVO PELLICER, Sara: *Delincuencia juvenil. Reeducción vs. Castigo*, en *Diario La Ley*, núm. 9518, Sección Tribuna, 14 de noviembre de 2019.

117 Apartados 50 y 51; «El Tribunal observa asimismo que, en su informe de 26 de septiembre de 2017, establecido como resultado de sus anteriores visitas a Grecia, el CPT afirmó que la práctica de detener en las comisarías de policía, con un finalidad «protectora», durante varios días, o incluso semanas a menores no acompañados o separados sin ninguna asistencia o apoyo psicológico y social era inaceptable (ap. 28). El CPT reiteró esta afirmación en su informe de 19 de febrero de 2019, en el que recomienda nuevamente a las autoridades griegas dejar de retener a los menores no acompañados, entre otros, en las comisarías de policía y en los puestos de guardia fronterizos (apds. 29-30)». <<51 En consecuencia, el Tribunal considera que las condiciones de detención a las que fueron sometidos los demandantes que figuran con los números 1, 2 y 4 en el seno de las diferentes comisarías de policía equivale a un trato degradante, y concluye la violación del artículo 3 del Convenio>>.

118 Sentencia del Tribunal Supremo 26/2013 de 5 Feb. 2013, Rec. 1440/2010, ECLI:ES:TS:2013:229.

que «pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social». En el segundo apartado insta a los Estados Parte a establecer edades mínimas de acceso al trabajo, a controlar el tiempo y las condiciones en las que el trabajo se desempeña y la creación de medidas sancionadoras para los infractores. Esta norma se inspira en el contenido de los convenios de la OIT.

En último lugar, y destinado a los menores que están en centros de internamiento también es necesario explicar el contenido del artículo 37 que prohíbe la privación de la libertad de los menores ilegal o arbitrariamente. Asimismo, dispone que la privación de libertad deberá ser una «medida de último recurso» y que su duración deberá ser lo más limitada posible. Este derecho, colisiona con los períodos de tiempo que la ley española contiene sobre la duración de los períodos de internamiento¹¹⁹. También dispone que el menor privado de libertad debe ser tratado con dignidad y atendiendo a las necesidades de su edad y tendrá derecho a mantener contacto con su familia.

El mismo año en el que se publica la Convención, Naciones Unidas también publica unas reglas para la protección de los menores privados de libertad¹²⁰. El Convenio recoge de manera profusa la posibilidad de que los menores que están en centros de internamiento puedan trabajar. En primer lugar da a los menores la posibilidad de poder optar a un trabajo de su elección¹²¹. Es cierto como luego veremos que la oferta de puestos de trabajo sigue un procedimiento muy concreto y que no siempre se puede asegurar la transparencia de este. A continuación reconoce, por lo tanto confirma la apreciación que realizamos *ut supra*, que el trabajo de los menores interno debe regularse por las normas internacionales sobre la materia, por lo que incluimos estas prestaciones en el ámbito de aplicación del Convenio 138 de la OIT¹²².

El artículo que regula con mayor amplitud el derecho al trabajo de los menores internos es el artículo 45 que sirve de base jurídico para el desarrollo de este derecho en los Estados Firmantes. Por su importancia a efectos de este estudio vamos a reproducir su contenido pues deberá ser tenido en cuenta en cualquier ley nacional sobre la materia:

«Siempre que sea posible, deberá darse a los menores la oportunidad de realizar un trabajo remunerado, de ser posible en el ámbito de la comunidad

119 Las medidas de internamiento impuestas a menores de 14 años pueden llegar hasta los tres años y las impuestas a menores a partir de 16 años pueden durar de 1 a 6 años (Art. 10 de la LO 5/2000).

120 Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990

121 Artículo 43 Teniendo debidamente en cuenta una selección profesional racional y las exigencias de la administración del establecimiento, los menores deberán poder optar por la clase de trabajo que deseen realizar.

122 Artículo 44. Deberán aplicarse a los menores privados de libertad todas las normas nacionales e internacionales de protección que se aplican al trabajo de los niños y a los trabajadores jóvenes.

local, que complemente la formación profesional impartida a fin de aumentar la posibilidad de que encuentren un empleo conveniente cuando se reintegren a sus comunidades. El tipo de trabajo deberá ser tal que proporcione una formación adecuada y útil para los menores después de su liberación. La organización y los métodos de trabajo que haya en los centros de detención deberán asemejarse lo más posible a los de trabajos similares en la comunidad, a fin de preparar a los menores para las condiciones laborales normales».

Para completar el contenido de este derecho el artículo 46 dispone que los menores deberán recibir un salario justo y añade, una posibilidad que no aparece luego recogida en la norma española que es la de que con ese salario se vaya creando un fondo de dinero a nombre del menor que este pueda utilizar para resarcir a la víctima perjudicada por su delito, o enviarlo a su propia familia o a otras personas fuera del centro.

Parece paradójico que en la mayoría de las normas internacionales se exija a los Estados miembros que adopten medidas para prohibir el trabajo de los menores de quince años, pero que a su vez se admita y reconozca la existencia de un trabajo realizado por menores de dieciocho años que necesita ser regulado. Estas contradicciones son una muestra más de las dificultades que encuentra la regulación de esta situación tan particular. Por otro lado, se puede observar que en el trasfondo de la mayoría de las normas internacionales que se refieren al trabajo de los internos menores de edad, subyace la idea de que la prestación productiva debe de considerarse como parte de la verdadera misión rehabilitadora que se quiere conseguir con el internamiento¹²³.

En el ámbito europeo también existen normas destinadas a los menores internos que reconocen su capacidad para trabajar. En primer lugar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea vuelve a recordar la importancia del respeto al principio superior del menor en todas aquellas cuestiones que le sean atinentes¹²⁴. Por otro lado, la Recomendación(2006) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas que dispone en el artículo 26 que el trabajo en prisión puede ser un elemento positivo del régimen penitenciario y en ningún caso se impondrá como castigo y en el artículo 26.2 que se debe intentar proporcionar a los

123 ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: *Cárcel y derecho del Trabajo: La incidencia de la prisión en el trabajo asalariado y las relaciones laborales especiales de penados en instituciones penitenciarias*, Aranzadi, Navarra, 2020, pág. 85.

124 «Artículo 32 - Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye el período de escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas. Los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación».

menores un trabajo suficiente y útil. Y regula específicamente la prohibición de discriminación por razón de sexo en la atribución de un tipo de trabajo¹²⁵. Sin embargo, la Recomendación no incluye el derecho al trabajo de los menores de edad sólo su derecho a la educación.

En materia de trabajo infantil debemos destacar la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo. Los artículos más relevantes son el 3 y el 4 artículo 4 establece que sólo se debe de prohibir el trabajo de los niños (es decir de los menores de quince años). El legislador comunitario, después de haber prohibido el trabajo de menores de quince años en el artículo 4.1, a continuación, en el artículo 4.2 permite que esos mismos sujetos menores de quince años puedan realizar cierto tipo de trabajos que formen a los menores (así prácticas en empresas o trabajos ligeros)¹²⁶. Dentro de los trabajos que están excluidos de la prohibición realizada en el artículo 4.1 («los Estados miembros podrán establecer, por vía legislativa o reglamentaria que la prohibición del trabajo de los niños no se aplique») también se incluye el trabajo de los menores que se ocupan en «actividades de carácter cultural, artístico, deportivo o publicitario»(Artículo 5).

El más reciente documento en la materia es la Recomendación (UE) 2024/1238 de la Comisión de 23 de abril de 2024 sobre el desarrollo y el refuerzo de los sistemas integrados de protección de la infancia que redunden en el interés superior del niño. Y se señala expresamente que

«Los Estados miembros también deben ofrecer programas globales de apoyo y preparación para ayudar a los niños y jóvenes adultos, especialmente a los niños y jóvenes adultos con discapacidad y los niños migrantes no acompañados, en la transición del régimen de cuidados alternativos o de justicia infantil o de cualquier otro centro en régimen cerrado o semiabierto a una vida independiente y a la plena inclusión en la comunidad. Se anima a los Estados miembros a garantizar que los sistemas nacionales de protección de la infancia elaboren planes específicos para prevenir la trata de seres humanos, especialmente la de los niños en instituciones residenciales o centros en régimen cerrado».

Como señala FERNÁNDEZ MOLINA a pesar de las prolijas normas relativas a los menores internados la realidad es que el cumplimiento de estas por parte

125 Recomendación del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre las Reglas Penitenciarias europeas (Adoptado por el comité de ministros el 11 de enero de 2006 en la 952ª reunión de delegados de ministros).

126 BONET I PÉREZ, J.: «Explotación laboral infantil» en AAVV. coord. por GONZÁLEZ BOU, Emilio, GONZÁLEZ VIADA, Natacha; ALDECOA LUZÁRRAGA Francisco (Dir.), FORNER I DELAYGUA, Joaquim Joan (Dir.): *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* /, 2010, pág. 218.

de los Estados no se realiza de manera síncrona y además al tratarse de instrumentos que no son vinculantes muchas veces el contenido de las normas internas contraviene lo dispuesto en la regulación supranacional¹²⁷.

3.2. Marco jurídico nacional: los derechos fundamentales del menor

En este apartado nos vamos a centrar en analizar específicamente las normas internas que regulan la infancia, específicamente en sus derechos fundamentales. Como se podrá comprobar, la regulación aplicable a los menores internados adolece de una gran dispersión normativa, lo que coloca a los sujetos afectados por esta realidad en una situación de indefensión. A ello unimos que es muy escasa la ocasión en que esta problemática ha llegado a los Tribunales. Estos hechos pueden llevarnos a pensar que en realidad la problemática tratada es de carácter residual. Sin embargo, en un país social democrático y de derecho, nada de lo que involucre a los menores debería considerarse una cuestión baladí¹²⁸.

La protección de la infancia y sus derechos fundamentales ha sido una máxima en nuestro sistema jurídico. En primer lugar en la Constitución española donde destacan el artículo 14, prohibición de discriminación por razón de edad y el artículo 39. Ambos artículos cobran especial importancia cuando un menor trabaja. En primer lugar el artículo 14 reconoce que ningún trabajador puede sufrir condiciones inferiores de trabajo por razón de su edad (edadismo). Es importante tener en cuenta este principio de igualdad pues a los menores también se les deben garantizar los mismos derechos que a cualquier trabajador mayor de edad, incluyendo además, las obliga-

127 FERNÁNDEZ MOLINA, Esther «El internamiento de menores. Una mirada hacia la realidad de su aplicación en España» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. núm. 14-18, 2012, p.1-18, pág. 4. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-18.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 14-18 (2012), 25 dic].

128 En el último informe presentado por la Fiscalía General del Estado del año 2024 se publica que «En 2023 las causas que se han archivado por ser los encartados menores de 14 años suman 11.143, lo que supone un incremento del 45,47% respecto al año 2022 (7.660) y de un 32,14% respecto al año 2021. Si bien estas cifras deben analizarse con cautela ya que en este campo concreto son enormes las carencias de registro de las actuales aplicaciones ofimáticas. Es tónica general que en su mayor parte se trate de delitos de carácter leve o menos grave, aunque no deja de aumentar la preocupación de los fiscales por despuntar la presunta intervención de estos menores en otros delitos más graves, como lo son los delitos de acoso escolar, contra libertad sexual, la violencia intrafamiliar, y otros cometidos a través de las redes sociales como coinciden Sevilla, Tarragona, Ourense, Huesca, Ávila y Madrid, que invitan a reflexionar sobre la problemática de una sociedad carente de mecanismos precisos para dotar a los menores de las herramientas necesarias para gestionar su frustración». Vid. https://www.fiscal.es/memorias/memoria2024/FISCALIA_SITE/recursos/pdf/MEMFIS24.pdf.

ciones pertinentes en materia preventiva¹²⁹. Por su parte el artículo 39.4 CE remite a la aplicación de los tratados internacionales para salvaguardar los derechos de los menores¹³⁰. La finalidad de este artículo consiste en «salvaguardar a los niños en materia social para equilibrar su fragilidad natural»¹³¹. Con esta regulación la Constitución española ha incluido en el acervo normativo español todas las normas que han sido objeto de estudio en el primer apartado y que deben tenerse en cuenta en su aplicación al trabajo de los menores internados.

En el marco constitucional también debemos aludir al derecho al trabajo que regula el artículo 35. Entendemos que los menores de edad habilitados legalmente para ello podrán ser titulares de este derecho, pero que como hemos visto, encuentra límites a su ejercicio tanto en el derecho a la educación (art. 27 CE) como en el derecho a la protección internacional (art. 39). Es por ello por lo que el legislador laboral tiene la obligación de compatibilizar ambos derechos cuando permite que un menor de edad interno trabaje. Además de estos derechos más generales, el menor que trabaja también es titular de otros derechos de carácter laboral recogidos en la CE como el 37, el 40, el 41 puesto que como trabajadores deben ver garantizados unos derechos mínimos¹³².

No debemos olvidar que los menores internos están ya privados de su libertad de movimiento (artículo 17 CE) y que esta privación implica un tipo de vida que también puede afectar a otros derechos fundamentales de los menores¹³³. Por lo tanto, será importante delimitar el ámbito de protección, pero también el ámbito de aplicación de todos aquellos derechos fundamentales afectados como el derecho a la dignidad, a la intimidad, a la libertad

129 El Tribunal Supremo ha declarado nula la cláusula de un convenio que regulaba salarios más bajos para los trabajadores de la franja de edad más joven. Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 24 Nov. 2015, Rec. 304/2014, RJ\2015\6269, ECLI: ES:TS:2015:5660.

130 «39.4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

131 LOZANO LARES, FRANCISCO.: *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, Mergablum, Sevilla, 2000, pág. 81.

132 ATC 77/1977, de 12 de marzo, FJ 4, de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad entiende que estos derechos son reconocidos al menor que trabaja a pesar de las limitaciones de la capacidad laboral de los menores que recoge el Estatuto de los Trabajadores.

133 Sobre los permisos de salida del menor recuerda la jurisprudencia que «la posibilidad de permisos se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, cual es la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), al contribuir a la corrección y readaptación del penado, y se integra en el sistema progresivo, formando parte del tratamiento (STC Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 115/2003 de 16 Jun. 2003, Rec. 3391/2000, RTC\2003\115)» y en el mismo sentido Audiencia que Audiencia Provincial de Madrid, Sección 4ª, Auto 47/2004 de 25 Mar. 2004, Rec. 94/2004, JUR\2004\238154.

religiosa, etc. Se debe de tener en cuenta que estas limitaciones, por su especial vulnerabilidad no les van a afectar igual que a los adultos, por lo tanto será necesario que cualquier restricción de sus derechos tenga en cuenta el interés superior de los menores¹³⁴. Su reconocimiento y protección aparecen disciplinados en la LO 1/1996 de protección jurídica del menor a la que luego haremos referencia al tratar la capacidad así como en el artículo 56 de la LO 5/2000. Concretamente, los menores internos tendrán derecho

«a que se respete su propia personalidad, su libertad ideológica y religiosa y los derechos e intereses legítimos no afectados por el contenido de la condena, especialmente los inherentes a la minoría de edad civil cuando sea el caso».

Vamos a profundizar en el estudio de algunos derechos fundamentales de los menores que pueden verse afectados cuando están internados. La pregunta que nos hacemos es si esta violación se produce sobre menores que están trabajando, ¿se podrá invocar su protección ante la Jurisdicción de lo Social? La realidad es que la jurisprudencia sobre menores que trabajan en centros de internamiento es prácticamente inexistente. Habrá de estarse a lo manifestado en relación con los presos mayores de edad, aunque se trate de una interpretación mermada, en cualquier caso.

El primero de estos derechos es el derecho a la vida y a la integridad física. Según lo dispuesto en el artículo 56 a) de la LO 5/2000, la entidad pública debe garantizar la protección del menor frente a cualquier daño que pueda sufrir, cuidando de su salud, psicofísica y además favoreciendo el ejercicio de sus deberes de higiene y alimenticios (art. 56.2 a) LO 5/2000)¹³⁵. Sin embargo, el ejercicio de este derecho choca frontalmente con la realización de trabajos no remunerados que puedan desarrollar los menores así como con la posibilidad de ejercer medidas de fuerza contra los internos¹³⁶. En relación con los trabajos no remunerados es cierto que la LO 5/2000 sí regula entre los deberes del menor «g) Realizar las prestaciones personales obligatorias previstas en las normas de funcionamiento interno del centro para mantener el buen orden y la limpieza del mismo». Por su parte el RD 1774/2004 recoge como una de las posibles medidas que se pueden imponer al menor la realización de trabajo en beneficio de la comunidad¹³⁷. Es cierto que la Exposición de Motivos de la LO 5/2000, exigen que estos trabajos no puedan imponerse sin

134 COELLO PULIDO Ángela.: «Reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales en la ejecución de las medidas de internamiento en los centros de reforma de menores en España», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 73, N.º 2225, 2019, págs. 22 y 26.

135 A pesar de los deberes de protección de la salud de los menores internos, esto no implica que el régimen de internamiento deba variar sino que debe de prestarse el tratamiento dentro del centro tal y como se regula en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 5ª, Auto 1334/2019 de 10 dic. 2019, Rec. 1759/2019.

136 Artículo 59 LO 5/2000. Medidas de vigilancia y seguridad.

137 Art. 7 de LO 5/2000.

consentimiento del menor, pero de nuevo tampoco regula las consecuencias de que el menor se niegue a ello. Como señala la doctrina la voluntariedad de este tipo de trabajo está ciertamente condicionada toda vez que si no acepta la realización de dicho trabajo puede verse obligada a realizar otra pena que pueda resultar más contraria a sus intereses¹³⁸. Además, estas actividades nunca podrán tener una finalidad lucrativa para la entidad que las ofrece pues en ese caso podría haber indicios de laboralidad¹³⁹.

Por otro lado, las medidas de contención podrán lesionar gravemente la integridad física del menor interno por ello, para poder garantizar la protección del menor estas actuaciones deben cumplir con una serie de requisitos:

a) Su única finalidad debe ser la de:

«evitar actos de violencia o lesiones de las personas que cumplen las medidas previstas en esta ley, a sí mismos o a otras personas, para impedir actos de fuga y daños en las instalaciones del centro o ante la resistencia activa a las instrucciones del personal del mismo en el ejercicio legítimo de su cargo».

Como se puede observar las causas de su utilización son bastante amplias, especialmente cuando se refiere a la «resistencia activa» y tampoco plantea que haya podido existir una provocación suficiente que justifique dicha conducta¹⁴⁰. Esto deja un dilatado margen de discrecionalidad en la ejecución de las medidas por parte de la entidad pública. Por supuesto, sería totalmente injustificado que en el marco de una relación laboral y como consecuencia de una mala conducta del internado pudieran justificarse este tipo de conductas.

b) Las medidas de contención pueden consistir únicamente en sujetar las manos al menor y siempre con los protocolos destinados para ello, no pudiendo atarlo a ningún otro objeto por estar específicamente prohibido (Art. 59.2 LO 5/2000).

138 FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: «Los trabajos en beneficio de la comunidad a la luz del ordenamiento social», en *Trabajo y derecho*, pág. 4.

139 BAVIERA PUIG, Inmaculada.: «La relación laboral especial de los penados en centros penitenciarios y de los menores internados», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N.º 118, 2015, pág. 81.

140 Así lo ha señalado algún Fiscal En cuanto a los supuestos previstos en el Reglamento y que podrían dar lugar al empleo de los medios de contención quizás el que mayor problemas puede suscitar en la práctica, por su excesiva laxitud, es el relativo a la resistencia pasiva o activa de los menores a obedecer las instrucciones del personal del Centro. Vid. GARCÍA DÍEZ, Montserrat y FERNÁNDEZ ARIAS, Camino: «Régimen interno y potestad disciplinaria aplicable en los centros de internamiento de menores con medidas judiciales: experiencias prácticas y correcta interpretación y aplicación del reglamento de menores» en *Intervención psicossocioeducativa en la desadaptación social: IPSE-ds*, N.º 4, 2011, pág. 46.

- c) Una vez utilizada una medida de fuerza, el menor debe acudir a un médico para que revise su estado físico en menos de 48 horas y se debe poner en conocimiento del juez, del Ministerio Fiscal y en el registro de incidencias del centro (art. 59.4 LO 5/2000).

El problema es que no hay muchos datos del uso de la fuerza por parte de los trabajadores del centro, pues no hay control en la realización de los registros que muchas veces se encuentran con información incompleta¹⁴¹. Uno de los aspectos especialmente problemático es la provocación de daños corporales por la extralimitación del uso de la fuerza de la que se conocen pocos datos.

El segundo de los derechos que queda limitado para los menores internos y que puede incidir en su trabajo es el derecho a la dignidad. Una de las limitaciones a este derecho se encuentra en la posibilidad de que los menores sean sometidos a registros según lo dispuesto en el artículo 59 de la LOPRJM. En el caso de tratarse de registro realizado cuando el menor preste su relación laboral, habrá de garantizarse por lo menos, como señala el artículo 18 del ET que dichos registros se llevan a cabo con el máximo respeto a la dignidad del trabajador y siempre con algún representante de los trabajadores (lo cual es bastante improbable) u otro trabajador de la empresa¹⁴². Además la justificación en estos casos para poder realizar el registro es que el patrimonio empresarial se haya puesto en riesgo, cuestión ésta que no es fácil de justificar cuando el centro de trabajo es un centro de internamiento.

Relacionado con los registros sobre pertenencias de los menores también se puede ver limitado el derecho a su intimidad¹⁴³. Como muestra de su

141 CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta.: «Principios y garantías penales de la medida de internamiento juvenil», en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 42, 2024, pág. 17.

142 Recopila la jurisprudencia relevante sobre esta materia MORALES VÁLEZ, Concepción: «Sobre los registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares: Comentario a la STS 874/2024, de 5 de junio (JUR 2024, 169421)», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 8, 2024.

143 El artículo 56 de la LORPM los recoge de manera conjunta «Así, conforme al art. 56 LORPM, los menores internados tienen «derecho a que se preserve su dignidad y su intimidad, a ser designados por su propio nombre y a que su condición de internados sea estrictamente reservada frente a terceros» (art. 56.2.c LORPM)». Así se reconoce por ejemplo en la sentencia Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, núm. 368/2006 de 7 Nov. 2006, Rec. 377/2006, que versa sobre el derecho a la intimidad de un menor cuyo nombre fue publicado en un reportaje periodístico como parte de los comitentes de un delito. En sentido contrario sin embargo, encontramos Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 157/2021 de 16 Mar. 2021, Rec. 2066/2020, RJ\2021\1245, que resuelve también sobre la publicación de un reportaje sobre tres menores que mataron a dos ancianos. Valora el Alto Tribunal que de los datos extraídos del reportaje resulta difícil identificar a los infractores y que por lo tanto no existe atentado contra su intimidad.

derecho a la intimidad el artículo 30 apartado c) del RD 1774/2004 dispone que:

«los menores dispongan de dinero propio y de objetos de valor siempre que la normativa específica de cada Centro lo permita, procediéndose cuando no esté prevista esta posibilidad a requisar dichos efectos y conservarlos en lugar seguro».

Por lo tanto, no es un derecho real puesto que la entidad pública es la que tiene la potestad de determinar qué puede o no tener el menor así como imponer normas sobre su custodia. Esta cuestión es de suma importancia en relación con los menores que trabajan pues tienen derecho a recibir su salario en el lugar y tiempo adecuados (art. 29 ET). El derecho a percibir el salario es un derecho básico de toda relación laboral. Además, el artículo 7 del ET dispone que una vez autorizado para trabajar el menor será titular de todos los derechos y obligaciones que se deriven del contrato de trabajo. Por lo tanto, resulta contrario a la normativa laboral que el menor que trabaja no pueda disponer de su dinero debido a una restricción impuesta por la entidad pública. Entendemos que en estos casos lo pertinente será que el salario ganado por el menor se pueda custodiar, de manera que pueda ser utilizado por el menor cuando finalice la medida de internamiento¹⁴⁴. O que la entidad pública administre su dinero, proveyéndole de lo necesario para cubrir gastos personales que estén justificados. Como señala la doctrina la restricción de estos derechos es cuanto menos cuestionable¹⁴⁵.

Por último, tampoco se garantiza en el ámbito de las relaciones laborales de penados y menores el derecho a la libre sindicación o a la negociación colectiva, y la autonomía de la voluntad también queda limitada¹⁴⁶. Esto supone otro motivo de desprotección más para los menores trabajadores.

4. La relación laboral de los menores internos en España

El estudio de la relación laboral de los menores que se encuentran en centros de internamiento requiere que analicemos, en primer lugar, las normas

144 En el caso de los penados mayores de edad según el artículo 16 que regula su relación laboral, los presos tendrán derecho a que se les pague en la cuenta bancaria que tengan a su nombre.

145 CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta.: «Principios y garantías penales de la medida de internamiento juvenil», *op. cit.* Pág. 19. Cuestiona que estas restricciones de derechos se puedan hacer vía reglamentaria algo que compartimos.

146 ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo.: «Propuestas para relanzar la presencia sindical en el marco de la relación laboral especial de los penados que desarrollan actividad en talleres penitenciarios», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 148, 2019, pág.70.

estatutarias sobre la capacidad de obrar de los menores de edad y en segundo lugar las normas penitenciarias que reconocen esta especial relación laboral. Ya podemos adelantar que en la actualidad no existe ningún instrumento jurídico dedicado a regular en amplitud la prestación laboral de menores de edad internados de manera que será fundamental la coordinación del contenido de las normas mencionadas para poder completar este vacío legal. Se observará que para cubrir este vacío también se remite, por los paralelismos que presentan ambas actividades, a la regulación laboral de los penados que trabajan en instituciones penitenciarias. El hecho de que en España la prestación laboral de los menores internos se regule en gran medida con referencia a la regulación de los penados mayores de edad, puede hacer olvidar la especial protección que requieren los trabajadores menores de edad y la necesidad de adaptar las condiciones laborales a esa situación.

En el ámbito laboral existe una descoordinación entre las normas que regulan la mayoría de edad general y la capacidad para trabajar. Como se comprobará existe la posibilidad de que menores que no han alcanzado la mayoría de edad civil, es decir, los 18 años, sí tengan reconocida la capacidad de obrar laboral para celebrar contratos de trabajo. También es importante recordar, que, aunque estén en centro de internamiento y desempeñen una actividad laboral, no dejan de ser niños para las normas internacionales y como tal debemos considerarlos. En relación con el establecimiento de una edad mínima de acceso al trabajo nuestro Tribunal Constitucional lo justifica en la necesidad de otorgar a los menores una formación adecuada asegurando un pleno desarrollo físico y psíquico de la personalidad considerando esta protección como un valor y principio fundamental de nuestra sociedad¹⁴⁷.

4.1. La laboralidad de la relación especial

La primera pregunta que surge, cuando se analiza la prestación de los menores en centros de internamiento es si se trata realmente de una relación laboral o no. Es decir, si el objeto de este contrato es la prestación de servicios retribuidos que cumplan las notas identificativas de la relación laboral: personal, voluntaria, dependiente y por cuenta ajena tal y como reza el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante «ET»)¹⁴⁸. Su carácter laboral parece confirmarse en el artículo 2 del mismo cuerpo legal cuando en su apartado 1.i) establece que:

147 STC 22/1981, 2 de Julio de 1981.

148 Artículo 1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

«Ámbito de aplicación. 1. Esta ley será de aplicación 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».

«1. Se considerarán relaciones laborales de carácter especial: i) La de los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal».

La especialidad de esta relación laboral viene determinada por la peculiaridad del lugar donde se ejecuta la prestación laboral, la modalidad de prestaciones que se incluyen, así como la razón o causa perseguida con el desarrollo de la actividad laboral¹⁴⁹.

Sin embargo, la Doctrina autorizada ha criticado este intento de laboralizar la prestación de trabajo basándose en que el trabajo de los penados (incluimos aquí a los menores) no reúne las características de laboralidad, puesto que su finalidad está orientada a la reinserción social y no a la obtención de una remuneración. También en el caso de los penados se entiende que existe falta de voluntariedad ya que es la propia Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979 exige esta actividad a los penados¹⁵⁰.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER entiende que la laboralización de los trabajos de penados está garantizada por el Convenio núm. 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso, pues considera legítima la prestación de este trabajo y «al delimitar sus requisitos ha permitido que se humanice la utilización laboral del preso y que éste no sea objeto de explotación [...]»¹⁵¹. Por su parte el Consejo Económico Social valoró positivamente la regulación de esta relación laboral especial

149 GIL PLANA, Juan.: «Vicisitudes del trabajo penitenciario: suspensión y extinción», *Revista española de derecho del trabajo*, N.º 150, 2011, págs. 467-510.

150 MONTOYA MELGAR, Alfredo: *Derecho del trabajo*, Tecnos, 2023, 44ª ed., Madrid, págs. 571 y 572. Arguye también el profesor MONTOYA MELGAR, que al ser el trabajo de los presos reconocido en un precepto constitucional (Artículo 25.2 CE) este derecho sólo puede ser desarrollado por ley Orgánica de manera que el artículo 2.1c) del ET es inconstitucional. En el mismo sentido se manifiesta PALOMEQUE que entiende que conceptualmente esta relación no puede ser laboral sino asimilada a determinados efectos a la relación de trabajo. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel, Carlos.: La relación laboral de los penados en instituciones penitenciarias» en *Relaciones Laborales*, Sección Doctrina, 1987, pág. 89, tomo 2, (LA LEY 804/2001). Por su parte, SEMPERE NAVARRO también se pregunta: «Una vez que se ha dado el paso de asignar a la jurisdicción social el conocimiento de pleitos a los que no se aplican las normas laborales (TRADEs, cooperativistas) quizá pueda replantearse la laboralidad de algunos supuestos especiales. ¿Será el momento de extraer del elenco a los altos cargos, penados o menores internos, manteniendo el orden jurisdiccional competente?» SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: «Ocho preguntas sobre Relaciones Laborales Especiales», *Actualidad Jurídica*, N.º 746/2008, pág. 1. A favor de la laboralidad de esta relación podemos encontrar autores como FERNÁNDEZ ARTIACH, Pilar: *El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, y RODRÍGUEZ, SANZ DE GALDEANO, Beatriz.: «Aspectos laborales del trabajo remunerado de los internos en prisión», en *Trabajo y Derecho*, núm. 108, 2023 (LA LEY 11906/2023).

151 RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel.: «La libertad de trabajo y la interdicción del trabajo forzoso» en *Relaciones laborales*, núm. 1, 2011, págs. 6.

«en la medida en que la regulación del proyecto de Real Decreto sirva para dotar de un específico régimen jurídico a estos trabajadores, que garantice sus derechos laborales básicos y el cumplimiento de los objetivos constitucionales de su trabajo, debe valorarse de forma positiva»¹⁵².

Es cierto que en el caso de los menores internos la posibilidad de realizar una prestación laboral no aparece como algo impuesto, sino que se reconoce como un derecho de dichos menores por lo que se presupone la voluntariedad típica de las relaciones laborales. La LO 5/2000 es la que reconoce el derecho de los menores «a una formación laboral adecuada, a un trabajo remunerado, dentro de las disponibilidades de la entidad pública, y a las prestaciones sociales que pudieran corresponderles, cuando alcancen la edad legalmente establecida»¹⁵³.

El problema, lo explica ARIAS DOMÍNGUEZ, es que, en la normativa penitenciaria, que es la encargada de regular el contenido de las actividades que pueden realizar los menores en centros de internamiento, se han regulado diversas tareas para los presos, pero no todas ellas pueden ser consideradas actividades productivas a la luz del Derecho del Trabajo¹⁵⁴. De ahí la confusión sobre si realmente todas las actividades que recoge el artículo 27 de la LO 5/2000 (que regula esas mismas tareas para los menores de edad) pueden ser objeto de un contrato de trabajo o no. Es más, pueden darse casos en los que una misma actividad productiva pueda o no ser laboral en función de cómo se organice la producción de esos servicios¹⁵⁵.

4.2. La capacidad del menor de edad para celebrar contratos de trabajo

Vinculado con la discusión de si estamos ante una verdadera relación laboral o no, el asunto que más interesa en relación con los contratos con-

152 CES: «Sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (Sesión del Pleno 10 de enero)», *Dictámenes del Consejo Económico y Social*, N.º 9, 2001, págs. 7-18.

153 Art. 56.2 j) LO 5/2000

154 Como bien explica el autor «Las diversas normas en presencia no dejan del todo claro cómo se organizan los diferentes tipos de trabajos, ni expone los criterios que se emplean para considerarlos de uno u otro tipo, ni siquiera muestra el más mínimo interés es deslizar unos de otros, los productivos, en concreto, de los demás. Ello, que desde el punto de vista penitenciario puede tener una lógica operativa, desde el punto de vista laboral complica la determinación de cómo y cuándo se ejecuta una actividad productiva propiamente dicha, que es punto de partida para la aplicación de las normas laborales» ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel.: «Visión panóptica de los diferentes «trabajos» en prisión» en *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. N.º 1, 2021, pág. 110.

155 RODRÍGUEZ, SANZ DE GALDEANO, Beatriz.: «Aspectos laborales del trabajo remunerado de los internos en prisión», *op. cit.*, (LA LEY 11906/2023).

certados por menores es el referente a su capacidad. Por lo tanto, tratándose de una relación laboral que tiene por titular a un menor de 18 años se hace necesario profundizar sobre las normas atinentes a la capacidad laboral de dichos sujetos.

Para ello, es primordial concretar qué edad ostentan los menores afectados por esta relación laboral especial. Si acudimos al artículo 39 de ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que reconoce esta relación laboral especial, no encontramos ninguna referencia a la edad de los sujetos. Utiliza el plural «menores», por lo que en principio podemos interpretar, siguiendo el concepto otorgado por las normas internacionales que se trata de cualquier persona menor de 18 años. Más concreto es el artículo 56 de la LO 5/2000, y el artículo 59 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, que señala como titulares del contrato de trabajo a «los menores internos que tengan la edad laboral legalmente establecida». Es decir, remite a la legislación laboral para definir qué menores internos pueden trabajar.

Para poder delimitar la edad de los menores que pueden trabajar debemos tener en cuenta que el artículo 6.1 del ET prohíbe el trabajo de menores de 16 años. Por lo tanto, parece que los únicos menores penados que podrían celebrar un contrato de trabajo serían aquellos que ya hayan cumplido los 16 años. Esto puede generar una desigualdad en relación con aquellos menores de 14 a 16 años que en la misma circunstancia, es decir, encontrándose en una situación de internamiento no pueden tener acceso al empleo. Como hemos visto en la legislación constitucional, la discriminación por razón de edad podría invocarse por parte de estos menores que se ven imposibilitados para acceder al trabajo. El artículo 2 de la LO 1/1996 dispone que «Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva». Este principio inspirador debe imperar cuando los menores forman parte de un contrato de trabajo pues este artículo hace referencia a toda la esfera negocial. En una interpretación literal del mismo podríamos aceptar que las limitaciones de acceso al trabajo de los menores de edad deberían interpretarse siempre en favor del interés superior del menor. Sin embargo, tampoco se puede entender que este artículo tenga un sentido opuesto a las normas laborales que prohíben el trabajo de menores de 16 años. Estamos, por lo tanto, ante un principio que reconoce a los menores una capacidad general, pero con excepción de las prohibiciones recogidas en textos legales¹⁵⁶. La finalidad de este artículo es conseguir que la autonomía del sujeto menor de edad se vea lo menos afectada posible¹⁵⁷.

156 ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios.: *La representación legal de los hijos menores*, BOE, Madrid, 1999, pág. 35.

157 VARELA GARCÍA, Carlos: «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto», *Actualidad Civil*, N.º 12, 1997, pág. 265.

Sin embargo, también es cierto que, como explicamos *ut supra*, esta limitación de la edad de acceso al empleo es también una garantía del orden público laboral y que los 16 años se han elegido para hacerlo coincidir con el fin de la edad de escolaridad obligatoria¹⁵⁸. Por lo tanto, no puede derivarse ninguna sanción de esta mayor protección que otorga el legislador español a los menores impidiéndoles trabajar. En el caso de los menores internos de entre 14 o 16 años se entiende que la prioridad no será que trabajen, sino que estudien (STC 22/1981 de 2 de julio). También en la exposición de Motivos de la Ley 5/2000 también se justifica un tratamiento diferenciado en relación con las medidas que deben imponerse, separando por un lado a los menores de 14 a 16 y a los menores de 16 y 17 años¹⁵⁹.

No obstante, debemos advertir que la normativa europea es más flexible a la hora de permitir que los adolescentes de 14 a 16 años, puedan realizar ciertas prestaciones laborales siempre y cuando éstas no afecten al desarrollo del menor ni a su formación. Por lo que cabría preguntarse si a la luz de esta normativa los menores de entre 14 y 16 años, podrían solicitar que se les dejase trabajar.

Por otro lado, el artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores es el encargado de regular la capacidad laboral. En su apartado primero dispone que podrán contratar la prestación de su trabajo aquellos que hubieran alcanzado la capacidad de obrar según el Código Civil, esto es, los mayores de 18 años o menores emancipados. El apartado segundo también reconoce esa capacidad a aquellos menores entre 16 y 18 años con autorización de sus representantes legales. Los menores internados se insertan en este grupo de personas de capacidad limitada que necesitan completar su capacidad laboral si quieren realizar trabajos durante el internamiento con una autorización de sus representantes legales, ya sean sus padres o tutores. Las dificultades pueden encontrarse precisamente en conseguir la meritada autorización puesto que ¿quién ostenta la tutela de los menores internados?

En principio los menores en centros de internamiento pueden seguir sometidos a la patria potestad de sus progenitores si éstos no renuncian a ella. Es decir, no todos los menores que están en centros están bajo la tutela del Estado. Es más, entre los derechos de los menores internados se encuentran el derecho a que cuando sea detenido y deba declarar ésta se realice en presen-

158 MONTAÑA MELGAR, Alfredo: *Derecho del trabajo*, op. cit., pág. 591.

159 Exposición de Motivos de la LO 5/2000, apartado II.9«Conforme a los principios señalados, se establece, inequívocamente, el límite de los catorce años de edad para exigir este tipo de responsabilidad sancionadora a los menores de edad penal y se diferencian, en el ámbito de aplicación de la Ley y de la graduación de las consecuencias por los hechos cometidos, dos tramos, de catorce a dieciséis y de diecisiete a dieciocho años, por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado, constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de dieciséis años la comisión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas».

cia de su abogado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor de hecho o de derecho»¹⁶⁰, identificando así los sujetos que podrán autorizar posteriormente la autorización de trabajar. Esta idea se refrenda con el reconocimiento del derecho «m) Derecho a que sus representantes legales sean informados sobre su situación y evolución y sobre los derechos que a ellos les corresponden, con los únicos límites previstos en esta Ley»¹⁶¹.

Sin embargo, la tutela también la puede ostentar una entidad pública si concurriera alguna de las causas recogidas en la legislación civil. El artículo 199 del Código Civil dispone que podrán ser sujetos a tutela los menores no emancipados en situación de desamparo, así como los menores no emancipados no sujetos a patria potestad¹⁶². Los menores que han cometido una infracción penal podrían también estar en alguna de estas situaciones y será necesario saber quién puede ejercer esta tutela o guardia del menor.

La guardia o tutela será determinada por el juez y la opción por una u otra medida dependerá de las circunstancias en las que se haya producido la salida de la patria potestad de estos menores de edad. Por una parte, el artículo 211 del Código Civil dispone que el juez, determina que podrán ser tutores aquellos «que cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y en ellas no concorra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes». Por otro lado, la Entidad Pública también podrá ostentar la guardia de estos menores. Concretamente, el artículo 172 del Código Civil ordena que será el Director del Centro el encargado de llevar a cabo estas labores en los casos en los que se produce un acogimiento residencial¹⁶³. Esto se puede deber a situaciones de menores en desamparo, guardia o acogimiento¹⁶⁴.

Por otro lado, el Decreto 1774/2004, de 30 de julio que regula la relación laboral de menores internados dispone en su artículo 56.2 que la entidad

160 Artículo 17 de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero).

161 Artículo 56 de la Ley Orgánica Reguladora de la responsabilidad penal de los menores

162 Artículo 199 del Código Civil. «Quedan sujetos a tutela: 1.º Los menores no emancipados en situación de desamparo. 2.º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad».

163 Artículo 172. 4 del Código Civil «La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor».

164 Artículo 18, Artículo 19 y Artículo 20 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor. Ejemplo de estas situaciones se manifiesta en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 147/2022 de 23 Feb. 2022, Rec. 6109/2020, RJ\2022\1024 ECLI:ES:TS:2022:695 en la que se deniega la custodia a los abuelos por no estar en disposición de cuidar a su nieta que se encontraba tutelada por la Entidad Pública.

pública llevará a cabo las labores necesarias para facilitar que estos menores puedan trabajar. Entre estas labores podrá estar el recabar la autorización necesaria de los progenitores para que el menor de edad pueda trabajar o incluso otorgarla si fuese la entidad pública quien ostentase la representación legal del menor internado.

Por lo tanto, si un menor quiere desempeñar una actividad laboral con una empresa, aunque es la institución la encargada de proveérselo, se debería de solicitar la autorización de los progenitores si mantienen la patria potestad del niño, para que el menor pueda celebrar el meritado contrato tal y como recoge el artículo 7.2 del Estatuto de los Trabajadores¹⁶⁵. Para el caso de que el menor estuviera bajo la tutela o guardia de una entidad pública entendemos que debe de ser el director del centro el que asuma esta labor. Aunque en ocasiones se deberá también avisar a los progenitores o familiares del menor por lo que quizá en estos casos también deban los progenitores según lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores quienes autoricen los trabajos de menor¹⁶⁶. Es necesario saber en cada momento quien debe otorgar la autorización y exigir la misma puesto que el contrato celebrado por un menor de edad sin la correspondiente autorización será considerado nulo¹⁶⁷.

El Estatuto de los Trabajadores también prevé una serie de requisitos que son aplicables a la prestación de servicios por parte de los menores de edad que como veremos posteriormente también incluye el artículo 4.b) del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio. De ahí que no remitamos al siguiente apartado a efectos de conocer cuáles son esas condiciones específicas

4.3. Condiciones laborales específicas de la prestación realizada por menores de edad

Para conocer las condiciones en las que debe prestarse el trabajo de menores internados debemos acudir al artículo 53 del Real Decreto 1774/2004 que

165 Artículo 7.b) Estatuto de los Trabajadores: b) 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.

Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda esta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación.

166 Artículo 22 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor. «Información a los familiares. La entidad pública que tenga menores bajo su guarda o tutela deberá informar a los padres, tutores o guardadores sobre la situación de aquéllos cuando no exista resolución judicial que lo prohíba».

167 Así se dispone en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Social, Sentencia 563/2005 de 20 Jul. 2005, Rec. 687/2005, AS\2005\2577 y Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, Sala de lo Social, Sentencia 1038/2008 de 1 Dic. 2008, Rec. 938/2008.

regula el trabajo. Debemos recordar como señala la LO 5/2000 que cualquier medida que se lleve a cabo en el centro «estará inspirada por el principio de que el menor internado es sujeto de derecho y continúa formando parte de la sociedad»¹⁶⁸.

Contra este precepto y otros del Real Decreto 1774/2004 se interpuso un recurso contencioso administrativo pues consideraban que el artículo 53 vulneraba el derecho a la intimidad y a no revelar su condición de menores internos (art. 18 CE y 56.2c) LORPM. Y que su remisión al RD 782/2001 regulador de la Relación Laboral Especial de los Penados es contraria a la Ley de acuerdo con la jerarquía normativa (art. 9.3 CE y 51 de la Ley 30/1992) y la reserva de ley (art. 23.2 de la Ley 50/97).

El Tribunal Supremo no aprecia ningún tipo de vulneración y justifica la especialidad de regulación:

«De la regulación expuesta no acierta a verse ningún género de vulneración del derecho a la intimidad y a no revelar la condición de menor interno alegado por los recurrentes. El precepto citado establece, como no podía ser de otra manera, que a dichos menores se les aplicará la normativa reguladora de lo que es una relación laboral especial, con unas particularidades propias tendentes a tener en cuenta las circunstancias de los menores y siempre con la finalidad esencial de su incorporación al mercado de trabajo (apartado 5). No hay en ello la vulneración de los derechos que se pretenden, sino una adaptación tendente a tener en cuenta las condiciones de los menores, respecto a los que también se recoge su derecho a un trabajo remunerado».

Como ya se ha expuesto la legislación que regula la relación laboral especial de los menores en centros de internamiento no ha tenido un gran desarrollo legal¹⁶⁹. Quizá esto se deba a que existe en la regulación de esta relación laboral especial una remisión a la aplicación de la relación laboral de penados mayores de edad¹⁷⁰. De este modo, en un intento de completar el contenido de estas prestaciones, el legislador ha querido que en aquello que no aparezca regulado, o ante la falta de una ley que regule esta relación, ésta se ordene igual que lo hace la relación laboral especial de los penados mayores de edad. El problema como ahora se verá es que se producen algunas distorsiones al querer aplicar el régimen general de los penados a una relación laboral ejecutada por menores. Pondremos algunos ejemplos en materias como el reparto del empleo, la prevención de riesgos o la resolución del contrato de trabajo.

168 Artículo 55 de la LO 5/2000 sobre Principio de resocialización.

169 ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: *Cárcel y derecho del Trabajo: La incidencia de la prisión en el trabajo asalariado y las relaciones laborales especiales de penados en instituciones penitenciarias*, Aranzadi, Navarra, 2020, pág. 373.

170 Apartado 1 del artículo 53 del del Real Decreto 1774/2004.

En relación con la concreta prestación del trabajo el artículo 53 apartado 1 dispone que

«1. Los menores internos que tengan la edad laboral legalmente establecida tienen derecho a un trabajo remunerado, dentro de las disponibilidades de la entidad pública, y a las prestaciones sociales que legalmente les correspondan».

«2. A estos efectos, la entidad pública llevará a cabo las actuaciones necesarias para facilitar que dichos menores desarrollen actividades laborales remuneradas de carácter productivo, dentro o fuera de los centros, en función del régimen o tipo de internamiento».

Cuando el texto hace referencia a la disponibilidad de la entidad pública nos da a entender en primer lugar que el trabajo depende de la Administración y que no siempre será posible garantizar en trabajo a esas personas. En el caso de los presos mayores de edad la entidad encargada de repartir el trabajo es el Organismo Autónomo de Trabajo Penitenciario, pero sin embargo en el caso del trabajo de menores no se encuentra ninguna referencia al empleador. A la luz de lo Dispuesto en el Real Decreto entendemos que el trabajo podrá ser ofertado por la propia entidad pública esto es la Institución donde se lleve a cabo el internamiento o alguna empresa con las que la Institución concierte la ejecución de las prestaciones. Es decir, es la Entidad Pública la encargada de publicar un listado de trabajos y gestionar el trabajo de menores. En este caso, será esencial que los criterios de selección de los menores que quieren trabajar sigan un orden de adjudicación basada en unos criterios que no sean discriminatorios y que estén bien definidos¹⁷¹.

Sobre la asunción de responsabilidades derivadas del trabajo el apartado 4. a) incluye una importante mención hacia la Entidad Publica de quien dependa el trabajo.

«4. El trabajo productivo que se desarrolle en los centros específicos para menores infractores será dirigido por la entidad pública correspondiente, directamente o a través de personas físicas o jurídicas con las que se establezcan conciertos, y les será de aplicación la normativa reguladora de la relación laboral especial penitenciaria y de la protección de Seguridad Social establecida en la legislación vigente para este colectivo, con las siguientes especialidades:

a) Tendrá la consideración de empleador la entidad pública correspondiente o la persona física o jurídica con la que tenga establecido el oportuno concierto, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la entidad pública, respecto de los incumplimientos en materia salarial y de Seguridad Social».

Habrà que tener especial cuidado en que no se produzcan en la configuración jurídica de estas relaciones, una posible cesión ilegal de trabajadores

¹⁷¹ No ocurre lo mismo en el caso de los mayores de edad, pues los requisitos exigidos adolecen de cierta opacidad. *Vid.* RODRIGUEZ, SANZ DE GALDEANO, Beatriz.: *op. cit.*, 2023 (LA LEY 11906/2023).

menores de edad. Y ello porque como bien señala el apartado 4.a) existe una responsabilidad solidaria por parte de la entidad pública frente a posibles incumplimientos de la empresa que ostente la concesión.

Las condiciones mínimas que deben respetarse cuando un menor trabaja se regulan en el apartado b del meritado artículo 53. Estas condiciones laborales coinciden plenamente con las especificidades que el ET contiene sobre la contratación de menores de edad. Así dispone:

b) A los trabajadores menores de 18 años se les aplicarán las normas siguientes:

1.ª No podrán realizar trabajos nocturnos, ni aquellas actividades o puestos de trabajo prohibidos a los menores.

2.ª No podrán realizar horas extraordinarias.

3.ª 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 para cada uno de ellos.

4.ª Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media, deberá establecerse un período de descanso durante dicha jornada no inferior a 30 minutos.

5.ª La duración del descanso semanal será como mínimo de dos días ininterrumpidos¹⁷².

No se introduce ninguna particularidad más referida a las especiales circunstancias de limitación de libertad en la que se encuentra el menor. El problema desde nuestro punto de vista es cómo se garantiza el cumplimiento de estas normas de trabajo y qué vías de quejas pueden accionar los menores en el caso de que estas condiciones no se estén cumpliendo.

Siendo consciente el legislador de la precariedad de lo legislado, abre la posibilidad de crear un reglamento que ejecute o especifique nuevas reglas sobre el trabajo de los menores internos.

6.ª En su caso, se podrán establecer reglamentariamente otras especialidades que se consideren necesarias en relación con la normativa existente para los penados.

Lo cierto es que esta reglamentación no ha llegado. Quizá sería bueno que se incluyera en una ley dedicada a los trabajos realizados por menores de edad como existe en otras jurisdicciones¹⁷³. De esta manera en una única

172 Así lo reconoce también la jurisprudencia escasa que existe al respecto Juzgado de lo Social N.º 1 de Toledo, Sentencia 425/2018 de 20 Sep. 2018, Proc. 188/2018, JUR\2019\13537, E-CLI:ES:JSO:2018:5653.

173 Por ejemplo en Bélgica tienen Ley 21/03/1995 sobre el trabajo de los estudiantes y los trabajadores jóvenes — Wet van 21/03/1995 betreffende de studentenarbeid en de arbeige werknemerge werknemers MB du 21/04/1995, p. 10310.; en Alemania la Ley de protección del trabajo en el ámbito de la juventud de 24/02/1997, Boletín Oficial de la República Federal de 27/02/1997, página 311, Publicación oficial: Bundesgesetzblatt Teil 1 (BGB 1); o en Dinamarca Orden sobre el trabajo de los jóvenes, Publicación oficial: Lovtidende A; Fecha de publicación del Diario Oficial: 2005-04-15.

norma podrían encontrarse unas características generales determinadas para todos los menores de edad y a su vez, regular las especialidades concretas que deben cumplirse en aquellas limitadas actividades que puedan hacer los menores pues muchas de las condiciones quedan inconclusas en las normas vigentes.

A) Clasificación de los trabajos realizados por los menores

Además del trabajo realizado bajo las condiciones mínimas a las que nos acabamos de referir, el artículo 53 recoge diferentes tipos de trabajos que pueden ser realizados por los menores en centros de internamiento. La primera de estas prestaciones aparece regulada en el apartado 3:

«3. La relación laboral de los internos que se desarrolle fuera de los centros y esté sometida a un sistema de contratación ordinaria con empresarios se regulará por la legislación laboral común, sin perjuicio de la supervisión que en el desarrollo de estos contratos se pueda realizar por la entidad pública competente sobre su adecuación con el programa de ejecución de la medida».

Nos encontramos con una relación laboral, que no se va a considerar especial, y que se regulará por la legislación común. Será por tanto importante recordar que:

1.º Solo podrán realizar estos trabajos quienes hayan cumplido 16 años y se encuentren emancipados o hayan obtenido la preceptiva autorización de sus representantes legales o tutores (Artículo 7.1 y 7.2 ET). El legislador español prohíbe la prestación laboral de menores de 16 años (Art. 6.1 ET).

2.º Se trata de una prestación realizada fuera del centro de internamiento por lo que esta medida quizá podría verse limitada en cuanto a su realización por los menores que están sometidos a un régimen de internamiento cerrado. Si tal y como declara la Exposición de Motivos de la Ley en su apartado III.16 «El internamiento en régimen cerrado pretende la adquisición por parte del menor de los suficientes recursos de competencia social para permitir un comportamiento responsable en la comunidad, mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo», la salida de estos menores para trabajar puede contravenir la finalidad del internamiento. Sin embargo, si no se les deja salir, también podríamos considerar que existe cierta discriminación sobre estos menores en sus derechos de acceso al trabajo. En última instancia será el Juez de Menores encargado de establecer las medidas aplicables al joven quien determine si éste puede o no prestar servicios retribuidos.

3.º Por último, el desempeño de esta actividad deberá ser supervisado con la entidad pública pues la finalidad que se quiere conseguir es una mejora de la inserción laboral de estos menores. Pero, como señala ARIAS DOMÍNGUEZ, dada las particularidades de esta prestación la operatividad de las medidas

de control es cuestionable y no deberán olvidar la finalidad reeducadora que debe tener el trabajo¹⁷⁴.

La segunda de las prestaciones que pueden realizar los menores aparece disciplinada en el art. 30.2.f) RLORPM. Este precepto regula la realización obligatoria por parte de todos los menores de prestaciones no retribuidas que se establezcan en la normativa de funcionamiento interno para mantener el buen orden y limpieza del centro, que en ningún caso tendrán la condición de actividad laboral. El principal peligro se encuentra en que no existe un desarrollo de cuáles pueden ser esos trabajos. Esta situación puede conllevar a «una sobredimensión de los trabajos obligatorios que abarquen no solo los relacionados con el buen orden y la limpieza, sino otros que deberían quedar directamente sometidos a la relación laboral de carácter especial de los menores internados»¹⁷⁵.

B) Algunas consideraciones sobre el trabajo del menor internado

Una vez conocidas las condiciones generales de la prestación nos vamos a remitir a algunas cuestiones que pueden presentar problemas de desprotección graves en la relación laboral de los menores penados.

a) Cuantía y pago del salario

Además de los problemas ya mencionados en relación con la posible confiscación de bienes como el dinero que pueden sufrir los menores internados, nos gustaría poner el foco ahora en la cuantía del salario. Como se puede observar, el Real Decreto no dispone ningún método para poder determinar la cuantía que recibirán los menores por la prestación de su actividad. Tampoco existe un convenio colectivo de aplicación y además la jurisprudencia ha determinado que, en materia de salarios, el Estatuto de los Trabajadores no es aplicable a la relación laboral de los penados mayores de edad, por lo que entendemos que mucho menos a la de los menores¹⁷⁶. Es cierto, que la regulación de la retribución en el caso de los penados mayores de edad también adolece de unas grandes dosis de confusión y escasa practicidad girando su determinación en torno a cuatro criterios: el rendimiento, la categoría profesional, la actividad desempeñada y el horario de trabajo¹⁷⁷. En el caso de los menores estos crite-

174 ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: *Cárcel y derecho del Trabajo*, Op. cit., pág. 376.

175 MONTERO HERNANZ, Tomás.: «La relación jurídica de los menores internados en centros de reforma: sus deberes», en *Diario La Ley*, N.º, Ref. D-261.

176 Tribunal Supremo - Sala Cuarta - Sección Primera - Jurisdicción: Social - Sentencia - Núm. Rec.: 728/2005 - Ponente: Mariano Sampedro Corral.

177 ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: *Cárcel y derecho del Trabajo*: op. cit., pág. 376.

rios podrían ser de aplicación para determinar el trabajo salvo en lo referente a la categoría profesional pues para muchos, la ejecución de ese contrato de trabajo será su primera experiencia en el mundo profesional.

La determinación de la cuantía deberá de incluirse en el contrato de trabajo celebrado entre el menor y la entidad pública, pero deberían de establecerse algunas normas que ayuden a la determinación del salario pues éste no puede estar sujeto a indeterminación. Además, la fijación del salario no pueden dejarse al albur únicamente del empresario, que en este caso es la Entidad Pública, de manera que el menor debería de poder contar con algún tipo de asesoramiento externo a la hora de negociar el salario y que la cantidad quede fijada en términos claros y no discriminatorios para el menor¹⁷⁸. En nuestro país en relación con el principio de igualdad en materia salarial el Tribunal Supremo ya dispuso que:

«conculca el principio constitucional de igualdad, al no ofrecer ninguna justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato, puesto que, en principio, no aparece vinculada esa diferencia a elementos del pacto que permitan el sostenimiento del equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores, que resultan desfavorecidos con relación a sus compañeros más antiguos, por razón de la anterior adquisición de la fijeza»¹⁷⁹.

Quizá el menor podría a través del sistema de peticiones plantear las posibles dudas que pudieran surgir en relación con su contrato de trabajo ante el Ministerio Fiscal o la Autoridad judicial ya que presentar dichas peticiones frente a la propia entidad pública, que actúa de empleadora, no parece una solución razonable¹⁸⁰. Recordemos que las normas de Naciones Unidas sobre los menores privados de libertad reconocen el derecho de los menores a un salario justo y que con este dinero se debería constituir un fondo de ahorro que le será entregado cuando quede en libertad.

178 Sería aplicable a este caso la sentencia del a STS 2646/2022 de 28 de junio 2022 - (rec. 610/2019)ECLI:ES:TS:2022:2646, donde afirma que «cuando el contrato establece que el trabajador podrá acceder a un incentivo condicionándolo a la fijación de los objetivos por la empresa sin que se especifiquen los objetivos de los que dependa la percepción del complemento, cabe interpretar que nos hallamos ante un pacto de incentivos sujeto a la exclusiva voluntad de uno de los contratantes que contraría lo prohibido por el art. 1256 del Código Civil). Asimismo, hemos dicho que, ante su falta de claridad y de desarrollo posterior, este tipo de cláusulas no pueden sino interpretarse en el sentido más adecuado para que las mismas puedan causar efecto (art. 1284 CC) y en contra de quien incluyó esas cláusulas en el contrato, que obviamente fue la empresa (art. 1288 CC). Así lo sostuvimos en las SSTs 19 de noviembre 2001, rec. 3083/2000; 14 de noviembre 2007, rec. 616/2007; 15 de diciembre 2011, rec. 1203/2011; y 16 de mayo 2012, rec. 168/2011». *Vid.* comentario al respecto en <https://ignasibeltran.com/salario/#bonus1>.

179 Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 26 Abr. 2004, Rec. 4480/2002,RJ\2004\4707.

180 El artículo 57 regula el derecho a la presentación de quejas o peticiones por parte de los menores internos o sus familias.

b) La resolución del contrato por voluntad del menor

También contrario a las normas que proscriben el trabajo obligatorio para menores podemos encontrar el régimen jurídico sobre la resolución contractual que se aplica a los trabajadores menores internados. Así lo ha advertido PROL PASTOR que señala que el RD 782/2001 que regula la relación laboral de penados no aparece la posibilidad de que el trabajador pueda resolver el contrato por incumplimiento del empresario. Por ende, esta posibilidad también desaparece cuando dichos penados son menores de edad¹⁸¹. Tratándose el trabajo de una medida de reinserción social, y, por lo tanto, con una finalidad educativa y formativa, privar a un trabajador, que además es menor de edad, de la posibilidad de resolver el contrato derivado de incumplimientos empresariales, supone un claro ejemplo de discriminación por razón de edad y además resulta contrario a la protección del interés superior del menor. Además de poder contravenir como decíamos todas las normas sobre la prohibición de imposición de trabajos forzados a los menores.

Por otro lado, en relación con la resolución del contrato el artículo 10 del Real Decreto 782/2001 (penados adultos) sí impone entre las causas que pueden resolver el contrato de trabajo las razones de disciplina. Pero estas causas deben de estar debidamente fundamentadas pues en caso contrario el penado, menor en nuestro caso, podrá demandar a la empresa y ésta deberá indemnizarle. Así lo ha determinado el Tribunal Supremo que reconoce el derecho a una indemnización por daños y perjuicios a un trabajador que había sido despedido de manera injustificada, habiéndose declarado nulo el meritado despido y con derecho a la readmisión del trabajador. Entiende LOPEZ BERMEJO, QUE ESTA SENTENCIA SUPONE APLICAR AL RÉGIMEN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO PREVISTO EN NUESTRA NORMA ESTATUTARIA Y CONCORDANTES, A LOS TRABAJADORES PENADOS, «otorgando claridad a todos los interesados, esto es, trabajador, empleador y órganos judiciales»¹⁸².

181 Explica el autor que tampoco será posible acudir a la regulación supletoria del Estatuto de los Trabajadores, pues así lo prohíbe expresamente el artículo 1.4 del meritado Real Decreto, salvo que él mismo lo prevea, cuando de manera indubitada señala lo siguiente: «La relación laboral especial penitenciaria se regula por lo dispuesto en este Real Decreto. Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca una remisión expresa desde este Real Decreto o la normativa de desarrollo». Vid. PROL PASTOR, Samuel.: *La resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores*, BOE, Madrid, 2025, Pág. 297.

182 LÓPEZ BERMEJO, Óscar: «Condena a daños y perjuicios por salarios dejados de percibir en casos de nulidad de extinción acordada por el Organismo de Trabajo Penitenciario y formación para el Empleo, en el marco de una relación laboral especial de los penados», en *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, N.º 10, 2023, Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-20230000002585#footnote-1. Consultado el 29 de octubre de 2025.

c) Prevención de Riesgos Laborales

Nos parece importante señalar las especiales obligaciones que existen para los empleadores en materia de prevención de riesgos laborales cuando el trabajador es menor de edad, puesto que el Real Decreto 1774/2004 no dispone nada al respecto. Concretamente el artículo de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales regula la obligación de evaluar el puesto que el menor de edad va a desarrollar con la finalidad de evitar que realice prestaciones que puedan vulnerar su seguridad y salud¹⁸³. Asimismo, debe informar a los padres y al menor de los posibles riesgos que se derivan de la ejecución de su trabajo, así como de cuáles serán las medidas de protección llevadas a cabo para poder evitar dichos riesgos¹⁸⁴. Esta deber de información puede generar problemas aplicativos cuando no el niño no esté bajo la tutela de sus progenitores. Entendemos que la obligación de información se traslada hacia los tutores o guardadores del menor que deben velar porque el trabajo se desarrolle en condiciones adecuadas.

Otro aspecto que es necesario tener en cuenta a la hora de la contratación de menores de edad es que se les debe otorgar la formación adecuada y centrada en el trabajo que se va a realizar previamente al desempeño del trabajo según lo dispuesto en el artículo 19.1 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales. Por lo tanto, cuando la entidad penitenciaria asigna los trabajos a los menores debe tener en consideración la previa formación que los internos hayan podido recibir para realizarla, así como tendrán que instruir correctamente a los menores que vayan a trabajar¹⁸⁵. Esta obligación también será aplicable a aquellos empresarios privados que concierten una relación laboral común con los menores internos en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 del Real Decreto 1774/2004 so pena de sanción administrativa grave para la empresa.

d) Garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos

Como hemos manifestado a lo largo de todo el trabajo una de las cuestiones que más puede afectar a la relación laboral de los menores internos es la apa-

183 Al respecto la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Social, 1426/2019 de 30 May. 2019, Rec. 2614/2018, (JUR\2019\198144) ECLI:ES:TS-JAND:2019:5163. Donde se sanciona a una empresa por el incumplimiento del meritado precepto, siendo particularmente dolosa en este caso la actitud de la empresa en la que trabajaban también el padre y el tío del menor que se supone eran los encargados de la vigilancia del niño.

184 CÁMARA BOTÍA, Alberto.: «Trabajo de menores» en AA. VV. (SEMPERE NAVARRO, Antonio. V., y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. (Dirs.) y AGUILERA IZQUIERDO, Raquel (Coord.): *Enciclopedia Laboral Básica «Alfredo Montoya Melgar»*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2006, pág. 1366.

185 Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia 2401/2008 de 14 Mar. 2008, Rec. 7820/2006

rente falta de control que puede existir sobre estas actividades. Y bien porque, tratándose de menores que han cometido un ilícito nos debemos hacer dos preguntas. En primer lugar ¿qué papel puede tener la Inspección de Trabajo en el control de esta actividad? y la segunda ¿qué medidas y ante quién puede adoptar el menor cuando ve conculcados sus derechos laborales?

En el caso de los menores el Real Decreto más allá del sistema de peticiones y quejas que regula el artículo 57, incluye un sistema propio de Inspección. El problema que encontramos es que el ejercicio de estas funciones queda en manos de nuevo de la entidad pública, empleadora del menor y por lo tanto no es una parte neutral en las posibles infracciones que esté valorando. No consta además cómo estará configurado este órgano ni su independencia con respecto a la actuación de la entidad pública. De hecho, ga pesar de la importancia de esta misión para la entidad pública en las Inspecciones llevadas a cabo por la Fiscalía se constata que esta labora no se lleva a cabo con la regularidad que se debería a pesar de que se trata de una obligación impuesta que tiene por mandato legal¹⁸⁶.

El problema de nuevo es quién ejerce el control sobre la Entidad Pública. Entendemos que acudir a esta vía tampoco puede suponer un método eficaz para que se conozcan los posibles incumplimientos que en materia laboral puedan sufrir los menores internados. Por lo tanto, será necesario que en este proceso la legislación incluya el acceso a mecanismos independientes de inspección y queja¹⁸⁷. Por todo ello coincidimos con COELLO PULIDO cuando refiriéndose a los derechos de los menores internos declara que:

«La efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución española, incluidos por supuesto los derechos fundamentales, requiere la articulación de un adecuado sistema de defensa y garantía de estos ya que, de lo contrario, se verían reducidos a meras declaraciones»¹⁸⁸.

Por último y tomando como referencia de nuevo la legislación de los penados mayores de edad, entendemos que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de dicha relación laboral, la jurisdicción de los social también será la responsable de resolver aquellos problemas que surjan de la relación laboral de los menores internados, aunque como hemos manifestado, no consta que hayan llegado muchos casos hasta el momento.

186 Vid. GARCÍA DIEZ, Montserrat y FERNÁNDEZ ARIAS Camino.: «Régimen interno y potestad disciplinaria aplicable en los centros de internamiento de menores con medidas judiciales: *op. cit.*, pág. 47.

187 RUIZ CABELLO, Úrsula: «Los centros de internamiento y su régimen disciplinario: más allá del castigo» *La Ley Penal*, N.º 147, 2020.

188 COELLO PULIDO Ángela.: «Reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales en la ejecución, *op. cit.* pág. 42.

Como se puede observar de la regulación examinada, la relación laboral del menor en centros de internamiento ha tenido un desarrollo insuficiente y ello genera una gran inseguridad jurídica. Hubiera sido deseable que si se decide crear una nueva relación laboral especial, ésta tenga un contenido más detallado de cara al favorecimiento de su interpretación y aplicación práctica por parte de los operadores implicados¹⁸⁹. Pero la falta de regulación específica y la escasa jurisprudencia no puede hacernos olvidar a este especial colectivo y el respeto a sus derechos fundamentales aunque entendemos que éstos puedan verse modulados derivados de la privación de libertad. Lo que cabe preguntarse es si a la luz de la flexibilidad ofrecida por las normas europeas e internacionales debe plantearse una regulación específica sobre el trabajo de menores de edad, donde se incluyera, aunque fuera también de manera excepcional, la participación de menores de edad, principalmente adolescentes, en determinadas actividades productivas. Se podría actualizar el listado de trabajos prohibidos a los menores, adecuar las condiciones a la especialidad de los sujetos teniendo en cuenta aspectos específicos como el tiempo de trabajo el salario o la prevención de riesgos. Todo ello inspirado en conseguir una mayor protección de aquellas prestaciones que ya están reguladas y que se permiten a los menores de edad, pero con un marco regulador unificado. De esta manera, también podrían aplicarse esta norma, cuando se presuma la prestación laboral de los menores en otro tipo de actividades que aun no estando permitidas sí que sean ejecutadas por menores de edad. Esta norma debería incluir una especial regulación sobre los riesgos psicológicos a los que se enfrentan los menores que trabajan así como un sistema de denuncias que permitan poner en conocimiento de la Inspección de Trabajo los posibles incumplimientos que puedan darse.

Bibliografía

ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel: *Cárcel y derecho del Trabajo: La incidencia de la prisión en el trabajo asalariado y las relaciones laborales especiales de penados en instituciones penitenciarias*, Aranzadi, Navarra, 2020.

ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel. «Visión panóptica de los diferentes “trabajos” en prisión». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. N.º 1 (2021).

BAVIERA PUIG, Inmaculada.: «La relación laboral especial de los penados en centros penitenciarios y de los menores internados», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N.º 118, 2015.

189 **ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel:** *Cárcel y derecho del Trabajo: La incidencia de la prisión en el trabajo asalariado y las relaciones laborales especiales de penados en instituciones penitenciarias*, Aranzadi, Navarra, 2020, págs. 372.

- BONET I PÉREZ, J.:** «Explotación laboral infantil» en AAVV. coord. por GONZÁLEZ BOU, Emilio, GONZÁLEZ VIADA, Natacha; ALDECOA LUZÁRRAGA Francisco (Dir.), FORNER I DELAYGUA, Joaquim Joan (Dir.): *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño* /, 2010.
- CALVO PELLICER, Sara:** *Delincuencia juvenil. Reeducción vs. Castigo*, en *Diario La Ley*, núm. 9518, Sección Tribuna, 14 de Noviembre de 2019.
- CÁMARA BOTÍA, Alberto.:** «Trabajo de menores» en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, Antonio. V., y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. (Dir.) y AGUILERA IZQUIERDO, Raquel (Coord.): *Enciclopedia Laboral Básica «Alfredo Montoya Melgar»*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2006,
- CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta.:** «Principios y garantías penales de la medida de internamiento juvenil» en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 42, 2024.
- COELLO PULIDO, Angela:** «Reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales en la ejecución de las medidas de internamiento en los centros de reforma de menores en España», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 73, N.º 2225, 2019.
- COLAS TURÉGANO, María Asunción:** «Centros de internamiento para menores con problemas de conducta: «¿Medida de seguridad predelictual o medida de protección para la infancia en dificultad social?» en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3.ª Época, N.º 29, 2023.
- ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo.:** «Propuestas para relanzar la presencia sindical en el marco de la relación laboral especial de los penados que desarrollan actividad en talleres penitenciarios», en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N.º 148, 2019.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José:** «Los trabajos en beneficio de la comunidad a la luz del ordenamiento social», en *Trabajo y derecho*, N.º, pág. 1-35.
- GARCÍA DÍEZ, Montserrat y FERNÁNDEZ ARIAS, Camino:** «Régimen interno y potestad disciplinaria aplicable en los centros de internamiento de menores con medidas judiciales: experiencias prácticas y correcta interpretación y aplicación del reglamento de menores» en *Intervención psico socioeducativa en la desadaptación social: IPSE-ds*, N.º 4, 2011.
- HERNÁNDEZ PULIDO, R. y CARÓN T.:** «Protección de los niños y adolescentes», en AA.VV.: *Derechos Fundamentales en el Trabajo y Normas Internacionales del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

FERNÁNDEZ ARTIACH, Pilar: El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

FERNÁNDEZ MOLINA, Esther.: «El internamiento de menores. Una mirada hacia la realidad de su aplicación en España» en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). núm. 14-18, 2012, p.1-18, pág. 4. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/14/recpc14-18.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 14-18 (2012), 25 dic].

GIL PLANA, Juan.: «Vicisitudes del trabajo penitenciario: suspensión y extinción», en *Revista española de derecho del trabajo*, N.º 150, 2011.

GUILLÉN PAJUELO, Ángel.: «¿El fin del ‘amateurismo marrón’ en el deporte? Notas a la STSJ de Castilla y León 1856/2025 sobre la relación laboral especial de los deportistas profesionales», Briefs AEDTSS, número 63, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2025.

JUSTICIA ALBIOL, Julia.: «El acogimiento residencial en el Sistema de Protección Infantil: Un análisis crítico desde la Constitución y los Derechos del Niño», en Diario La ley, N.º 10637, 3 de Enero de 2025, (COM\2024\48745).

LÓPEZ BERMEJO, Óscar: «Condena a daños y perjuicios por salarios dejados de percibir en casos de nulidad de extinción acordada por el Organismo de Trabajo Penitenciario y formación para el Empleo, en el marco de una relación laboral especial de los penados», en Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL), N.º 10, 2023.

LOZANO LARES, Francisco.: La regulación del trabajo de menores y jóvenes, Mergablum, Sevilla, 2000

MESTRE DELGADO, Esteban.: «El interés superior del menor en la L.O. 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor», en LA LEY Penal, N.º 114, Mayo-Junio 2015.

MONTERO HERNANZ, Tomás.: «La relación jurídica de los menores internados en centros de reforma: sus deberes», en Diario La Ley, N.º, Ref. D-261.

MORALES VÁLLEZ, Concepción .: «Sobre los registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares: Comentario a la STS 874/2024, de 5 de junio (JUR 2024, 169421)», en Revista Aranzadi Doctrinal, N.º 8, 2024.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel, Carlos.: «La relación laboral de los penados en instituciones penitenciarias» en *Relaciones Laborales*, Sección Doctrina, 1987, pág. 89, tomo 2, (LA LEY 804/2001).

PROL PASTOR, Samuel.: La resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, BOE, Madrid, 2025.

QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda.: «Trabajo infantil» en GARCÍA MURCIA Joaquín (Dir.): *La influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en la legislación social española*, BOE, Madrid, 2024, págs. 83 a 101.

RODRÍGUEZ, SANZ DE GALDEANO, Beatriz.: «Aspectos laborales del trabajo remunerado de los internos en prisión», en Trabajo y Derecho, núm. 108, 2023 (LA LEY 11906/2023).

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel.: «La libertad de trabajo y la interdicción del trabajo forzoso», en *Relaciones laborales*, núm. 1, 2011, págs. 3 a 16.

RUÍZ CABELLO, Úrsula: «Los centros de internamiento y su régimen disciplinario: más allá del castigo» La Ley Penal, N.º 147, Sección Derecho Penal de menores, Noviembre-Diciembre 2020.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente: «Ocho preguntas sobre Relaciones Laborales Especiales», Actualidad Jurídica, N.º 746/2008, pág. 1.

CAPÍTULO VII

EL CONTRATO DE LOS RESIDENTES EN CIENCIAS DE LA SALUD: NATURALEZA JURÍDICA Y CONFLICTOS CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

The contract of residents in health sciences: legal nature and conflicts with fundamental rights

María Elisa Cuadros Garrido

*Profesora Contratada Doctora
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia
mariaelisa.cuadros@um.es
<https://orcid.org/0000-0003-0297-5330>*

Resumen. Este estudio parte de la evolución legislativa para luego poner el énfasis en las peculiaridades de la relación laboral especial de los residentes. El Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, supuso un gran logro, pero su aplicación práctica ha puesto de relieve carencias en relación a los derechos fundamentales, sobre todo preocupa el exceso de horas de este personal novel que puede derivar en patologías médicas y que tras la Ley 15 /2022 ha de abordarse con una reforma que se adapte a la normativa.

Palabras clave. Residente, relación triangular, evaluación, formación, especialidad, exclusividad, aprender trabajando, descanso, guardias, integridad física.

Abstract. This study starts with the legislative evolution and then focuses on the peculiarities of the special employment relationship of healthcare residents. Royal Decree 1146/2006, of October 6, was a great achievement but its practical application has highlighted shortcomings in relation to fundamental rights, especially the excessive hours of this new staff which can lead to medi-

cal pathologies and after Law 15/2022 it must be addressed with a reform that adapts to the current reality.

Keywords. Resident, triangular relationship, evaluation, training, specialty, exclusivity, learning by doing.

1. Recorrido legislativo del régimen jurídico de los residentes sanitarios

La configuración del sistema que organiza las residencias sanitarias es fruto de una evolución que arranca en los años cincuenta del siglo pasado y que culmina con el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud¹. Sistema de formación de especialistas, conocido como MIR, que es considerado como *la columna vertebral de la organización y funcionamiento de la medicina asistencial*².

Durante el siglo XIX y buena parte del XX, la medicina en España era esencialmente generalista. Sin embargo, el Estado regulaba ciertas áreas que tenían una función pública³ o técnica muy concreta⁴ nos referimos a la odontología, la estomatología, la salud pública y la puericultura existentes antes que las especialidades propiamente dichas.

El ejercicio de la profesión sanitaria especializada en nuestro país era fruto, por lo general, de las enseñanzas impartidas por las Facultades de Medi-

1 BOE núm. 240, de 07/10/2006.

2 CANTERO-SANTAMARÍA, JOSÉ I. ALONSO-VALLE, HÉCTOR CADENAS-GONZÁLEZ, NURIA SEVILLANO-MARCOS AMADOR; «Evolución normativa de la formación médica especializada en España», *FEM* 2015 núm.18.

3 La salud pública, la higiene y la puericultura (atención al niño sano) fueron áreas impulsadas por la administración pública, no tanto por la profesión médica. Su desarrollo estuvo vinculado a las políticas de salubridad, control de epidemias y mejora de las condiciones de vida. Dado su carácter administrativo y social, el Estado creó cátedras, reglamentos y servicios específicos antes de que existiera la idea de una «especialidad médica en salud pública».

4 La odontología y, más tarde, la estomatología, surgieron como ámbitos técnicos y quirúrgicos específicos que requerían una formación distinta. En el siglo XIX, el cuidado dental era una práctica más cercana a los «artesanos dentistas» que a los médicos. Por ello, el Estado creó regulaciones propias para controlar su ejercicio, evitando el intrusismo y garantizando cierta capacitación. Con el tiempo, la estomatología (desde la medicina) y la odontología (desde un enfoque más técnico) coexistieron como formaciones separadas, algo peculiar de España.

cina⁵ y por centros de especialización oficiales⁶, pero carecía del soporte de una titulación oficial de especialista.

Cuando se estableció expresamente el título de especialista sanitario fue con la Ley de Especialidades médicas de 20 de julio de 1955⁷ que supuso una garantía del ejercicio público de la profesión y la certeza de que quien lo ostentaba había superado las pruebas y enseñanzas normativas. Esta normativa constituyó un gran hito ya que, hasta la fecha de la entrada en vigor de la ley, el título universitario de licenciado en Medicina y Cirugía habilitaba para la total práctica profesional al no existir regulación general del derecho de los médicos a títulos de especialista en una u otra rama de la medicina, a excepción de regulaciones singulares antes detalladas.

La Ley de Especialidades se completa posteriormente con el reglamento aprobado por Decreto de 23 de diciembre de 1957⁸, que desarrollaba y detallaba sus exigencias.

Mediante las Órdenes de 3 de septiembre de 1969⁹ y 28 de junio de 1971¹⁰, se crearon simultáneamente las categorías distintas de internos y residentes como médicos postgraduados y se fijaron las bases de su formación en las residencias sanitarias de la Seguridad Social. Por su parte el médico interno¹¹

5 En las cátedras de facultades de medicina se organizaban cursos teóricos de dos años que se impartían en escuelas profesionales en hospitales clínicos universitarios.

6 En nuestro país, los pioneros como centros hospitalarios que establecen los programas para la formación especializada fueron el Hospital de Basurto (Vizcaya), y el Hospital de la Santa Creu i Sant Pau (Barcelona) ambos en 1918. En 1929 se incorpora a esta tendencia la Casa de Salud Marqués de Valdecilla de Santander, y en 1935 lo hace el Instituto de Investigaciones Clínicas y Médicas que, posteriormente, se anexionaría a la Clínica de la Concepción, para constituirse en la Fundación Jiménez Díaz. Posteriormente se unen más y surgen básicamente dos tipos de enseñanza dependiendo del tipo de centro: 1. Los hospitales y clínicas no ligados a cátedras, que realizaban convocatorias como médico interno con un rotatorio de dos años. 2. Los hospitales generales que requerían inscripción previa en el Colegio de Médicos provincial. Después periodo exigido de ejercicio, y bajo patrocinio del jefe de servicio, se ocupaba una plaza como médico becario interno. *Vid.* CANTERO-SANTAMARÍA, José I. ALONSO-VALLE, Héctor CADENAS-GONZÁLEZ, Nuria SEVILLANO-MARCOS Amador; «Evolución normativa de la formación médica especializada en España», *op.cit.*

7 Ley de 20 de julio de 1955 sobre «Enseñanza, título y ejercicio de las Especialidades Médicas». BOE núm. 202, de 21 de julio de 1955, páginas 4440 a 4442.

8 Decreto de 23 de diciembre de 1957 por el que se aprueba el Reglamento del Servicio de Depósito Legal. Boletín Oficial, núm. 17, de 20 de enero de 1958, páginas 104 a 106.

9 Orden de 3 de septiembre de 1969 por la que se modifica y complementa la de este Ministerio de 17 de noviembre de 1966, relativa al perfeccionamiento técnico de los Médicos internos y residentes en Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. BOE, núm. 220, de 13 de septiembre de 1969, páginas 14528 a 14529.

10 Orden de 28 de julio de 1971 por la que se dictan normas sobre los Médicos internos y residentes de la Seguridad Social. BOE núm. 185, de 4 de agosto de 1971, páginas 12721 a 12722

11 El art. 2 Orden 1969 regula sus funciones.

suponía el primer estatus como profesional que se podía obtener como forma de ingreso en la Seguridad Social. Durante un año el interno debía hacer una rotación obligatoria por los servicios que en el correspondiente programa se establecía en cada hospital. Previa calificación de las actividades por la Comisión a la Educación Médica podría pasar a ser considerado como postulante a la categoría de residente de primer año, siempre que lo solicitara y existieran puestos vacantes. Por otro lado, los médicos residentes¹² estaban adscritos a un servicio hospitalario para adquirir una especialidad, bajo las órdenes del jefe del servicio, participando de forma muy activa en las funciones de la especialidad.

En la configuración del actual régimen jurídico, la Orden de 9 de diciembre de 1977 del Ministerio de Sanidad¹³, unificó el procedimiento para los hospitales de la Seguridad Social y aquellos otros, públicos o privados, que voluntariamente quisieran participar en el proceso de formación. La vinculación de los médicos con dichas instituciones sanitarias quedó formalmente establecida a través de un contrato de trabajo; se «laboraliza a los aspirantes o candidatos con figura de médicos residentes»¹⁴. Lo característico de la formación sanitaria residía en su desvinculación de la Universidad y en su orientación en un sentido más laboral que docente. Congruente con este esquema, el sistema formativo se dotó de un *numerus clausus* algo doctrinalmente criticado, pero posteriormente refrendado por el Tribunal Supremo en STS 28 marzo 1988¹⁵. Por otro lado, se crea un procedimiento de acceso mediante convocatoria nacional que cubría a todos los médicos españoles dando la posibilidad con igualdad de oportunidades y según un sistema de oposición de nivel nacional y residencia en los centros que ofertaron las plazas de alcanzar una formación especializada con las garantías que exige la protección salud.

La fusión de los dos sistemas anteriores se produjo mediante en un único mecanismo el RD 2015/1978¹⁶, que reguló la obtención del título de médico especialista a través del sistema de residencia en los departamentos y servicios hospitalarios y extrahospitalarios que reunieran los requisitos mínimos

12 El art 3 de la Orden del 1969 recoge que «Ingresarán con la denominación de Médicos Residentes de primer año, siendo promovidos al finalizar el año a Médicos Residentes de segundos años Si la especialidad lo requiere podrán permanecer en la Institución otro año más con la categoría de residente de tercer año».

13 Orden de 9 de diciembre de 1977 por la que se desarrolla el Real Decreto 3110/1977, de 28 de noviembre, regulando los turnos de guardia y localización del personal facultativo de los Servicios jerarquizados de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 1977, páginas 27052 a 27053.

14 STS 30 marzo 1995 rec. 1.822/1994 (ES:TS:1995:10002).

15 STS 28 marzo 1988 rec. 53360/1983, (ECLI: ES:TS:1988:2262)

16 Real Decreto 2015/1978, de 15 de julio, por el que se regula la obtención de títulos de especialidades médicas. BOE núm. 206, de 29 de agosto de 1978, páginas 20172 a 20174.

de acreditación. En puridad, la concepción del sistema MIR de 1978 fue una traslación del modelo de *aprender trabajando* de EE. UU. que a su vez, se inspiró en el informe *Flexner* de 1910¹⁷.

Para el acceso a la formación especializada, el sistema de 1978 dio carta de naturaleza a las Comisiones Nacionales de Especialidades¹⁸ que se definían como órganos asesores del Ministerio de Educación y del Ministerio de Sanidad (entonces de Sanidad y Seguridad Social), que, entre otras funciones, eran encargados de determinar los contenidos y proponer la duración de los programas formativos, así como de determinar las directrices de las pruebas de evaluación.

En relación con la materia objeto de estudio, la Constitución Española de 1978 recoge en su art 56 que el ejercicio de las profesiones tituladas se regulará mediante ley.

El Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del título de Médico Especialista. Identifica a los médicos residentes como aquellos que, para obtener su título de Médico Especialista, permanecen en los Centros y en las Unidades Docentes acreditadas un período, limitado en el tiempo, de práctica profesional programada y supervisada, a fin de alcanzar, de forma progresiva, los conocimientos y la responsabilidad profesional necesarios para ejercer la especialidad de modo eficiente, debiendo completar un programa de formación y superar con éxito una evaluación continuada.

El art 4.1 del Real Decreto 127/1984, manifiesta la naturaleza laboral de la prestación de servicios de los médicos residentes¹⁹, al señalar que en los supuestos en los que la formación médica especializada conlleve prestación de servicios profesionales en centros hospitalarios públicos, propios o concertados con instituto, y con independencia de la naturaleza pública o privada de las entidades a que pertenezcan, celebrarán con los interesados el

17 Conocido formalmente como «*Medical Education in the United States and Canada: A Report to the Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching*» constituye uno de los documentos más influyentes en la historia de la educación médica moderna. A comienzos del siglo XX, la enseñanza médica en Estados Unidos y Canadá era muy desigual y, en muchos casos, deficiente. Ante esa situación, la Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching encargó a Abraham Flexner un pedagogo, un estudio exhaustivo sobre el estado de la educación médica en Norteamérica. El *Informe Flexner* fue considerado como una de las discusiones teóricas más importantes en la historia de la educación médica. Vid. Abraham Flexner: trayectoria de vida de un educador, Salud Colectiva, 2022, núm. 18.

18 Y para cada especialidad una «Comisión Nacional de Especialidad Médica».

19 La definición del carácter laboral de la relación contractual mediante la cual se articula la prestación de servicios del residente constituyó un avance normativo significativo, que permitió disipar las dudas existentes acerca de la posible naturaleza administrativa de dicha relación.

correspondiente contrato de trabajo, de acuerdo con la legislación específicamente aplicable.

Por otro lado, el RD 127/1984, establece un sistema transitorio que protege los derechos adquiridos que sean acreditados al amparo de la normativa anterior. Ese sistema transitorio quedaba limitado en su aplicación por un plazo para poder optar al mismo, un plazo que terminó el 31 de julio de 1984.

Lamentablemente, el RD 1984 aunque introdujo aportaciones innovadoras en un contexto caracterizado por un notable vacío normativo, como, por una parte, la incorporación de una definición de residente similar a la recogida posteriormente en el Real Decreto 1146/2006, y por otra, el reconocimiento de la naturaleza laboral de la relación de prestación de servicios del residente, no llegó a establecer disposiciones concretas que regulasen la necesaria coordinación entre el itinerario formativo que el residente debía completar y su actividad asistencial diaria. Del mismo modo, no contemplaba las posibles consecuencias derivadas de las evaluaciones del residente en relación con la renovación o extinción de su contrato, ni abordaba otras cuestiones clásicas asociadas a esta figura laboral, tales como el régimen retributivo o la organización del tiempo de trabajo.

Como norma parcelaria del sector, cabe destacar el Real Decreto 1497/1999, de 24 de septiembre²⁰, por el que se regula un procedimiento excepcional de acceso al título de Médico Especialista regula un procedimiento excepcional de acceso al título de médico especialista de modo que, manteniendo y consolidando el sistema de residencia como la única vía ordinaria de acceso al título de médico especialista, y sin perjuicio de los criterios de calidad formativa alcanzados por el sistema de formación médica especializada incluidos en el Real Decreto 127/84, se permita la obtención de título de médico especialista a determinados médicos que, aunque no pudieron acceder a la titulación oficial por razones históricas y de organización interna de la profesión en España, recibieron una formación especializada no oficial, pero que bajo la supervisión de los correspondientes jefes de las unidades docentes podría haber resultado equiparable, en determinados casos, a la establecida para cada especialidad.

Finalmente llegamos al 2003, donde el legislador configura un conjunto normativo integrado por tres cuerpos legales de suma importancia:

- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud²¹ (SNS) define los principios y el funcionamiento del SNS, garantizar la cohesión entre los diferentes territorios, establecer un sistema de información sanitaria para la calidad del servicio, y regula el

20 Real Decreto 1497/1999, de 24 de septiembre, por el que se regula un procedimiento excepcional de acceso al título de Médico Especialista. BOE núm. 230, de 25 de septiembre de 1999, páginas 34257 a 34260.

21 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. BOE núm. 128, de 29/05/2003.

acceso a las prestaciones sanitarias públicas, define los principios y el funcionamiento del SNS, garantizarla cohesión entre los diferentes territorios, establecer un sistema de información sanitaria para la calidad del servicio, y regula el acceso a las prestaciones sanitarias públicas.

- La Ley 55/2003 del Estatuto Marco que se establece como la legislación básica para el personal estatutario de los servicios públicos de salud²², tal como se señala en su Disposición Adicional Primera, cierto sector de la doctrina destacó la relevancia de este hito legislativo, pues por vez primera vez se ordenaron con rango de ley los derechos y deberes de los profesionales sanitario. Cabe destacar que se regula en el art. 2.3 la aplicación de esta normativa tanto al personal sanitario funcionario como al personal sanitario laboral ambas figuras bajo el paraguas del personal estatutario, que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las comunidades autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado.
- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, sobre ordenación de las profesiones sanitarias²³, (LOPS) fue la encargada de regular el ejercicio de las profesiones sanitarias tituladas. En esta normativa se establecen los aspectos fundamentales relacionados con el ejercicio de dichos oficios, tanto de forma autónoma como en dependencia de terceros, la estructura de la formación de los profesionales, su desarrollo profesional y su participación en la planificación y organización de estas profesiones. Además, crea registros de profesionales con el fin de garantizar los derechos de los ciudadanos en cuanto a las prestaciones sanitarias y facilitar una correcta planificación de los recursos humanos en el sistema de salud. El Consejo Nacional de Especialidades en Ciencias de la Salud (CNECS) es un órgano colegiado adscrito al Ministerio de Sanidad, se encuentra regulado en el art. 30 de la Ley 44/2003. Corresponde al CNECS la coordinación de la actuación de las Comisiones Nacionales de Especialidades, la promoción de la investigación y de las innovaciones técnicas y metodológicas en la especialización sanitaria, y la superior asistencia y asesoramiento técnico y científico al Ministerio de Sanidad en materia de formación sanitaria especializada. Por cada una de las Especialidades en Ciencias de la Salud se constituye una Comisión Nacional. La relación de especialidades y su clasificación se divide en cinco grupos²⁴ destacando el que nos atañe el grupo de las *especialidades médicas*.

22 Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. BOE núm. 301, de 17/12/2003.

23 Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. BOE núm. 280, de 22/11/2003.

24 Además de las médicas se establecen las *especialidades farmacéuticas*, *especialidades de*

El CNECS posee su propio reglamento interno²⁵. Los programas de formación de las Especialidades en Ciencias de la Salud, conocidos como POE — programa oficial de la especialidad²⁶— están disponibles en la web del Ministerio de Sanidad²⁷ y recogen todas las especialidades existentes en medicina que son 47²⁸ entre las que destaca la actualización en 2023 del programa de

psicología, especialidades de enfermería y por último, se encuentran las especialidades multidisciplinarias, para cuyo acceso se exige estar en posesión de alguno o varios de los títulos universitarios oficiales de Grado, o en su caso de Licenciado, que se detallan para cada uno de los siguientes ámbitos: Análisis Clínicos (Biología, Bioquímica, Farmacia, Medicina o Química); Bioquímica Clínica (Biología, Bioquímica, Farmacia, Medicina o Química); Inmunología (Biología, Bioquímica, Farmacia o Medicina); Microbiología y Parasitología (Biología, Bioquímica, Farmacia, Medicina o Química); Radiofarmacia (Biología, Bioquímica, Farmacia o Química); Radiofísica Hospitalaria (Física y otras disciplinas científicas y tecnológicas).

- 25 Reglamento interno de organización y funcionamiento del Consejo Nacional de especialidades en ciencias de la salud. Aprobado por el Pleno, el día 3 de julio de 2025. https://www.sanidad.gob.es/areas/profesionSanitarias/formacionEspecializada/consejoNacional/docs/rev_Reglamento_CNECS_2025.pdf
- 26 Especifican los objetivos cualitativos y cuantitativos, así como las competencias profesionales que ha de cumplir el aspirante al título a lo largo de cada uno de los cursos anuales en que se dividirá el programa formativo. Son elaborados por la Comisión Nacional de la Especialidad y una vez ratificados por el CNECS y previo informe de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud y del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades son aprobados por el Ministerio de Sanidad y publicados en el Boletín Oficial del Estado.
- 27 <https://www.sanidad.gob.es/areas/profesionSanitarias/formacionEspecializada/consejoNacional/home.htm>
- 28 Pese a la larga delimitación, no se trata de una lista cerrada ya que el Gobierno tiene la posibilidad de integrar nuevas especialidades, o incluso puede eliminar algunas de las preexistentes: Programa formativo de Alergología.  Programa formativo de Anatomía Patológica.  Programa formativo de Anestesiología y Reanimación.  Programa formativo de Angiología y Cirugía Vascular.  Programa formativo de Aparato Digestivo.  Programa formativo de Bioquímica Clínica.  Programa formativo de Cardiología.  Programa formativo de Cirugía Cardiovascular.  Programa formativo de Cirugía General y del Aparato Digestivo.  Programa formativo de Cirugía Oral y Maxilofacial.  Programa formativo de Cirugía Ortopédica y Traumatología.  Programa formativo de Cirugía Pediátrica.  Programa formativo de Cirugía Plástica, Estética y Reparadora.  Programa formativo de Cirugía Torácica.  Programa formativo de Dermatología Médico Quirúrgico y Venereología.  Programa formativo de Endocrinología y Nutrición.  Programa formativo de Geriatria.  Programa formativo de Hematología y Hemoterapia.  Programa formativo de Inmunología.  Programa formativo de Medicina Familiar y Comunitaria.  Programa formativo de Medicina Física y Rehabilitación.  Programa formativo de Medicina Intensiva.  Programa formativo de Medicina Interna. Programa formativo de Medicina Legal y Forense. Programa formativo de Medicina Nuclear. Programa formativo de Medicina del Trabajo. Programa formativo de Microbiología y Parasitología. Programa formativo de Nefrología. Programa formativo de Neumología. Programa formativo de Neurocirugía. Programa formativo de Neurofisiología Clínica. Programa formativo de Neurología. Programa formativo de Obstetricia y Ginecología. Programa formativo de Oftalmología. Programa formativo de Oncología Médica. Programa formativo de Oncología Radioterápica. Programa formativo de Otorrinolaringología. Programa formativo de Pediatría y sus Áreas Específicas. Programa forma-

formativos de psiquiatría infantil y de la adolescencia²⁹ y en 2025 del programa de formativos de medicina nuclear³⁰. Y fuera de esto el Real Decreto 610/2024, de 2 de julio para abordar la situación de los profesionales de la medicina de urgencias ya existentes ha creado vías extraordinarias para que puedan acceder al título si cumplen los requisitos, como la acreditación de experiencia profesional³¹.

Estas tres normas intentaron responder, de forma común, a las exigencias marcadas por la estructura de un sistema sanitario que, había de compatibilizar, los dictados normativos marcados la UE y estatal (como marco homogeneizador), con las vicisitudes propias de una gestión sanitaria, autonómicamente, descentralizada.

El culmen llega con el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud ya que la relación de trabajo de los residentes había carecido en España de una regulación específica hasta esa fecha. Por otro lado, supone normativa armonizadora ya que incorpora las previsiones normativas dimanantes de las exigencias comunitarias que reseñan, de un lado, la Directiva 93/16/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, dirigida al establecimiento en el territorio de la Unión Europea de libertades de acceso y libre circulación de profesionales médicos, así como de homologación recíproca de títulos oficiales, diplomas certificados, y de otro lado, la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, 4 de noviembre 2003 en materia de ordenación del tiempo de trabajo.

Por último, cabe destacar el Real Decreto 138/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud que desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada.

tivo de Psiquiatría  Programa formativo de Psiquiatría Infantil y de la Adolescencia. 
 Programa formativo de Radiodiagnóstico.  Programa formativo de Reumatología. 
 Programa formativo de Urología. 

- 29 Orden PCM/205/2023, de 2 de marzo, por la que se aprueban y publican los programas formativos de las especialidades de Psiquiatría y Psiquiatría Infantil y de la Adolescencia, los criterios de evaluación de los especialistas en formación y los requisitos de acreditación de las Unidades Docentes Multiprofesionales de salud mental. BOE núm. 54, de 4 de marzo de 2023, páginas 32231 a 32291.
- 30 Orden PJC/1001/2025, de 10 de septiembre, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Medicina Nuclear, los criterios de evaluación de los especialistas en formación y los requisitos de acreditación de las unidades docentes de Medicina Nuclear. BOE núm. 222, de 15 de septiembre de 2025, páginas 119444 a 119475.
- 31 Real Decreto 610/2024, de 2 de julio, por el que se establece el título de Médica/o Especialista en Medicina de Urgencias y Emergencias y se actualizan diversos aspectos en la formación del título de Médica/o Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria. BOE núm. 160, de 3 de julio de 2024, páginas 82078 a 82089.

2. Naturaleza jurídica

La formación de los especialistas sanitarios mediante el sistema de residencia, al igual que ocurre en otras relaciones laborales como la de letrados que prestan servicios en despachos de abogados³² está orientada a compatibilizar la protección propia del trabajador por cuenta ajena, que desarrolla su actividad bajo la organización y dirección del empleador, con una serie de intereses públicos de indudable relevancia. Son precisamente esas motivaciones públicas las que, en última instancia, condicionan y configuran la normativa aplicable a cada relación laboral especial, adaptándola a sus particularidades. Esto hace necesario, en muchos casos, articular un régimen de complementariedad entre las disposiciones laborales y las normas de carácter administrativo, las cuales, incorporan de manera esencial la dimensión formativa.

Pese a que ya el Real Decreto 127/1984 calificaba esta relación de trabajo de los médicos residentes como relación laboral, desde distintas instancias se presentaban dudas acerca de dicha calificación de origen reglamentario. La STS 23 de enero de 1985, señalaba varios argumentos que justifican la exclusión del ámbito administrativo señalando que, pese a que, tanto el personal estatutario, como el residente, puedan prestar servicios asistenciales análogos en el área de los servicios de salud, no es la clase de servicio que se presta la que determina la naturaleza del contrato, sino la existencia de una normativa de rango de ley que lo autorice y determina la adscripción al área de la contratación administrativa y el sometimiento a ella, con atribución del conocimiento de las controversias que se susciten a dicha jurisdicción, lo que en definitiva, significa que, en ocasiones solo el bloque normativo regulador del contrato por la libre decisión y la voluntad claramente expresada por quienes lo conciertan, de acuerdo con las leyes, es capaz de diferenciar una u otra modalidad contractual. Por otro lado, que, con carácter general, solo a los contratados por la Administración con la cualidad de obreros trabajadores les es aplicable la legislación laboral, y los demás tienen la condición de funcionarios, sea en propiedad, interinos o eventuales, a efectos de estar sometidos a la legislación administrativa

En el sentido anterior, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1991, ejemplifica perfectamente la necesidad de una delimitación nítida entre la distinta naturaleza del vínculo jurídico a través del cual se articula la prestación de servicios del personal médico estatutario, y la que por su parte vincula a los médicos internos residentes (regulados en aquel momento por la Ley 24/1982, 16 de junio, el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero y el Estatuto de los Trabajadores con carácter supletorio). En dicho pronunciamiento

32 Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos. BOE núm. 276, de 18/11/2006.

el Tribunal Supremo dice que *«la relación de los mencionados Médicos Internos Residentes está regulada (...), dada la naturaleza laboral de su relación»*.

La doble naturaleza de la actuación del MIR en su parte formativa y en la asistencial la hacen especialmente interesante desde un punto de vista jurídico. Doble relación: una triangular que une al MIR, al médico tutor y a la institución de quien dependan, por una parte, y la relación de los MIR con los usuarios de los servicios sanitarios, por otra.

Durante el análisis de los requisitos institucionales de la relación laboral especial de residencia se ha podido comprobar que el art. 4 DRCS recoge pautas diversas de la Ley 44/2003. Directrices que, no obstante, vienen estrictamente referidas a la vertiente formativa de la relación laboral especial cuyo análisis centra estas páginas, aparecen como derechos y deberes laborales del residente³³.

El RD 557/2011 reconoce esa especial naturaleza al diferenciar la situación del MIR frente a la de cualquier otro estudiante. Establecida esta distinción nos ubicamos en el art. 43 del RD 557/2011 en el que se establece que «Los extranjeros que ostenten un título español de licenciado o graduado en medicina, farmacia, enfermería u otros títulos universitarios que habiliten para participar en las convocatorias anuales de pruebas selectivas para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada, podrán realizar, si obtienen plaza, las actividades laborales derivadas de lo previsto en el RD 1146/2006 de 6 octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, sin que sea necesario que dispongan de la correspondiente autorización de trabajo», lo cual es acorde con la naturaleza dual antes mencionada ya que el MIR, desde el mismo momento en el que inicia su relación ya está prestando servicios como trabajador, debiendo primar a los efectos que ahora nos ocupa, y en atención a los servicios prestados, esta condición de trabajador frente a la de estudiantes.

Por último, en la relación laboral especial de residencia y docente de la cual se deriva el derecho y del deber a recibir una formación como médico residente lo que determina claramente su naturaleza.

3. Regulación jurídica de las peculiaridades del personal residente sanitario

3.1. Delimitación

El RD 2006 de conformidad con las previsiones del art. 20.3 de la Ley 44/2003, subraya el rasgo de la especialidad de la relación laboral del residente con el centro sanitario para que preste servicios, separándola así de las

33 MONREAL BRINGSVAERD, Erik J.: «La relación laboral del residente sanitario», *La LEY*; 2009.

previsiones generales que para el régimen común por cuenta ajena reseña del Estatuto de los Trabajadores.

De acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 139/2003, el sistema de residencia se configura como un sistema de aprendizaje que se desarrolla a través de la práctica profesional planificada. El propósito de este proceso es que el médico en formación, entendido como residente hasta la finalización de este, adquiera progresivamente los conocimientos y destrezas necesarios para el ejercicio de su especialidad. Asimismo, el citado RD 139/2003 subraya la importancia de que el residente asuma de forma gradual responsabilidades profesionales. Por ello, este aprendizaje debe realizarse de manera programada, siempre bajo la supervisión y tutela adecuadas, con el fin de que, una vez completada la formación, el profesional esté plenamente capacitado para ejercer su especialidad de forma autónoma.

En este sentido, puede afirmarse que el sistema de residencia constituye, en esencia, un modelo de desarrollo formativo. No obstante, conviene resaltar algunos de sus rasgos distintivos más relevantes. En primer lugar, la formación que proporciona es de carácter especializado y habilita para el ejercicio profesional, siempre que se obtenga la evaluación positiva requerida. En segundo lugar, a diferencia de otros procesos formativos oficiales y reglados, su finalidad no es únicamente la obtención de un título académico, sino la adquisición de la competencia y la consolidación profesional que legitiman al residente como especialista con plena responsabilidad médica³⁴.

A) Incidencia de los riesgos psicosociales de los médicos residentes

El periodo de formación MIR constituye una etapa de trabajo y aprendizaje en la que surgen nuevas relaciones, presiones y experiencias. Aunque estos elementos enriquecen y contribuyen a la capacitación del futuro médico, también pueden impactar en su esfera psicosocial, especialmente en unos profesionales a los que, a veces sin suficiente evidencia, se presupone jóvenes y con escasa experiencia laboral. Al mismo tiempo, esta fase ofrece una oportunidad idónea para dotar al médico de habilidades y recursos que no solo favorezcan una práctica clínica adecuada, sino que también le ayuden a gestionar los niveles de estrés inherentes al ejercicio de la profesión. En este contexto, a la prevalencia del malestar psicológico entre los médicos residentes se añaden a los datos ya aportados por numerosos estudios que han puesto de manifiesto los múltiples riesgos a los que se exponen quienes se dedican a la medicina³⁵.

34 LALAGUNA HOLZWARH, Enrique: *La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud*, Tirant Lo Blanch 2014

35 El MIR muestra mayor nivel de agotamiento, despersonalización (o distancia psicológica

B) Incidencia de la pandemia en los riesgos psicosociales de los médicos residentes

Los estudios han concluido que en la pandemia COVID-19 para el residente, el tutor ejerció un papel primordial como referente, así como un apoyo fundamental. Sin embargo, los altos cargos hospitalarios no favorecieron dicho contacto, y por ello fueron percibidos como un ente que no llega a gestionar los problemas a los que los trabajadores se ven expuestos³⁶.

En la referida investigación, no se encontraron diferencias en cuanto a la relación de sexo, ni a los turnos de guardia. Sorprendentemente los residentes de primer año presentaron mayor adaptación en comparación con los residentes veteranos, pudiéndose deber este hecho a que en muchos hospitales los residentes principiantes tuvieron que asumir menor responsabilidad y presentaron menor cansancio acumulado³⁷.

En contraposición, los turnos de guardia sí que afectaron específicamente en las relaciones sociales, tanto por la restricción de las actividades y por alteraciones del estado anímico, como por el aumento del estrés generado por la pandemia³⁸.

C) El sistema legal de adjudicación de las plazas en la Ley 44/2003

La formación de Especialistas en Ciencias de la Salud comprende tanto una formación teórica y práctica, como una participación personal y progresiva del especialista en formación en la actividad y en las responsabilidades propias de la especialidad de que se trate.

de los pacientes) y mayor percepción de ineficacia en su trabajo. También existe una menor disonancia emocional respecto a la media, por lo que expresan en menor grado emociones que no sienten. Por otra parte, aparece mayor vigor y dedicación al trabajo, pero también se siente más absorbido por él, y aparece una puntuación con tendencia a la baja en el compromiso y la dedicación. *Vid.* REINOSO ECHEZÁRRAGA, Idoia: «Estudio transversal del colectivo MIR: una aproximación psicosocial desde el trabajo», *Estudio transversal del colectivo MIR: una aproximación psicosocial desde el trabajo*, *Prevención Integral*, ORP, 2010, <https://www.prevencionintegral.com/ca/canal-orp/papers/orp-2010/estudio-transversal-colectivo-mir-aproximacion-psicosocial-desde-trabajo>

36 *Vid.* MUÑOZ-COBO OROSA, Beatriz, PÉREZ GARCÍA, Markel, RODRÍGUEZ LEDOTT, Mercedes, VARELA SERRANO, Claudia, SANZ VALERO, Javier: «Satisfacción laboral y calidad de vida de los médicos residentes españoles durante la pandemia por la COVID-19», *Medicina Seguridad y Trabajo*, núm. 264, 2021. *Vid.* MONREAL BRINGSVAERD, Erik J.: «La relación laboral del residente sanitario», *LA LEY*, 2009., *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, vol. 67, 2021.

37 *Ibidem.*

38 *Ibidem.*

Este sistema de formación de especialistas descansa, sobre dos ejes fundamentales. De un lado, sobre la solvencia de los centros que participan en el «sistema de residencia en centros acreditados», según la forma de acreditación necesaria que solicitan los centros y unidades docentes al amparo del art. 26 de la Ley 44/2003. Y, de otro lado, sobre la preparación y el acceso de carácter objetivo e igual de los aspirantes a la formación que debe contar con programas de formación adecuados al progreso en su labor formativa y asistencial.

Centrándonos en el acceso a la formación especializada, este camino se regula en el art. 22 de la Ley 44/2003, que prevé la realización de una convocatoria anual de carácter nacional para todos los médicos aspirantes que deseen participar. Y corresponde al Ministerio de Sanidad establecer las normas que regularán la convocatoria anual que consistirá en una prueba o conjunto de pruebas, que evaluará conocimientos teóricos, prácticos y, en su caso, habilidades clínicas, comunicativas y méritos académicos y profesionales de los aspirantes. No obstante, la oferta de plazas de la convocatoria anual se fijará atendiendo a las propuestas realizadas por las comunidades autónomas, a las necesidades de especialistas del sistema sanitario y a las disponibilidades presupuestarias.

3.2. Singularidades

El Real Decreto 1146/2006 delimita el ámbito subjetivo de la relación de trabajo de los médicos residentes al señalar en su art. 2.1 que el contrato de trabajo se celebrará por escrito entre el residente, en su condición de trabajador, y la entidad titular de la unidad docente acreditada para impartir la formación, en su condición de empleador o empresario. El régimen jurídico de esta relación laboral especial posee ciertas peculiaridades respecto a la relación laboral común y son las siguientes:

A) Inexistencia de periodo de prueba

En esta relación laboral de carácter especial de residencia no podrá establecerse período de prueba (art. 3.5 del RD 1146/2006).

La prohibición de establecer un período de prueba tiene como finalidad garantizar que la evaluación del rendimiento y de la capacidad profesional del residente quede reservada exclusivamente a los órganos competentes para ello, y que dicha valoración se realice conforme a los procedimientos reglamentariamente establecidos.

De este modo, se refuerza el derecho del residente que ha accedido a su plaza mediante un proceso selectivo en convocatoria pública, a completar el programa de formación especializada correspondiente, sin que pueda ser

privado de dicha plaza salvo que concurra alguna de las causas de extinción expresamente previstas por la normativa³⁹.

B) Régimen a tiempo completo

El art. 4.2 a) del RD 1146/2006 y dedicación exclusiva (art. 4.2 a) del RD 1146/2006 y 20.3 a) LOPS. Ha de realizar todo el programa de formación con dedicación a tiempo completo, sin compatibilizarlo con cualquier otra actividad en los términos establecidos.

En este contexto, las mencionadas limitaciones parecen encontrar justificación en la estricta valoración que el legislador reglamentario hace del proceso formativo del residente, concebido como un periodo caracterizado por un elevado nivel de exigencia, necesario tanto para la adquisición de competencias profesionales como para el desempeño de actividades asistenciales. Estas actividades, dentro del marco de los servicios públicos de salud, son las que finalmente permiten al residente obtener la condición de especialista. En consecuencia, la importancia que el legislador reglamentario concede al cumplimiento del objetivo formativo propio de la relación laboral especial de residencia, esto es, la formación de especialistas sanitarios del máximo nivel, se alinea, en gran medida, con la necesidad de satisfacer un interés público que justifica tanto la dedicación exclusiva del residente como la imposibilidad de desarrollar una formación al margen de los criterios establecidos en el programa formativo⁴⁰.

C) Ordenación del tiempo de trabajo y descanso

La Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 2006 impone la obligación de organizar la jornada laboral de estos trabajadores de manera que se les garanticen descansos ininterrumpidos en determinados supuestos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar, en términos análogos a los aplicables al resto del personal trabajador. No obstante, en la práctica, ya sea por las necesidades de cobertura asistencial de los servicios sanitarios o por una planificación irregular de los centros, los médicos residentes suelen acumular un mayor número de horas debido a la realización de guardias médicas, llegando en muchos casos a superar ampliamente el límite máximo de horas permitido, en torno a unas mil horas adicionales al año.

39 BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: «La nueva regulación del contrato de trabajo de los residentes en formación, Análisis del Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre». *Revista Derecho y Salud*, vol. 15, 2007.

40 LALAGUNA HOLZSWARTH, Enrique: *La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud op, cit,*

Como el RD 1146/2006, no se regula el descanso semanal ni tampoco las fiestas laborales de este colectivo, debe aplicarse supletoriamente el ET que, como sabemos, garantiza un descanso semanal ininterrumpido de día y medio, acumulable por períodos de hasta 14 días y también 14 festivos anuales.

En relación con la reducción del descanso diario o semanal de los MIR existe la necesidad de que la Administración acredite la existencia de las causas que justifican la excepción contenida en el art. 5.1.b) del RD 1146/2006⁴¹. Afortunadamente, y con buen juicio, el Real Decreto 183/2008 introdujo el concepto de «emergencia asistencial» en el tenor del Real Decreto 1146/2006 que conlleva mayores garantías a quienes se encuentran sujetos a través de un contrato de residencia. Con carácter general podemos afirmar que no es posible aplicar la excepción normativa en los supuestos en los que no se ha probado la concurrencia de emergencia asistencial, como la que vivimos con la pandemia COVID 19.

En relación con el tiempo de trabajo, a nivel nacional, el Real Decreto 1146/2006 señala como fuentes normativas de la jornada de los residentes, los convenios colectivos que puedan regular al respecto, y de manera supletoria, normas, pactos o acuerdos aplicables al personal estatutario, que extiendan su ámbito de aplicación subjetivo. En este sentido, para lo no previsto se acudirá a la Ley 55/2003, y en su defecto a las previsiones del ET, en materia de fuentes de la relación laboral. Esta última remisión al ET sólo cobrará virtualidad en los aspectos a los que directamente remite el RD 1146/2006, este cuerpo legal recoge en su DT 1.^a lo siguiente:

«La limitación del tiempo de trabajo establecida en el artículo 48.2⁴² de esta ley se aplicará al personal sanitario en formación como especialistas mediante residencia ... a partir del 1 de agosto de 2008 será aplicable a este personal la limitación general de 48 horas semanales».

A nivel europeo, es imprescindible mencionar la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁴³, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que en su art. 2, establece que el tiempo de trabajo se entiende como el período en el que el trabajador se encuentra en el lugar de trabajo, a disposición del empleador y desempeñando su actividad o funciones, conforme a las leyes y prácticas nacionales. Por tanto, el tiempo de descanso se define como todo aquel período que no se considera tiempo de trabajo. Así, ambos conceptos, tiempo de trabajo y tiempo de descanso,

41 PÉREZ GÓMEZ, José María «La reducción del descanso diario o semanal de los MIR: una infracción indemnizable» *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, 2008.

42 En su art. 48.2 fija la limitación de jornada para el personal estatutario: «48 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo semestral» salvo otro pacto u acuerdo.

43 Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, DOUE 18 noviembre 2003, L 299/9.

son mutuamente excluyentes y absolutos: excluyentes porque no pueden coincidir, ya que solo puede ser una de las dos opciones; y absolutos porque la vida laboral de una persona solo puede clasificarse en una de estas dos categorías, sin que exista un concepto intermedio entre trabajo y descanso en el marco normativo europeo sobre la jornada laboral.

La relación entre la organización de la jornada laboral y la protección de la salud y seguridad de los trabajadores se expresa de manera clara en la Directiva 2003/88, pues tiene como objetivo principal salvaguardar la salud y seguridad de los trabajadores. Esto implica en el supuesto que nos ocupa, que los médicos MIR tengan un tiempo de descanso adecuado para recuperarse del cansancio acumulado por su trabajo. De esta forma, se ayuda a prevenir el riesgo de lesiones, tanto para ellos mismos como para sus compañeros sanitarios o cualquier paciente, que podrían ocurrir por descuidos derivados de la fatiga. Además, se busca evitar que el trabajo afecte negativamente su salud, ya sea a corto o largo plazo. Esta directiva asegura a los trabajadores un tiempo para el ocio y el esparcimiento, promoviendo así un equilibrio entre su vida laboral y personal.

La evidencia disponible muestra de manera inequívoca los efectos negativos que tienen las condiciones laborales inadecuadas, la sobrecarga de trabajo y la falta de descanso sobre la salud física y mental del personal sanitario. En este contexto, se observan notables discrepancias entre la normativa española y la europea. Por ello, los datos presentados en el Informe *Recomendaciones para la mejora de las Condiciones de los Médicos Residentes (MIR) en España*⁴⁴ 2023, resultan especialmente alarmantes:

- Los médicos residentes en España superan, en promedio, el límite máximo de 48 horas semanales establecido por la normativa laboral europea.
- Un porcentaje significativo de residentes no cumple con el descanso diario obligatorio y continúa trabajando más allá de las 24 horas consecutivas, contraviniendo lo estipulado por la ley⁴⁵.
- Un número aún mayor de residentes no disfruta del descanso semanal obligatorio.
- Se constatan importantes diferencias entre comunidades autónomas, siendo Cantabria, Extremadura, Castilla y León y Asturias las

44 ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL DE ESPAÑA, *Recomendaciones para la mejora de las condiciones de los Médicos Internos Residentes (MIR) en España Resultados del Estudio sobre jornadas laborales y descansos de los MIR en España*, 2022. <https://coma.es/wp-content/uploads/2023/01/Estudio-MIR.-CGCOM-1.pdf>

45 ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL DE ESPAÑA, *Recomendaciones para la mejora de las condiciones de los Médicos Internos Residentes (MIR) en España Resultados del Estudio sobre jornadas laborales y descansos de los MIR en España*, 2022. <https://coma.es/wp-content/uploads/2023/01/Estudio-MIR.-CGCOM-1.pdf>

que presentan mayores incumplimientos de los derechos laborales de los residentes. Asimismo, entre las distintas especialidades, las quirúrgicas destacan como las que más vulneran dicho derecho al descanso y a la integridad física.

D) Sistema retributivo

El art. 7 del Real Decreto 2006 desarrolla los aspectos fundamentales relativos a las retribuciones de los residentes. En este sentido, establece un salario base que equipara, desde el punto de vista económico y en función de las titulaciones exigidas, a los licenciados y diplomados en formación con el personal estatutario de los grupos A y B, respectivamente.

Las disposiciones retributivas del Real Decreto 1146/2006 no se limitan al salario base, sino que también abarcan diversos complementos salariales. Si bien el aumento retributivo introducido por dicha norma fue significativo, su implementación se dispuso de manera gradual y progresiva a lo largo de un periodo de tres años.

En relación con el complemento de trienios cabe destacar un relevante pronunciamiento judicial; el período MIR realizado en un centro hospitalario privado y acreditado computa a efectos de trienios del personal estatutario fijo STS 28 enero 2020⁴⁶. Este fallo favorable, confirma el derecho al reconocimiento de los servicios prestados durante el período de formación MIR a los efectos de antigüedad y trienios en una entidad asistencial privada, concretamente, Clínica Universitaria de Navarra, con la suscripción de un convenio o concierto con la Administración Pública para desarrollar aquel período formativo-asistencial.

Respecto a las pagas extras y su supresión a los MIR por parte del Servicio Madrileño de Salud, el TS, en STS 6 octubre 2021⁴⁷, considera que la composición y configuración de las pagas extraordinarias forman parte de la legislación laboral, competencia exclusiva del Estado sin que en las Leyes Presupuestarias de la Comunidad de Madrid se encuentre fundamento que permita autorizar un cambio normativo en la regulación material del régimen retributivo.

E) Sistema de evaluaciones

En relación con este particular, el residente tiene una serie de derechos específicos tales como:

1. Conocer los programas de formación de la especialidad a cuyo título aspira, así como, en su caso, las adaptaciones individuales, la desig-

46 STS 28 enero 2020 rec. 1562/2017 (ECLI: ES:TS: 2020:214).

47 STS 6 octubre 2021, rec. 3470/2020 (ECLI: ES:TS: 2021:3841).

nación de un tutor que le asistirá durante el desarrollo de las actividades previstas en el programa de formación.

2. Recibir, a través de una práctica profesional programada, tutelada y evaluada, una formación teórico-práctico que le permita alcanzar progresivamente los conocimientos y la responsabilidad profesional necesaria para el ejercicio autónomo de la especialidad, mediante su integración en la actividad asistencial, ordinaria y de urgencias del centro.
3. Ejercer su profesión y desarrollar las actividades propias de la especialidad con un nivel progresivo de responsabilidad a medida que se avance en el programa formativo.
4. Participar en actividades docentes, investigadoras, asistenciales y de gestión clínica en las que intervenga la unidad acreditada.
5. Registro de sus actividades en el libro del residente.

Asimismo, tiene la carga de una serie de deberes que son los siguientes:

6. Formarse siguiendo las instrucciones de su tutor y del personal sanitario y de los órganos unipersonales y colegiados de dirección y docentes que, coordinadamente, se encargan del buen funcionamiento del centro y del desarrollo del programa de formación de la especialidad correspondiente.
7. Conocer y cumplir los reglamentos y normas de funcionamiento aplicables en las instituciones que integran la unidad docente, especialmente en lo que se refiere a los derechos del paciente.
8. Utilizar racionalmente los recursos en beneficio del paciente y evitar su uso ilegítimo para su propio provecho o de terceras personas.

La finalidad fundamentalmente formativa de esta relación laboral de carácter especial, puesta de manifiesto por el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de julio de 2006⁴⁸, explica que el contrato pueda extinguirse cuando exista una evaluación anual o final negativa.

F) Duración temporal del contrato, con sus renovaciones y prorrogas necesarias

Estamos ante un contrato de naturaleza temporal sujeto a la condición resolutoria de superar positivamente las evaluaciones anuales. En este sentido, la D. A. 1.ª de la Ley 44/2003 confirma que los residentes han de ser considerados personal laboral temporal del servicio del centro de salud donde reciban la formación y deben desarrollar el ejercicio profesional, así como las actividades asistenciales y formativas derivadas de los programas de formación.

48 STS, Sala Social. 7 jul. 2006, rec. 117/2005 Ponente: Fuentes López, Víctor Eladio

La duración del contrato la regula el art. 3 del Real Decreto 1146/2006, que establece que ésta será de un año, renovable por períodos iguales durante el tiempo que dure su programa de formación, siempre que, al final de cada año, el residente haya sido evaluado positivamente por el Comité de evaluación de la especialidad correspondiente.

G) Régimen disciplinario

Uno de los rasgos distintivos del tratamiento normativo que introduce el Real Decreto 1146/2006 en esta materia es la equiparación del régimen disciplinario del personal residente con el del personal estatutario, en lo relativo a la tipificación de las faltas, tanto para quienes realizan su formación en centros públicos como en centros privados.

La comisión de infracciones puede dar lugar a la imposición de sanciones, siempre que el ejercicio del poder disciplinario no se utilice de manera desproporcionada ni con fines meramente ejemplarizantes. Sin embargo, la regulación de las conductas o supuestos sancionables no refleja adecuadamente el carácter formativo del contrato de residencia ni el principio de progresiva asunción de responsabilidades por parte del residente, aspectos cuya consideración habría sido deseable para garantizar una valoración más equilibrada de los factores que intervienen en esta particular relación de prestación de servicios⁴⁹.

H) Discapacidad del MIR residente

El Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud 55/2003 garantiza la igualdad de trato en el acceso, desarrollo y promoción profesional. E incluye el derecho a la adaptación del puesto de trabajo en caso de discapacidad.

En relación con el acceso al Mir las convocatorias reservan un 7 % de las plazas para personas con discapacidad igual.

Durante la residencia tienen derecho a adaptaciones del puesto de trabajo y de las rotaciones formativas, siempre que no afecten a la adquisición de competencias esenciales.

Los servicios de prevención de riesgos laborales y las unidades docentes deben evaluar las necesidades específicas y proponer medidas de ajustes razonables (por ejemplo: redistribución de guardias, apoyo ergonómico, adecuación de horarios, etc.).

49 LALAGUNA HOLZWARTH, Enrique; *La Relación Laboral Especial de Residencia Para la Formación de Especialistas en Ciencias de la Salud op.cit.*

Cualquier decisión que afecte a la persona residente (por ejemplo, un cambio de servicio o reducción de funciones) debe estar justificada y documentada, y no puede suponer discriminación.

Por su parte el acomodo razonable para las personas con discapacidad en el marco del empleo público en España se regula principalmente por la Orden PJC/804/2025 de 23 julio⁵⁰, que establece criterios generales para la adaptación de medios y tiempos en procesos selectivos

Lo que no está contemplada es la enfermedad del MIR cuando puede ser incapacitante de una manera temporal, en este sentido el RD debería adaptarse a la Ley 15/2022.

I) Responsabilidad del médico residente

La relación entre los profesionales sanitarios y los pacientes se fundamenta en una serie de principios que abarcan distintos aspectos. Entre ellos, destaca la obligación de los profesionales de proporcionar una atención sanitaria técnicamente competente y profesionalmente adecuada a las necesidades de salud de las personas atendidas, conforme al nivel de desarrollo de los conocimientos científicos vigentes y a los estándares de calidad y seguridad establecidos por la ley y por las demás normas legales y deontológicas aplicables.

En esta misma línea, y en consonancia con los derechos reconocidos constitucionalmente, se establece la obligación de respetar la personalidad art. 10 CE, la dignidad y la intimidad de las personas atendidas (art. 18.1), así como de garantizar su participación en las decisiones que afecten a su salud y del alcance de las decisiones del paciente, por ejemplo, respecto de las posibles secuelas de una intervención quirúrgica (art. 18.4 CE)⁵¹.

Los médicos internos residentes llevan a cabo tareas asistenciales en un hospital y ahí es cuando se pone de relieve la importancia del estudio de las relaciones jurídicas, de sus funciones, de sus competencias, que determinarán el grado de responsabilidad de cada una de las partes intervinientes. De acuerdo con ello, pueden darse distintas situaciones capaces de generar responsabilidad. En cada caso se tendrán que determinar los sujetos responsables.

50 Orden PJC/804/2025, de 23 de julio, por la que se establecen criterios generales para la adaptación de medios y tiempos y la realización de otros ajustes razonables en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad. B OE» núm. 178, de 25 de julio de 2025, páginas 100228 a 100237.

51 En todo caso, los profesionales deben proporcionar una información clara, suficiente y adecuada que permita a los pacientes ejercer su derecho al consentimiento informado. Asimismo, se reconocen a los pacientes determinados derechos en su relación con los profesionales sanitarios, entre ellos, el derecho a la libre elección del médico que les prestará atención.

La doctrina civilista ha sostenido, en términos generales, la tendencia a trasladar la responsabilidad civil del residente al especialista, excepto cuando puede demostrarse una clara negligencia individual del residente⁵². El examen detallado de las distintas situaciones revela un conjunto de escenarios de responsabilidad muy heterogéneos: puede existir culpa exclusiva del residente, culpa compartida con los especialistas responsables de su tutela o apoyo, culpa concurrente con deficiencias organizativas o institucionales, o incluso responsabilidad exclusiva de la institución⁵³.

J) Reconocimiento médico obligatorio antes de finalizar el contrato de trabajo. art. 2. 4 del RD 1146/2006

Constituye una causa válida de extinción del contrato del médico residente, la no superación del reconocimiento médico previsto en las bases de convocatoria, cuando el contrato se firme con anterioridad a conocer los resultados definitivos del reconocimiento médico a que se refiere la Base XIII, punto 2 de la convocatoria antes mencionada. SSTSJ Castilla la Mancha 29 oct. 2015⁵⁴ y 19 enero 2016⁵⁵.

4. Derechos fundamentales que han resultado cuestionados

El principio de igualdad de trato, de oportunidades y de no discriminación en el empleo es reconocido por normas de todos los rangos, pero el motor proviene del ámbito internacional.

El Derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea ha experimentado una evolución muy potente. Lo que comenzó con la igualdad salarial entre hom-

52 PANIZA FULLANA, Antonia: «El régimen de responsabilidad aplicable al médico interno residente: «lex artis», extralimitación y falta de diligencia exigible» *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 40, 2016.

53 BAZ RODRÍGUEZ Jesús: «La nueva regulación del contrato de trabajo de los residentes en formación. análisis del real decreto 1146/2006, de 6 de octubre», *DS: Derecho y salud*, núm. 34, 2006 pág. 51.

54 STSJ Castilla-La Mancha 29 oct. 2015, rec. 820/2015 (ECLI: ES: TSJCLM: 2015:2754). Sorprende que esta sentencia revoque una de la instancia sobre incompetencia de la jurisdicción laboral, tras más de diez años de entrada en vigor de la normativa esa naturaleza social fue cuestionada. en este sentido se recogió que procedía *declarar la competencia de esta jurisdicción social para resolver sobre la pretensión ejercitada en la demanda que inicia este proceso determinar si el cese de la demandante en la relación laboral suscrita con la Gerencia del Hospital Universitario de Albacete en fecha 21 de mayo de 2013, sujeto a las previsiones del RD 1146/2006 de 6 de octubre, que regula la relación laboral especial para la formación de especialista en Ciencias de la Salud, constituye o no despido nulo.*

55 STSJ Castilla-La Mancha, 19 Ene. 2016, Rec. 439/2015 (ECLI: ES: TSJCLM:2016:78).

bres y mujeres, y con el principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo se ha ido ampliando progresivamente a otros ámbitos más allá del laboral y a nuevos grupos afectados por distintas formas de discriminación.

4.1. Incluir a los MIR en los servicios mínimos no vulnera su derecho a la huelga

La STS 17 diciembre 2021, Sala 3.⁵⁶, desestima el recurso de interés casacional interpuesto por el Sindicato Médico de Navarra⁵⁷ contra la sentencia del TSJ Navarra que revocó la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 3 de Pamplona y declaró que la resolución del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se garantiza el funcionamiento de los servicios mínimos esenciales y se determina el personal preciso para la atención de los mismos en este organismo autónomo, con motivo de una huelga convocada para el día 3 May. 2019 no vulnera el derecho fundamental a la huelga de los MIR.

El Alto Tribunal afirma que en relación con los derechos fundamentales de los residentes sanitarios y derecho de huelga regulado en el art 28.2 CE en relación con los servicios mínimos se entiende que la actividad asistencial de los residentes es crucial para mantener estos servicios que marcan el umbral exigido en periodo de huelga. La consideración como trabajadores en formación integrados en la actividad asistencial de un hospital, en virtud de una relación laboral especial de residencia supone su inclusión en dichos servicios mínimos que deban establecerse en las huelgas de personal sanitario que se convoquen en el centro hospitalario al que estén vinculados contractualmente. No pueden quedar exentos por su condición puesto que forman parte del personal asistencial dado que la sanidad es un servicio esencial para la comunidad, es potestad de la autoridad laboral competente garantizar el funcionamiento de los servicios mínimos durante una huelga.

4.2. Infracción del derecho a la integridad física de los residentes

La STS 30 marzo 2022, Sala 4.⁵⁸ ha sido calificada por parte de la doctrina como de *una incuestionable relevancia* ya que el RD 1146/2006 no regula el

56 STS 17 diciembre 2021, rec. 2208/2020 (ECLI: ES:TS: 2021:4817).

57 El Sindicato pretendía que no se incluyera a los MIR en los servicios mínimos al ser ya que estos son personales en formación y su huelga no tiene más consecuencias que las propias de la docencia y la formación.

58 STS 30 marzo 2022, rec. 63/2020 (ECLI: ES:TS: 2022:1543).

descanso semanal ni tampoco las fiestas laborales de los médicos especialistas en Ciencias de la Salud⁵⁹.

Este importante pronunciamiento declara que no es razonable que, tras una guardia de 24 horas en sábado o víspera de festivo, los MIR solo tengan un descanso entre jornadas de 12 horas. Por lo que se condena a que se les conceda un descanso semanal ininterrumpido de 36 horas, o de 72 horas en un período de 14 días. La Sala de lo Social considera que no es posible aplicar la excepción normativa en estos supuestos porque la Comunidad Autónoma de Madrid (CAM) no ha probado la concurrencia de ninguna emergencia sanitaria y que tampoco se puede justificar en que haya de realizarse un programa formativo, porque en ningún caso este plan puede reducir el derecho al descanso. el centro sanitario no le permitía la libranza correspondiente al día siguiente de la prestación de la guardia.

Se condena al SERMAS a implementar este descanso a los médicos residentes que, hasta ahora, venían parando solo 12 horas entre jornadas cuando la guardia era previa a un sábado o festivo. Entiende que ningún plan formativo puede mermar el derecho al descanso de los trabajadores. Razonan los magistrados al estimar el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Médicos y Titulados Superiores que, a falta de regulación del descanso semanal y festivos del colectivo de residentes en el RD 1146/2006, debe aplicarse supletoriamente la regulación que sobre esta materia aborda el art. 37 ET porque garantiza, además del descanso semanal ininterrumpido de día y medio (acumulable por períodos de hasta 14 días), el disfrute de 14 días festivos anuales, retribuidos y no recuperables.

Cuando la guardia es en víspera de festivo o en sábado, el descanso es solo de 24 horas, por lo que, para el Supremo, esta actuación de la CAM vulnera directamente lo dispuesto en el art. 37.1 y 2 ET, en relación con lo establecido en los arts. 3, 5, 16 y 17.2 de la Directiva 2003/88/CE.

4.3. Discriminación por razón de nacionalidad de los extranjeros MIR residentes sanitarios

La STS 28 mayo 2019 Sala Tercera⁶⁰, y las SSTS 12 junio 2018⁶¹ y 24 marzo 2017⁶², Sala Cuarta, consideran que la relación laboral de carácter especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud regulada en el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, permite que un extranjero sin

59 PALOMINO SAURA, Isabel: El descanso entre jornada de los MIR tras una guardia de 24 horas en sábado o víspera de festivo. (Comentario de la sentencia del TS de 30 de marzo de 2022, rec. 63/2020), Diario la Ley núm. 10069, 2022.

60 STS 28 mayo 2019 Sala Tercera rec. 13/2016 (ECLI: ES:TS: 2019:1671).

61 STS 12 jun. 2018, rec. 3458/2016 (ECLI: ES:TS: 2018:2466).

62 STS 24 marzo 2017, Sala Cuarta, de lo Social Pleno, rec. 85/2016 (ECLI: ES:TS: 2017:1441).

autorización de trabajo específica pueda realizar la residencia ya que se trata de un trabajador extranjero que ha cotizado por tal contingencia en virtud de relación laboral de carácter especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud y que no precisa de autorización de trabajo, y que tras finalizar su autorización de estancia por estudios le es concedida autorización de residencia por cinco años. Por ello se ha determinado que los MIR extracomunitarios tienen derecho a que se efectúen sus cotizaciones por desempleo (y por tanto a los derechos que derivan de ello) cuando están en la relación laboral MIR, a pesar de la postura contraria del SEPE⁶³.

Anteriormente ya existían pronunciamientos de TSJ en igual sentido:

- STSJ de Galicia, de 13 noviembre de 2015, había otorgado la prestación que denegó el SEPE debido a que se cotiza por desempleo desde el primer día, se hace el trabajo de médico, con las correspondientes guardias, y se pagan, por lo que no se trata de un contrato «en prácticas o formativo», que tienen unos límites, tanto de jornada como salariales, sino de un contrato de trabajo normal. Concluye que tiene permiso de residencia y trabajo y por lo tanto tiene derecho al acceso a las prestaciones en las mismas condiciones que los españoles (art. 14 LOEX⁶⁴). La figura del médico residente tiene una doble naturaleza legal o jurídica tal como se contempla en la vigente LOPS que se concreta en laboral, configurándose como una relación laboral especial de residencia y docente de la cual se deriva el derecho y el deber a recibir una formación. Fruto de esta doble naturaleza es la existencia de regulaciones distintas para cada uno de los ámbitos. Por un lado, para lo laboral, se publica el RD 1146/2006, de 6 de octubre regulador de la Relación Laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, cuyo objeto, como señala en su artículo 1 es regular esa relación laboral especial de conformidad con lo previsto en el art. 20.3.f) y en la disposición adicional primera de la LOPS. Por otro lado, para lo formativo, se publica el RD 183/2008, de 8 de febrero por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada. Pues bien, el RD

63 *La denegación del derecho se fundamenta en dos motivos, a saber, que no está comprendido en el ámbito de las personas protegidas del artículo 205.1 de la LGSS, porque no procede la cotización por desempleo y que la autorización que le fue conferida únicamente es para permanecer en España durante el tiempo de duración de la formación. forzoso es concluir que el actor se encuentra en situación legal de desempleo ya que tiene permiso de residencia con validez hasta el 11 de enero de 2020 y la prestación de desempleo que reclama es por duración inferior a dicho periodo, por lo que durante el tiempo por el que tiene concedida autorización de residencia puede permanecer en España y buscar empleo, solicitando, en su caso, la pertinente autorización de trabajo, si fuera necesaria.*

64 *«Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles».*

557/2011 también reconoce esa especial naturaleza al diferenciar la situación del MIR frente a la de cualquier otro estudiante.

- STSJ Castilla León de 18 junio de 2015, las cual a su vez remiten a la sentencia del STSJ de Castilla León 23 de julio 2014, que señala reconoce el derecho a la prestación contributiva de desempleo a los MIR extranjeros no comunitarios argumentando la inexistencia de la obligación de cotizar por desempleo que se establece en el precepto reglamentario acabado de transcribir se ciñe a las contrataciones de extranjeros que sean titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de duración determinada, situación esa que no es la de los extranjeros que realicen las actividades laborales contempladas en el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, regulador de la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud.

4.4. Discriminación indirecta por razón de sexo en las guardias médicas

La STS 24 enero 2017, Sala 4.⁶⁵, declara que la disminución retributiva sufrida por una médico residente durante el período de adaptación del puesto por embarazo, derivada de la no realización de guardias⁶⁶, constituye una discriminación por razón de sexo.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra STSJ Madrid 23 febrero 2015⁶⁷ que revoca⁶⁸ para declarar la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora, la nulidad radical de la conducta de la empleadora y ordena el restablecimiento de su derecho. Se declara que existe lesión del derecho a la igualdad y a la no disminución retributiva sufrida por una médica residente con categoría MIR-1 del Servicio de Medicina Intensiva durante el período de adaptación del puesto por embarazo, derivada de la no realización de guardias médicas además procede la indemnización por daños materiales y daños morales.

65 STS 24 enero 2017, rec. 1902/2015 (ECLI: ES:TS: 2017:633).

66 Se recoge que como médico interno residente (MIR) la actora está obligada a realizar, por encima de las horas de jornada ordinaria, las horas de jornada complementaria (guardias).

67 STSJ Madrid 23 febrero 2015, rec. 807/2014 (ECLI: ES: TSJM: 2015:2319).

68 Insiste erróneamente el razonamiento en que no hay discriminación por razón de sexo ya que se le había prorrogado el contrato y con anterioridad a la adaptación había realizado un número de guardias similar y percibió una similar compensación retributiva que el resto de sus compañeros MIR.

Esta misma doctrina respecto a MIR es seguida en STSJ País Vasco 12 septiembre 2023⁶⁹ SSTSJ Galicia 15 mayo 2020⁷⁰ y 28 diciembre 2018⁷¹.

4.5. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos de evaluaciones negativas del MIR y discriminación por enfermedad del médico

Cuando se habla de lesión del principio de tutela judicial efectiva por parte de la Administración sanitaria, se hace referencia a situaciones en las que una actuación administrativa impide, dificulta o vacía de contenido ese derecho. En este caso existe dificultad para las recurrir evaluaciones negativas del periodo formativo y que prospere acción por la poca transparencia en los procedimientos disciplinarios y por la falta de publicidad de los criterios de evaluación a los que se va a someter al MIR.

En consecuencia, los pleitos no resultan favorables al médico, lo que a nuestro juicio supone que la Administración sanitaria no arbitra los mecanismos para que se consiga una evaluación justa de algunos MIR que presentan vicisitudes por procesos patológicos (quizás relacionados con los riesgos psicosociales a los que son sometidos, partiendo de cierta predisposición o premorbididad) en su residencia. La Administración actúa de forma excesivamente difícil lo que provoca que el médico MIR que acuda a los tribunales no logre una sentencia estimatoria.

En consonancia con el expuesto, cabe aludir los siguientes casos a título de ejemplo:

- STSJ Castilla y León 23 febrero 2024⁷², considera por parte del neurólogo, residente de tercer año que existe una total insuficiencia de conocimientos y aptitudes, en el informe de auditoría, tutoría, y coordinadores de la médico residente valida la actuación extintiva de la gerencia regional de Burgos.

Lo que sorprende es que se alega discriminación por enfermedad por el MIR al estar el recurrente en proceso por IT debido a un trastorno depresivo mayor y pese a que los hechos transcurren tras la Ley 15/2022⁷³, la Sala no declara acreditados los indicios.

69 STSJ País Vasco 12 septiembre 2023, rec. 1219/2023, (ECLI: ES: TSJPV:2023:1995).

70 STSJ Galicia 15 mayo 2020, rec. 318/2020 (ECLI: ES: TSJGAL: 2020:3299).

71 STSJ Galicia 28 diciembre 2018 rec. 2985/2018 (ECLI: ES: TSJGAL: 2018:5843).

72 STSJ Castilla y León 23 febrero 2024, Rec. 926/2023 (ECLI: ES: TSJCL:2024:764).

73 Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. BOE núm. 167, de 13/07/2022.

Sabemos que la *enfermedad* pasa a constituir una causa específica de discriminación expresamente prohibida en la Ley 15/2022, aunque no figure de forma literal en el artículo 14 de la Constitución Española. Y un proceso de baja médica suele ser tenido en cuenta como indicio, como recogen SSTSJ Murcia 13 marzo 2025⁷⁴ y 1 abril 2024⁷⁵. Supuesto que se descarta en el caso que nos ocupa sin motivación alguna. A mayor abundamiento, cabe preguntarse si ante la situación del MIR la Administración sanitaria no intentó el acomodo razonable⁷⁶, pues en el sector público está sujeto a un mayor rigor en el cumplimiento de sus obligaciones que el sector privado.

- STSJ Islas Baleares 23 junio 2021⁷⁷ que declara la extinción procedente de la médico residente, tras una segunda evaluación negativa llevada a cabo por la comisión de docencia del centro hospitalario. Ya la primera evaluación fue negativa y se declaró a la recurrente no apta con posibilidad de recuperación, sin que haya superado positivamente la siguiente fase tras un período de recuperación y sin que se aprecien irregularidades en dicho período, ni en la composición y votación llevada a cabo por la comisión de docencia.
- STSJ Valencia 19 junio 2018⁷⁸ valida la no renovación del contrato de la MIR residente de tercer año consta que estaba en IT por patología mental, dada su falta de acatamiento de las recomendaciones, su mal trato al personal y su ausencia injustificada del servicio en diversas ocasiones⁷⁹.

Quizás estas evaluaciones, en caso de disconformidad del residente, podrían contrastarse través de las auditorías externas por parte del Ministerio de Sanidad y de las encuestas de satisfacción por parte de las Comunidades Autónomas para lograr unas mayores garantías. Esto ya lo apuntaba el art. 29 del Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero y promoción de sistemas de evaluación externo de la formación sanitaria especialidad, pero no se está aplicando.

74 STSJ Murcia 13 marzo 2025, rec. 266/2025, (ECLI: ES: TSJMU:2025:939).

75 STSJ Murcia 1 abril 2024 rec. 645/2023 (ECLI:ES: TSJMU: 2024:732)

76 El art.4.1 Ley 15/2022 supone que la no realización de los ajustes implica una quiebra y violación del derecho a la igualdad de trato dado que la denegación de los ajustes es considerada en sí misma una discriminación.

77 STSJ Illes Balears, Sala Social. 23 jun. 2021, rec. 157/2020 (ECLI: ES: TSJBAL: 2021:538).

78 STSJ Valencia Sala Social. 19 junio 2018 **rec.** 1370/2018 (ECLI: ES: TSJCV: 2018:3249).

79 Se declara probado «que la demandante se incorporó al citado hospital, su actitud ha sido irrespetuosa y maleducada con el resto de los compañeros y adjuntos, manteniendo un comportamiento asocial con poca capacidad de interrelación e interacción con el resto del equipo, en el que no se integra. Además, desaparece del servicio sin avisar, no acepta críticas constructivas y recomendaciones, lo que dificulta la labor docente. Va siempre sola y presenta unas habilidades y conocimientos muy limitados, existiendo quejas sobre su comportamiento, actitud irrespetuosa, puntualidad, y compromiso del trabajo».

Esta situación de vulneraciones, art. 14 y 24 CE, también guarda relación con el derecho a la educación en su vertiente de la formación (art. 27 CE) derecho fundamental que en la relación MIR adquiere rango de derecho esencial, ya que la formación es parte de la relación laboral especial y su vulneración puede implicar una evaluación negligente o arbitraria.

5. Apuntes finales

UNO.- Dado que han pasado casi veinte años de ese momento, quizás el legislador deba cuestionarse la posibilidad de realizar mejoras dados los vacíos existentes y los abusos detectados sobre derecho al descanso y exceso de horas.

Resulta imprescindible modificar la legislación vigente, el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre para garantizar su adecuación a la normativa laboral tanto nacional como europea y con el fin de mejorar los resultados de aprendizaje y el bienestar psicosocial de los residentes. Al mismo tiempo, es necesario establecer mecanismos eficaces de supervisión que aseguren el cumplimiento de las condiciones laborales de los médicos residentes en España. Dicha reforma debería centrarse en la normativa estatal que regula la relación laboral de carácter especial, regulando los aspectos relativos a la jornada y los descansos del personal residente pues ello guarda una relación directa con el art. 15 CE.

DOS.- Dado que los MIR han pasado una gran criba antes de llegar a la residencia que les concede la especialidad médica, se debería optar por un sistema de revisiones anuales más imparcial en caso de que la evaluación sea negativa. Simplemente cabe desarrollar el art. 29 del Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero y promoción de sistemas de evaluación externo de la formación sanitaria especialidad.

TRES.- En relación con la vulneración de derechos fundamentales resulta impactante que no se otorgue relevancia a que el médico MIR esté en IT al proceso de la evaluación anual, se ha de modificar expresamente el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre para adecuarlo a la Ley 15/2022 porque el juzgador por el momento no lo contempla, aunque ello supone una discriminación por razón de enfermedad. La enfermedad del MIR debe contemplarse en la legislación cuando puede ser incapacitante de una manera temporal, en este sentido el RD 2006 debería adaptarse a la Ley 15/2022.

Bibliografía

BAZ RODRÍGUEZ, Jesús: «La nueva regulación del contrato de trabajo de los residentes en formación. análisis del real decreto 1146/2006, de 6 de octubre» *DS: Derecho y salud* núm. 2, 2007.

CANTERO-SANTAMARÍA, JOSÉ I. ALONSO-VALLE, Héctor CADENAS-GONZÁLEZ, Nuria SEVILLANO-MARCOS AMADOR; «Evolución normativa de la formación médica especializada en España», *FEM* 2015 núm.18.

GUINDO MORALES, Sara: «La relación laboral especial de los MIR: el acceso a la profesión sanitaria» en AA. VV. *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia covid-19*: MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, RIVAS VALLEJO María Pilar, MORENO VIDA María Nieves, VILA TIERNO Francisco, ÁLVAREZ CORTÉS Juan Carlos (Dirs), Vol. 1, 2021 (Tomo I), Aranzadi, 2021.

LALAGUNA HOLZWARTH, Enrique: *La Relación Laboral Especial de Residencia Para la Formación de Especialistas en Ciencias de la Salud* Tirant Lo Blanch 2014.

MARTÍN PUEBLA, Eduardo: «El fallido proceso de revisión de la directiva comunitaria sobre la ordenación del tiempo de trabajo», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 22, 2010.

MUÑOZ-COBO OROSA, Beatriz, PÉREZ GARCÍA, Markel RODRÍGUEZ LEDOTT, Mercedes, VARELA SERRANO, Claudia, SANZ VALERO, Javier: *Satisfacción laboral y calidad de vida de los médicos residentes españoles durante la pandemia por la COVID-19*, Medicina, Seguridad y trabajo, núm. 264, 2011.

MONREAL BRINGSVAERD, Erik J.:

- «La relación laboral del residente sanitario», *Medicina y Seguridad en el Trabajo*, vol. 67, 2021.

- *La relación laboral del residente sanitario*, edición n.º 1, Editorial LA LEY, octubre 2009.

ORGANIZACIÓN MÉDICA COLEGIAL DE ESPAÑA, *Recomendaciones para la mejora de las condiciones de los Médicos Internos Residentes (MIR) en España Resultados del Estudio sobre jornadas laborales y descansos de los MIR en España, 2022.* <https://coma.es/wp-content/uploads/2023/01/Estudio-MIR.-CGCOM-1.pdf>

PALOMINO SAURA, Isabel: «El descanso entre jornada de los MIR tras una guardia de 24 horas en sábado o víspera de festivo. (Comentario de la sentencia del TS de 30 de marzo de 2022, rec. 63/2020)», *Diario la Ley* núm. 10069, 2022.

PANIZA FULLANA Antonia: «El régimen de responsabilidad aplicable al médico interno residente: «lex artis», extralimitación y falta de diligencia exigible» *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 40.

PÉREZ GÓMEZ, José María «La reducción del descanso diario o semanal de los MIR: una infracción indemnizable» *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N.º 3, 2008.

PÉREZ SANTOJA, Thais: «Médicos residentes sin turnos de 24h: Efecto sobre la seguridad del paciente», *MPG Journal*, núm. 49, 2020.

REINOSO ECHEZÁRRAGA, Idoia «Estudio transversal del colectivo MIR: una aproximación psicosocial desde el trabajo», *Prevención Integral, ORP*, 2010, <https://www.prevencionintegral.com/ca/canal-orp/papers/orp-2010/estudio-transversal-colectivo-mir-aproximacion-psicosocial-desde-trabajo>

RUBIO VELASCO, Fuencisla; «Las prestaciones por desempleo de un extranjero médico interno residente STSJ Madrid, de 18 diciembre 2015» *Revista Española de Derecho del Trabajo* N°:188, 2016.

SPINELLI, Hugo: «Abraham Flexner: trayectoria de vida de un educador», *Salud Colectiva*, núm. 18, 2022,

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y ARETA MARTÍNEZ, María (Dirs): *El contrato de trabajo de los MIR y otros residentes sanitarios*, Aranzadi, 2010.

CAPÍTULO VIII

LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE LOS ABOGADOS EN DESPACHOS PROFESIONALES

The special employment relationship of lawyers in professional firms

Santos Manuel Caveró López

Profesor ayudante doctor. Universidad Complutense de Madrid
sacavero@ucm.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1650-9464>

Resumen: Se analiza esta relación laboral especial al ser una figura compleja por la tensión estructural entre subordinación e independencia profesional inherente a la abogacía: la regulación y jurisprudencia establecen que la subordinación es meramente organizativa, dejando intacto el núcleo técnico-jurídico y deontológico del abogado. La primacía de los deberes profesionales (libertad de expresión y secreto profesional) limita el poder de dirección del empleador. Por ello, persisten desafíos, como la ausencia de convenios colectivos que genera desequilibrio y remite la regulación de aspectos esenciales al contrato individual y se busca garantizar la protección laboral sin menoscabar la función de defensa.

Palabras clave: Abogados en despachos, independencia profesional, libertad de expresión, pacto de no concurrencia, relación laboral especial, secreto profesional.

Abstract: This special employment relationship is analyzed as a complex figure due to the structural tension between subordination and professional independence inherent to the legal profession. Regulations and jurisprudence establish that subordination is merely organizational, leaving the lawyer's technical-legal and deontological core intact. The primacy of professional duties (freedom of expression and professional secrecy) limits the employer's power of direction. Consequently, challenges persist, such as the absence of collective agreements, which creates imbalance and remits the regulation of essential

aspects to the individual contract. The regime seeks to guarantee labor protection without undermining the function of defense.

Keywords: Freedom of expression, lawyers in firms, non-compete covenant, professional independence, professional secrecy, special employment relationship.

1. Régimen jurídico aplicable

En España, la relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos profesionales se rige por el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, que regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos (Esteban Legarreta, 2066), norma que tiene su origen en la Disposición Adicional Primera de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, que reconoció expresamente el carácter especial de esta relación laboral y que habilitó al Gobierno para su regulación (García Piñeiro, 2015). Sin embargo, las fuentes normativas que regulan esta relación laboral especial son, en orden jerárquico, más amplias (García Piñeiro, 2009). A continuación, se presenta la relación de todas ellas:

1. El mencionado RD 1331/2006, de 17 de noviembre. Es la norma principal y específica que establece las particularidades de esta relación laboral y es la piedra angular del régimen jurídico aplicable a la relación laboral especial de los abogados en despachos profesionales en España, complementado por la legislación laboral general y, de forma crucial, por las normas propias de la profesión de abogado.
2. Los convenios colectivos específicos y de aplicación exclusiva a los despachos de abogados. Sin embargo, y aunque el RD 1331/2006 prevé la existencia de estos convenios (De la Villa Gil, 2007), hasta la fecha no existe un convenio colectivo de ámbito nacional y aplicación exclusiva para el sector de la abogacía en despachos, lo que ha generado ciertas controversias sobre el convenio aplicable en la práctica: en algunos casos, se ha aplicado supletoriamente el convenio de oficinas y despachos si así se pactó en el contrato.
3. La voluntad de las partes, expresada en el contrato de trabajo. Siempre que respete lo dispuesto en el RD 1331/2006 y, en su caso, en los convenios colectivos aplicables.
4. Los usos y costumbres profesionales.
5. Las normas laborales de carácter general (principalmente el Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET), pero con las peculiaridades y especialidades que establece el mencionado RD 1331/2006.
6. Las normas que rigen la profesión de abogado, incluyendo las normas colegiales y deontológicas, que son de gran relevancia dada la naturaleza de la profesión (Montoya Melgar y Cámara Botía, 1990).

1.1. Peculiaridades y justificación de la especialidad de esta relación laboral

Esta relación laboral se considera especial porque, si bien concurren las notas de voluntariedad, ajenidad y dependencia propias de una relación laboral común (Purcalla Bonilla, 2006), existen una serie de peculiaridades derivadas de la propia naturaleza de la profesión de abogado que determinan su especialidad: a) la libertad e independencia en el ejercicio profesional, puesto que el abogado debe mantener su autonomía técnica y su libertad de criterio en la defensa de los intereses de sus clientes, incluso dentro de un despacho; b) los deberes deontológicos, al estar los abogados sujetos a un estricto Código Deontológico que puede incidir en aspectos de la relación laboral; c) la confidencialidad y el secreto profesional, principios fundamentales de la abogacía que también deben ser respetados en el ámbito de la relación laboral; d) la clientela, dado que el RD 1331/2006 reconoce el derecho del abogado a que se le reconozca y se le compense económicamente por la clientela que haya aportado al despacho al inicio de la relación laboral; y e) el pacto de no competencia post-contractual, ya que se prevé la posibilidad de establecer este acuerdo aún con ciertas limitaciones.

Igualmente, la indicación de esta consideración de especial relación laboral se encuentra expresamente señalada en las siguientes normas que han de ser tenidas en cuenta: a) la disposición adicional segunda del Estatuto de los Trabajadores, por la que se habilita al Gobierno para regular relaciones laborales de carácter especial, incluyendo la de los abogados en despachos profesionales; b) el RD 1331/2006, de 17 de noviembre, norma específica que regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos y establece los derechos y deberes, condiciones de trabajo, duración del contrato, régimen disciplinario, jornada, retribuciones, etc.; c) el Estatuto General de la Abogacía Española (EGAE) aprobado por el RD 135/2021, que si bien regula los aspectos deontológicos y profesionales y no sustituye ni modifica la normativa laboral, su contenido es relevante para entender el marco ético y profesional de la relación laboral; y d) los convenios colectivos, aunque es el RD 1331/2006 el que prevalece, pueden aplicarse siempre que no contradigan la naturaleza especial de esta relación (en algunos casos, se aplican convenios sectoriales del sector jurídico o de asesoría).

La regulación de la Ley 22/2005 para los abogados que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos, en su disposición adicional primera (DA 1.ª), establece una serie de elementos sobre la especialidad de esta relación laboral:

- Fija como relación laboral especial la actividad profesional de los abogados que prestan servicios retribuidos, por cuenta ajena

e incluidos en el ámbito de organización y dirección del titular de un despacho de abogados, ya sea individual o colectivo. Para ello, aporta dos elementos básicos en la identificación de los sujetos de la relación laboral de los abogados con carácter especial: uno, la prestación de servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del empleador (rasgos comunes con los establecidos en el art. 1.1 del ET), por abogado ejerciente; y dos, que la prestación se realice por cuenta de un despacho de abogados, individual o colectivo (Esteban Legarreta, 2006).

- Se hace compatible el ejercicio profesional de abogado en el marco de las relaciones laborales especiales con la libertad e independencia precisas para el ejercicio de dicha actividad profesional, conforme a las leyes o las normas éticas o deontológicas de aplicación.
- Se excluye expresamente de las relaciones laborales especiales la actividad de los abogados que ejerzan la profesión por cuenta propia, individualmente o asociados con otros, al igual que las colaboraciones que se concierten entre abogados cuando se mantenga la independencia de los respectivos despachos.
- Permite la celebración de contratos en prácticas, según el artículo 11 del ET.
- Encuadra a los abogados incluidos en el ámbito de la relación laboral de carácter especial en el Régimen General de la Seguridad Social.
- La resolución de los procedimientos sancionadores y de liquidación de cuotas a la Seguridad Social, que afecten a los abogados incluidos en el ámbito de la relación laboral de carácter especial (y en trámite a la entrada en vigor de esta Ley), se resolverán de acuerdo con lo establecido en la norma citada.
- Se consideran válidas las cotizaciones realizadas por los abogados que estén incluidos en el ámbito de la relación laboral de carácter especial a la Seguridad Social con anterioridad al día primero del tercer mes siguiente a la entrada en vigor de esta Ley.
- Desarrolla una panoplia de disposiciones que afectan al ámbito de la Seguridad Social, que alcanza la paralización de procedimientos que afectaban a diferentes despachos de abogados respecto de sanciones y liquidación de cuotas.
- Y, finalmente, mandata al Gobierno que en el plazo de doce meses regule mediante Real Decreto la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos, lo que se hizo con la aprobación y promulgación del RD 1331/2006.

1.2. Características principales del régimen jurídico de aplicación (RD 1331/2006)

La aplicación de la norma regulatoria de esta relación laboral especial presenta una serie de características fundamentales que se presentan de manera resumida y sucinta en la tabla 1:

Tabla 1. Características principales del régimen jurídico de aplicación en la relación laboral especial de los abogados en despachos

Ámbito	Contenido
Ámbito subjetivo	Abogados colegiados que trabajan por cuenta ajena en despachos de abogados, ya sean individuales o colectivos.
Formalización	El contrato debe formalizarse por escrito. Puede ser indefinido o de duración determinada.
Periodo de prueba	Máximo de 6 meses para titulados universitarios.
Jornada laboral	Se permite cierta flexibilidad, aunque deben respetarse los límites del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a descansos y jornada máxima.
Retribución	Libremente pactada, se debe respetar el SMI y puede tener una parte fija y otra variable vinculada a objetivos.
Régimen disciplinario	Aunque puede incluirse un código de conducta interno, se rige por lo dispuesto en el RD 1331/2006 y el ET supletoriamente.
Extinción del contrato	Se regulan causas específicas, como la pérdida de confianza o incumplimiento de deberes deontológicos. Se aplica supletoriamente el ET.

Fuente: elaboración propia

1.3. Relación con el Estatuto de los Trabajadores

El RD 1331/2006 regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, y es la norma de referencia para esta relación laboral de carácter especial que se aplica en la prestación de la actividad profesional de abogado en despachos de abogados, ya sean despachos individuales o colectivos. La regulación de esta relación laboral especial, conforme al art. 2 del RD 1331/2006, se conforma atendiendo a las fuentes que conciernen a sus derechos y obligaciones: en primer lugar por las disposiciones del propio RD; en segundo término, por los convenios colectivos específicos y de aplicación exclusiva a los despachos de abogados; en tercer lugar, por la voluntad de las partes, expresada en el contrato de trabajo, que habrá de respetar lo dispuesto en las disposiciones y convenios colectivos antes citados; en cuarto, por los usos y costumbres profesionales; y, por último, conforme a la DA 4.^a, se indica que como derecho supletorio es de aplicación lo dispuesto en el ET

y demás normas laborales de general aplicación en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza y características especiales que concurren en esta relación laboral. Por tanto, se concluye que el ET se aplica con carácter supletorio, es decir, cuando no haya previsión expresa en el RD 1331/200: así, por ejemplo, para las cuestiones no reguladas directamente (por ejemplo, permisos, conciliación, maternidad/paternidad), se acude al ET.

1.4. Otras consideraciones

La relación laboral especial del abogado en España, regulada por el RD 1331/2006, constituye una figura singular que conjuga elementos de subordinación propios del Derecho laboral con la autonomía técnica del ejercicio jurídico, y su existencia responde a la necesidad de garantizar derechos laborales y profesionales sin desvirtuar el secreto profesional ni la independencia ética del abogado (González Torres, 2024). De esta manera, el estudio pionero que llevó a cabo De la Villa Gil (2007) profundiza en esta dualidad, señalando cómo el RD 1331/2006 pretende modular la relación laboral en atención a la peculiar confianza entre abogado y despacho, aunque adolece de cierta hipertrofia regulatoria, como por ejemplo en cuanto a la computabilidad de los tiempos de desplazamiento y espera: por STS de la Sala de lo Contencioso administrativo de 16 de diciembre de 2008 (recurso núm. 7/2007) se anuló la excepción que los excluía del cómputo de jornada máxima, al encajarlos dentro del concepto legal de «tiempo de trabajo» (E&J, 2009), de modo que el tiempo de espera en los Juzgados o los desplazamientos es computable como jornada de trabajo.

Igualmente reciben un especial tratamiento las siguientes situaciones que igualmente han de ser consideradas especialmente:

- La de los abogados asociados o socios no laborales, a los que no se les aplica el RD 1331/2006 si la relación es mercantil o societaria.
- La compatibilidad con ejercicio libre, que se permite siempre que no exista conflicto de intereses ni incumplimiento del contrato.
- Y el secreto profesional y los deberes deontológicos, que siguen siendo exigibles durante y después de la relación laboral.

1.5. Jurisprudencia relevante

La jurisprudencia ha interpretado y delimitado esta relación especial, sobre todo para distinguirla de las relaciones mercantiles (falsos autónomos) y de las relaciones societarias encubiertas. Se señalan en la siguiente tabla una serie de sentencias clave sobre la relación laboral especial de abogados en despachos, detallando su relevancia y tema principal, al igual que un breve resumen de cada una de ellas:

Tabla 2. Jurisprudencia relevante

Sentencia	Año	Tema principal	Relevancia	Resumen
Auto del TS, de 15 de abril de 2004 (Rec. 4919/03).	2004	Criterios de subordinación y ajenidad	Primera sentencia clara del TS que establece que, aunque normalmente la relación de abogado es profesional autónomo, puede haber relación laboral especial siempre que exista subordinación, horario, ajenidad, etc., confirmando precedentes de los Juzgados y del TSJ de Madrid	Establece criterios para distinguir entre autónomos y abogados asalariados en despachos, reconociendo la relación laboral especial si concurren elementos dependientes
STS 2018, 23 de febrero de 2018 (Rec. 219/2015)	2018	Requisito de control horario y salario fijo	Rechaza un recurso que pretendía equiparar una prestación sin salario fijo ni control horario a una relación laboral común o especial	Subraya que cuando faltan elementos como retribución fija o control horario, no puede reclamarse la condición de asalariado, ni ordinaria ni especial
STS 366/2020, 19 de mayo de 2020 (Rec. 4461/2017)	2020	Reconocimiento formal de la relación especial	Se confirma la existencia de relación laboral especial entre un abogado y despacho (Díaz Varela Abogados SL): el TS decide que concurrían los requisitos de subordinación y ajenidad	El TSJ Asturias había declarado la relación; el Supremo rechaza el recurso e insiste en que se dan los criterios del RD 1331/2006.
STS 1757/2020 y STS 1498/2020, 19 de mayo de 2020	2020	Competencia del orden social	El TS confirma que la competencia para resolver estas relaciones corresponde al orden social, y revisa casos en que se declararon estas relaciones según el RD 1331/2006	La Sala de lo Social declara su competencia y refrenda que varios casos de abogados en despachos encajan en la relación especial.
STS 725/2023, 10 de octubre de 2023 (Rec. 4537/2022)	2023	Garantía de SMI en relación especial	Se centra en la aplicación del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) en las relaciones laborales especiales. Reconoce que los abogados asalariados en despachos tienen derecho a percibir al menos el SMI	Ratifica que, incluso en la naturaleza especial, no se puede pactar un salario por debajo del SMI y que la relación debe estar formalizada y documentada

STS 566/2023, 19 de septiembre de 2023 (Rec. 3351/2022)	2023	Aplicación del SMI también en regímenes especiales	Aunque centrada en internos penitenciarios, establece doctrina sobre cómo aplicar normas salariales en relaciones especiales, incluyendo referencias al marco de los abogados	Reafirma la obligatoriedad de garantizar el salario mínimo legal, también en regímenes laborales especiales, y subraya su indiscriminado cumplimiento
---	------	---	---	--

Fuente: elaboración propia

2. Conflictos entre independencia profesional y subordinación

Los conflictos entre la independencia profesional y la subordinación son uno de los aspectos más delicados y característicos de la relación laboral especial de los abogados en despachos profesionales, regulada por el RD 1331/2006, al ser un tipo de relación laboral que presenta una tensión estructural entre dos principios que, en ocasiones, pueden entrar en colisión: la independencia profesional y la subordinación propia de toda relación laboral. Por tanto, el corazón de la relación laboral especial de los abogados reside en la coexistencia de estos dos principios aparentemente antagónicos: la subordinación, que define la naturaleza laboral del vínculo, y la independencia, que es la esencia del ejercicio profesional de la abogacía, por lo que la correcta articulación de ambos conceptos es la clave para comprender la singularidad de este régimen.

Respecto a la independencia profesional del abogado, hay que señalar que deriva del EGAE y del Código Deontológico, donde se afirma que el abogado tiene el deber y derecho de actuar con plena independencia, en defensa de los intereses del cliente, incluso cuando ello contravenga instrucciones del propio despacho o del cliente. De esto, se derivan las siguientes dos consecuencias: la primera, que el abogado no puede ser obligado a seguir instrucciones que vulneren su criterio profesional o principios éticos; y, la segunda, que tiene la obligación de renunciar al asunto si no puede actuar conforme a su conciencia o al ordenamiento jurídico.

De hecho, frente al poder de dirección del empleador se erige el principio de independencia profesional. Que se observe en el artículo 1 del EGAE cuando declara que «la Abogacía es una profesión libre e independiente» y que la independencia es uno de sus «principios rectores y valores superiores». De lo anterior se infiere que esta independencia no es un privilegio del abogado, sino una garantía para el cliente y para el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, y esto implica que el abogado debe estar libre de toda presión, injerencia o interés, ya provenga de los poderes públi-

cos, de terceros, del propio cliente o, en el contexto que nos ocupa, de su empleador.

El abogado-trabajador, por tanto, no se despoja de sus deberes deontológicos al firmar un contrato de trabajo. Sigue estando obligado a actuar con total independencia de criterio, a asesorar y defender a su cliente con libertad y a rechazar cualquier instrucción que sea contraria a la ley o a las normas deontológicas.

Con relación a la subordinación, ésta se fundamenta en que toda relación laboral implica un vínculo de dependencia o subordinación, tal y como la define el artículo 1.1 del ET, al empleador, que en este caso se identifica en el titular del despacho o la sociedad profesional, por lo que el abogado debe acatar instrucciones organizativas, estratégicas o comerciales del despacho, siempre que no vulneren su independencia profesional ni su deber deontológico: sujeción a horarios, planificación de asuntos, reparto de trabajo, supervisión, cumplimiento de objetivos, normas internas del despacho, etc., que en el marco del RD 1331/2006, esta nota se materializa en el poder de dirección del despacho, reconocido en su artículo 6.1.a). al señala que corresponde al empleador «la organización, planificación y dirección del trabajo de los abogados».

Y este poder de dirección se traduce en facultades concretas: asignar asuntos y clientes, establecer plazos de ejecución, fijar directrices sobre la metodología de trabajo, organizar los equipos, supervisar el desarrollo de las tareas y, en última instancia, ejercer el poder disciplinario en caso de incumplimiento de las obligaciones laborales. Y es esta inserción del abogado en el «círculo rector, organizativo y disciplinario» del despacho lo que justifica la calificación de la relación como laboral y la distingue de un mero arrendamiento de servicios profesionales.

2.1. El conflicto: independencia vs. subordinación

La coexistencia de estos dos principios genera inevitablemente zonas de fricción, que pueden surgir en múltiples escenarios prácticos: un socio principal que ordena a un abogado asociado interponer un recurso que este considera manifiestamente inviable o dilatorio; una directriz del despacho para aceptar un acuerdo que, si bien es comercialmente beneficioso para la firma, no satisface adecuadamente los intereses del cliente; o la asignación de un asunto de alta complejidad a un letrado que carece de la especialización necesaria, contraviniendo el deber de diligencia profesional. En estas situaciones de colisión, la arquitectura normativa de la relación laboral especial ofrece una solución clara: la primacía de la norma deontológica. De ahí que el abogado no solo tiene el derecho, sino el deber, de desobedecer una orden o instrucción de su empleador que suponga la vulneración de sus obligaciones profesionales, y este «derecho de resistencia» no constituye un acto de insubordinación contractual, sino el cumplimiento de una obligación legal y

deontológica de rango superior: la subordinación laboral cede ante la independencia profesional cuando esta última es necesaria para garantizar una defensa efectiva y ética de los intereses del cliente.

Pero cuando ambas dimensiones entran en tensión, se producen situaciones que pueden generar conflictos jurídicos y deontológicos que se presentan de manera resumida en la siguiente tabla:

Tabla 3. Situaciones y conflictos entre dimensiones

Situación	Conflicto
El despacho impone una estrategia jurídica contraria al criterio profesional del abogado	Colisión entre subordinación y deontología
Se exige confidencialidad frente a otros compañeros del despacho	Conflicto entre deber de colaboración interna y secreto profesional individual
Se pretende sustituir al abogado en un asunto por razones comerciales	Choque entre organización empresarial y fidelidad al cliente
El abogado se niega a asumir un cliente o asunto por objeción de conciencia profesional	Enfrentamiento entre independencia y poder directivo

Fuente: elaboración propia

2.2. Soluciones y límites legales

El RD 1331/2006 dispone de dos artículos sobre este asunto: por un lado, su artículo 4, por el que se reconoce que el abogado no está obligado a seguir instrucciones contrarias a la ley, a la deontología o a su conciencia; mientras que, por otro, el artículo 23.2 establece como causa de extinción del contrato la pérdida de confianza derivada del incumplimiento de deberes profesionales, señalando que éste debe ser justificada y no arbitraria. Y por su parte, el EGAE (RD 135/2021) refuerza el principio de independencia del abogado, incluso dentro de relaciones laborales, con especial incidencia de los siguientes otros artículos por ser claves en esta materia (Algar Jiménez, 2006): art. 21 (independencia), art. 31 (libertad técnica), art. 84 (objeción de conciencia), y art. 90 (renuncia justificada) (Andino López, 2014).

Sobre esta interesante cuestión (Areta Martínez, 2006), cabe destacar de la jurisprudencia las siguientes dos sentencias por su alto grado de significación (Bandera Gallego, 2021): a) la primera, del TSJ de Madrid (Sentencia 245/2015), que reconoció que el despido de un abogado por no aceptar una línea de defensa no acordada con él fue improcedente; y b) la segunda, del Tribunal Supremo (STS 366/2020), que aunque validó la existencia de relación especial, subrayó que el abogado mantiene su independencia técnica en el ejercicio profesional (Bidón y Vigil de Quiñones, 2006), incluso con subordinación funcional. Al igual que existe una serie de buenas prácticas, que se deducen del análisis de la regulación nor-

mativa y la jurisprudencia citada (Blasco Pellicer, 2007), para lograr mitigar estos conflictos: a) la redacción clara de los contratos, estableciendo márgenes de autonomía técnica; b) protocolos internos, que reconozcan la objeción técnica o de conciencia; c) intervención de la dirección del despacho como mediadora en caso de conflictos técnicos (Cardenal Carro, 2000); y d) la formación en ética y deontología para socios y directivos.

2.3. Conclusión

La relación laboral especial de los abogados (CGAE, 2006) parte de un equilibrio jurídico delicado debido a que, aunque el abogado trabaja por cuenta ajena y está sujeto a cierta subordinación, al mismo tiempo debe conservar su independencia técnica y ética, que es esencial a la función de defensa (Conde Marín, 2025), y este equilibrio requiere no solo una atención normativa y jurisprudencial, sino también una cultura profesional respetuosa con la autonomía del abogado dentro del despacho (De Castro Marín, 2024). Al igual que la doctrina y la jurisprudencia han ido igualmente perfilando los contornos de esta compleja interacción (De la Puebla Pinilla, 2007).

Por tanto, la conclusión general es que el poder de dirección del despacho es legítimo en lo que respecta a los aspectos organizativos y administrativos de la prestación de servicios (De la Puebla Pinilla, 2006), pero encuentra su límite infranqueable en el núcleo de la decisión técnico-jurídica y deontológica, y esto implica una redefinición del concepto mismo de subordinación en este ámbito (De la Villa de la Serna, 2021), ya que a diferencia de una relación laboral común, donde la subordinación puede ser tanto organizativa como técnica, en la relación laboral especial de los abogados, la subordinación es fundamentalmente administrativa: el despacho puede decidir el «qué» (qué asunto se le asigna al abogado) y el «cuándo» (en qué plazos debe trabajar), pero el abogado conserva un ámbito de autonomía decisiva sobre el «cómo» (la estrategia procesal, la argumentación jurídica, la valoración ética del caso) (De la Villa Gil, 2007). Se crea así una «esfera protegida de autonomía profesional» que es inmune al poder de dirección del empleador (Del Rosal, 2013), por lo que un despido motivado por la negativa de un abogado a seguir una instrucción contraria a la *lex artis* o a la deontología sería, con toda probabilidad, calificado como improcedente o nulo (Desdentado Bonete, 2007), ya que la negativa no sería un acto de indisciplina, sino el ejercicio legítimo de una obligación profesional.

3. Las cláusulas contractuales frecuentes en la relación laboral especial de los abogados en despachos profesionales

La relación laboral especial de los abogados en despachos profesionales, conforme al RD 1331/2006, incorpora una serie de cláusulas contractuales

específicas que buscan armonizar la naturaleza laboral con las peculiaridades de la profesión de abogado, ya que además de las cláusulas comunes a cualquier contrato de trabajo (identidad de las partes, objeto y modalidad del contrato, duración, jornada, salario, etc.), en esta relación especial, encontramos con frecuencia una serie de interesantes particularidades:

- Referencia al régimen jurídico aplicable. Es fundamental que el contrato haga una mención expresa al RD 1331/2006, como la norma principal que rige la relación, y subsidiariamente, el ET, los usos y costumbres, y las normas deontológicas de la abogacía.
- Se suelen establecer con claridad las funciones del abogado, especificando si se dedicará al asesoramiento jurídico, a la defensa letrada en juicio o a tareas de gestión procesal y administrativa, por lo que en muchos casos, se diferencia entre tareas de formación (para abogados junior) y funciones de mayor responsabilidad (para abogados senior o asociados): se precisa la descripción de las tareas (asesoramiento, representación, formación) y nivel profesional del abogado (junior, senior), en línea con la distinción introducida por el RD 1331/2006 (CGAE, 2006).
- Jornada y horario de trabajo. Aunque se establece una jornada ordinaria, la naturaleza de la profesión a menudo implica flexibilidad y adaptación a las necesidades de los clientes y los plazos procesales, por lo que es común que la cláusula especifique que la jornada se acomoda a las exigencias del funcionamiento del despacho, sin perjuicio de los límites legales, y para ello se suele buscar un equilibrio entre la dedicación requerida y el derecho al descanso y la conciliación. Por ello, la flexibilidad horaria es habitual, y aunque su límite se determina por el ET, la jurisprudencia enumera el cómputo de tiempos extra como jornada efectiva. Sin embargo, y aunque la ley reconoce un régimen flexible, muchos contratos determinan una jornada completa con disponibilidad horaria más allá del horario convencional, especialmente en despachos grandes, y a veces se introducen cláusulas de horario partido, presencialidad mínima, o incluso sistemas de disponibilidad fuera de jornada.
- Retribución y sistema de compensación. Se articula una combinación de salario base, complementos por objetivos o facturación, bonus y participación en beneficio, donde la revisión periódica se asocia a una evaluación profesional o desempeño. Además de un salario fijo, es frecuente encontrar cláusulas que regulen otras posibilidades:
 - » Complementos salariales: por rendimiento, consecución de objetivos, captación de clientes, etc.
 - » Participación en beneficios o minutas: aunque el RD 1331/2006 prohíbe que el abogado facture directamente a clientes del despacho sin autorización, es posible establecer sistemas de parti-

cipación en los honorarios generados por los asuntos en los que intervenga.

- » Compensación por clientela aportada: el RD 1331/2006 reconoce el derecho del abogado a ser compensado por la clientela que haya aportado al despacho al inicio de la relación laboral, lo que deberá incorporarse una cláusula en la que se detalle cómo se valorará y compensará esta clientela.
- Deber de confidencialidad y secreto profesional. Dada la información sensible que manejan los abogados, esta cláusula es crucial, ya que se extiende más allá de la duración del contrato, obligando al abogado a mantener la confidencialidad de la información y documentación a la que tenga acceso, tanto durante la relación laboral como después de su finalización, en cumplimiento del deber de secreto profesional. Son cláusulas reforzadas que obligan al mantenimiento del secreto profesional durante y después del contrato, conforme al artículo 5 del Código Deontológico y el artículo 39 del Estatuto de la Abogacía, como se observa en el conflicto CNMC-ICAM (Ilier Navarro, 2025), en el que se resalta la salvaguarda del secreto, incluso en inspecciones a abogados in-house. basándose en la sentencia Akzo (TJUE 2010) y el EGAE (Ilier Navarro, 2025).
- Exclusividad y pacto de no concurrencia:
 - » Exclusividad. Como el RD 1331/2006 establece que los abogados prestarán sus servicios a los despachos en régimen de dedicación exclusiva, salvo pacto en contrario, la cláusula contractual especificará si existe exclusividad total o si se permite alguna otra actividad profesional (por ejemplo, docencia o publicación), siempre que no exista conflicto de intereses o competencia desleal. Se exige por tanto la dedicación del abogado al despacho, originando prohibiciones para prestar servicios ajenos sin autorización, evitando conflictos de interés.
 - » Pacto de no concurrencia post-contractual. Al ser una cláusula habitual que busca proteger los intereses del despacho tras la extinción de la relación laboral (Bidón y Vigil, 2006), para que sea válida debe considerar al menos: a) tener una limitación temporal (no superior a dos años); b) estar justificada por un interés industrial o comercial del despacho (por ejemplo, proteger su clientela o el know-how); c) implicar una compensación económica adecuada para el abogado; y, d) ser formalizada por escrito. Así, estas cláusulas típicamente prohíben trabajar en un despacho o cliente competidor por 1-2 años, y su validez exige una compensación adecuada: de hecho, la jurisprudencia señalada por la STS de 8 de noviembre de 2011 y la STS de 14 de mayo de 2009 (González Torres, 2024) subraya su naturaleza bilate-

ral, declarando nulas aquellas cláusulas que delegan unilateralmente la aplicación de la no competencia al empleador (De la Villa Gil, 2007), al igual que la STS de 8 marzo 2022 resolvió que las cláusulas que imponen como penalización devolver el doble de lo percibido como compensación resultan abusivas e insuficientemente proporcionadas, imponiendo límites a las penalizaciones desproporcionadas por incumplimiento de pactos de no competencia.

- » Pacto de permanencia. Por su parte, este pacto obliga al trabajador a permanecer en la empresa durante un cierto tiempo cuando ha recibido una especialización profesional con cargo al empresario, que debe constar por escrito y su duración no puede ser superior a dos años, por lo que, si el abogado abandona el trabajo antes del plazo pactado, el despacho tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios (Bidón y Vigil, 2006).
- Propiedad intelectual y titularidad de asuntos. Hay que especificar que los asuntos encomendados y los resultados del trabajo realizado por el abogado dentro de su jornada laboral y con los medios del despacho pertenecen al despacho, lo que es importante para clarificar la titularidad de la clientela y de los expedientes.
- Periodo de prueba. El RD 1331/2006 establece que el período de prueba no podrá exceder de seis meses en contratos indefinidos y dos meses en contratos temporales (si su duración es superior a dicho periodo) según el nivel profesional del abogado; una cláusula estándar pero importante para ambas partes, aunque el contrato suele ser indefinido, con posibilidad de contratos formativos.
- Formación y desarrollo profesional. Algunos contratos incluyen cláusulas sobre el acceso a formación continua, participación en congresos o seminarios, y la posibilidad de realizar publicaciones, reconociendo la importancia del desarrollo profesional en la abogacía con planes de ascenso (asociado, socio), normalmente vinculados a evaluaciones y formación académica financiada por el despacho. Al igual que la evaluación del desempeño, frecuente en despachos de estilo anglosajón, instaurando procesos regulares de evaluación ligados a promociones y ajustes salariales.
- Régimen disciplinario y extinción del contrato. Además de las causas de despido y extinción del contrato generales del ET, el RD 1331/2006 establece algunas causas específicas de extinción, como el incumplimiento grave de los deberes deontológicos o del deber de secreto profesional, por lo que es común que el contrato reitere o amplíe estas causas, siempre dentro de la legalidad.
- Extinción y cláusulas indemnizatorias. Los contratos pueden incorporar causas de extinción adicionales o indemnizaciones específicas en

caso de resolución anticipada, sobre todo cuando el contrato es formativo o de duración determinada.

- Preaviso en caso de dimisión. Como se puede establecer un plazo de preaviso para la dimisión del abogado, que no podrá ser inferior a 45 días ni superior a tres meses (según lo que se acuerde en el convenio colectivo o en el propio contrato), su objetivo es permitir al despacho tomar las medidas necesarias para no perjudicar los intereses de los clientes.
- Clientela aportada por el abogado. Como ya se mencionó, el RD 1331/2006 otorga el derecho al abogado a que se le reconozca y se le compense económicamente por la clientela que haya aportado al despacho al inicio de la relación laboral, por tanto, la cláusula debe detallar cómo se determinará y pagará esta compensación. Esta cláusula evidencia un profundo conocimiento de la realidad del mercado de servicios jurídicos ya que reconoce que el valor que un abogado aporta a un despacho no se limita a su fuerza de trabajo, sino que a menudo incluye un activo intangible de enorme valor: su cartera de clientes. Por ello, y como la regulación busca evitar un enriquecimiento injusto por parte del despacho, que se beneficiaría de la clientela del abogado sin ofrecer una contraprestación específica por ella, la inclusión de esta previsión, junto con la compensación por exclusividad, demuestra que el legislador concibió esta relación no como un mero intercambio de trabajo por salario, sino como una estructura que debe equilibrar económicamente el valor total que el profesional aporta a la organización, incluyendo su reputación y su capacidad para generar negocio. En consecuencia, un contrato que impusiera la exclusividad sin una compensación identificable o que ignorara una aportación significativa de clientela podría ser impugnado por ser contrario al espíritu de la norma.

Igualmente, una serie de consideraciones adicionales han de ser igualmente tenidas en cuenta respecto a tres ámbitos: a) respecto a la negociación, pues aunque existen cláusulas frecuentes, la negociación de las mismas es clave, especialmente en lo que respecta a la retribución variable, la compensación por clientela o el pacto de no concurrencia; b) sobre la deontología profesional, puesto que todas las cláusulas deben respetar los principios deontológicos de la abogacía, como la independencia, la libertad de defensa, el secreto profesional y la lealtad al cliente; y c) en relación con los convenios colectivos, aunque no existe un convenio colectivo de ámbito nacional específico para despachos de abogados, si se aplica algún convenio de ámbito más general (ej. oficinas y despachos), sus disposiciones deberán ser respetadas.

En definitiva, como la correcta redacción de estas cláusulas es fundamental para garantizar la seguridad jurídica de la relación laboral y evitar futuros conflictos entre el abogado y el despacho, la relación laboral especial del abogado exige una redacción contractual afinada que atienda a sus singularidades, integrando cláusulas equilibradas y coherentes con su condición

jurídica, pues como se ha analizado, la jurisprudencia del TS regula estrictamente los límites de la jornada, la proporcionalidad de las cláusulas de no competencia y la salvaguarda del secreto profesional, proporcionando un marco esencial para garantizar la validez y funcionalidad de los contratos en despachos profesionales. De esta manera, el contrato en la relación laboral especial de los abogados en despachos profesionales combina aspectos del derecho laboral con elementos propios de la práctica jurídica privada, y así las cláusulas contractuales suelen reflejar tanto las exigencias del mercado legal como la necesidad de preservar la calidad del servicio, la lealtad profesional y la estabilidad en la relación laboral, por lo que su adecuada redacción y negociación son fundamentales para evitar conflictos y garantizar el desarrollo profesional del abogado dentro del despacho.

4. Protección de la libertad de expresión y secreto profesional

La protección de la libertad de expresión y el secreto profesional en la relación laboral especial de los abogados en despachos profesionales en España es un aspecto crucial que refleja la singularidad de esta profesión y su importancia para el Estado de Derecho, y constituye un vínculo caracterizado por la coexistencia de subordinación laboral con la autonomía profesional inherente al ejercicio del Derecho, por lo que el respeto a la libertad de expresión del abogado y al secreto profesional no solo es una exigencia ética y normativa, sino también un elemento esencial para garantizar los derechos fundamentales del cliente, en particular el derecho a la defensa (art. 24 CE).

Ambas libertades, aunque limitadas, son pilares de la abogacía y se regulan tanto en el RD 1331/2006 como en el Código Deontológico de la Abogacía Española y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4.1. Protección de la libertad de expresión

La libertad de expresión del abogado, en el contexto de su relación laboral especial, es un derecho fundamental reforzado y con una singular cualificación y su importancia radica en su estrecha vinculación con la efectividad del derecho de defensa (artículo 24 de la Constitución Española), puesto que, sin una libertad de expresión adecuada, el abogado no podría ejercer plenamente su función de asesoramiento y defensa de los intereses de sus clientes.

Así, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el derecho a la libertad de expresión del abogado adquiere una especial cualidad al estar íntimamente ligado a la efectividad del derecho de defensa (art. 20 CE y 24 CE) (García Fernández, 2007), muy concretamente con la STC 155/2006 que sintetizó la doctrina de que, «en el seno del proceso judicial», los letrados gozan de

una libertad de expresión reforzada, que les permite una mayor contundencia argumental, puesto que ello redundaría en la tutela judicial efectiva (García Fernández, 2007),

Sin embargo, no se trata de una libertad ilimitada, como así el Tribunal Supremo ha matizado al señalar que en la misma no están amparados el insulto, la ofensa gratuita o la descalificación que menoscaba la autoridad judicial o la dignidad de las partes, en coherencia con el art. 10.2 CEDH y con la jurisprudencia constitucional (SSTC 205/1994, 157/1996, STEDH Barfod), al igual que la STS 1056/2008 subrayó que «en ningún caso serán amparados por la libre expresión (...) términos insultantes, vejatorios o descalificaciones gratuitas ajenas a la materia sobre la que se proyecta la defensa» (Martín González, 2017).

Pensando en las implicaciones que tiene el derecho de libertad de expresión dentro de la relación laboral especial regulada por el RD 1331/2006, hay que decir que el abogado mantiene esta libertad reforzada, incluso frente a posibles instrucciones del despacho que limiten su independencia argumental, ya que el artículo 5 del citado real decreto reconoce expresamente el derecho del abogado a «actuar, en todo momento, de acuerdo con los principios... éticos y deontológicos». Por tanto, cualquier directriz empresarial que coarte esta libertad sería susceptible de colisión con los deberes profesionales.

Por tanto, dentro de la relación laboral especial regulada por el RD 1331/2006, el abogado mantiene esta libertad reforzada, incluso frente a posibles instrucciones del despacho que limiten su independencia argumental, como el citado artículo 5 del RD 1331/006 reconoce expresamente al señalar el derecho del abogado a «actuar, en todo momento, de acuerdo con los principios... éticos y deontológicos»: por tanto, cualquier directriz empresarial que coarte esta libertad sería susceptible de colisión con los deberes profesionales. De ahí, que se destaquen los siguientes aspectos clave sobre la libertad de expresión del abogado:

- Fundamento: la libertad de expresión del abogado se ampara en el artículo 20.1.a) de la Constitución Española y, de manera específica, en el artículo 542.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y el Código Deontológico de la Abogacía Española.
- Libertad de defensa: el abogado tiene el derecho y el deber de defender y asesorar libremente a sus clientes, lo que implica una amplia libertad para expresar opiniones, juicios de valor y argumentos jurídicos necesarios para la defensa, incluso si resultan molestos para terceros (incluyendo a la parte contraria, el juez o el propio despacho).
- Límites: a pesar de su carácter reforzado, la libertad de expresión del abogado no es absoluta. Se encuentra limitada por:
 - » Principio de buena fe y responsabilidad: el abogado debe ejercer su libertad de expresión con ética y diligencia.

- » Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen: las expresiones no pueden vulnerar estos derechos de terceros, ya que no están amparados el insulto, la descalificación personal gratuita o las expresiones injuriosas o calumniosas que no guarden relación con la defensa de los intereses del cliente.
- » Deber de secreto profesional y confidencialidad: la libertad de expresión no puede servir de excusa para revelar información amparada por el secreto profesional.
- » Normas deontológicas: el Código Deontológico de la Abogacía Española establece límites a la publicidad y a la forma en que los abogados pueden comunicarse, especialmente en relación con la información sensible o la lealtad debida a otros colegas.
- Ámbito de la relación laboral: dentro del despacho, la libertad de expresión se materializa en la independencia técnica del abogado, aunque esté sujeto a las directrices organizativas del despacho, el RD 1331/2006 y la deontología profesional garantizan que el abogado conserve su libertad de criterio en la dirección letrada de los asuntos. De hecho, no se le puede obligar a asumir casos que vayan en contra de su conciencia o a seguir directrices que comprometan su independencia profesional. Así, el RD 1331/2006 establece un «ius resistentiae» implícito, permitiendo al abogado no cumplir órdenes que contravengan los principios y valores de la abogacía o las obligaciones que le impone la profesión.

4.2. Protección del secreto profesional

El secreto profesional es un deber esencial del abogado (Santaló Rios, 2006), consagrado en el art. 39 del Estatuto General de la Abogacía Española, en el Código Deontológico y en la LO de Poder Judicial (Ilier Navarro, 2025), además de que el RD 1331/2006 exige expresamente esta obligación, incluyendo el deber de confidencialidad como infracción disciplinaria.

De hecho, la reciente controversia entre la CNMC y el ICAM gira en torno a la extensión del secreto profesional a los abogados in house, ya que mientras la CNMC negó esta protección, citando la sentencia Akzo (TJUE, 2010), que exige independencia del bufete, Renfe, apoyada por el ICAM y el Consejo de la Abogacía, sostiene que el secreto ampara igualmente a estos abogados, conforme al art. 39 EGAE y el Código Deontológico, y en la resolución se subraya que «el secreto profesional es un derecho ... sin distinción ... incluyendo a los abogados de empresa» (Ilier Navarro, 2025).

Como el secreto profesional es uno de los deberes y derechos fundamentales y primordiales del abogado, esencial para la relación de confianza con el cliente, su protección es de máxima relevancia en cualquier ámbito de la abogacía, incluida la relación laboral especial. Se destacan los siguientes

aspectos que se consideran claves en la materia del secreto profesional del abogado:

- **Naturaleza:** el secreto profesional es un deber y un derecho inherente a la condición de abogado, y es un pilar fundamental del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva.
- **Alcance:** comprende todos los hechos, comunicaciones, datos, informaciones, documentos y propuestas que el abogado haya conocido, emitido o recibido en el ejercicio de su profesión, lo que incluye la información proporcionada por el cliente, por otros abogados, por la parte contraria, e incluso la información de la que haya tenido conocimiento por casualidad.
- **Duración:** la obligación de guardar secreto profesional no está limitada en el tiempo y persiste incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente o de haber finalizado la relación laboral con el despacho.
- **Extensión en el despacho:** en el ámbito de la relación laboral especial, el secreto profesional se extiende:
 - » Frente al propio despacho: aunque el titular del despacho sea el empleador, el abogado debe mantener el secreto profesional de la información de sus clientes, incluso frente a otros componentes del despacho (salvo que sea estrictamente necesario para la gestión del asunto y con consentimiento del cliente, o en el marco de la organización interna del despacho que respete la confidencialidad).
 - » Frente a terceros: el abogado debe hacer respetar el secreto profesional a su personal (secretarios, administrativos) y a cualquier otra persona que colabore con él o con el despacho.
 - » Prohibición de facturar directamente: una manifestación de la ajenidad y, en cierto modo, de la protección del secreto profesional y la relación cliente-despacho, es la prohibición para el abogado asalariado de girar honorarios directamente a los clientes por los asuntos en los que ha intervenido (artículo 18.2 del RD 1331/2006). Esto busca evitar una relación directa abogado-cliente que pudiera generar conflictos con el despacho.
- **Consecuencias del incumplimiento:** el incumplimiento del deber de secreto profesional constituye una falta laboral muy grave (artículo 24.2.a) del RD 1331/2006) y puede dar lugar a responsabilidades disciplinarias colegiales, civiles e incluso penales.

En síntesis, el RD 1331/2006, al regular la relación laboral especial de los abogados, busca salvaguardar estos principios esenciales de la abogacía, y reconoce que, a pesar de la dependencia laboral, el abogado debe mantener una independencia profesional y técnica que le permita ejercer su función con plena libertad y respetando en todo momento el secreto profesional, que es la base de la confianza entre el cliente y su defensor: las cláusulas contractuales

y las políticas internas de los despachos deben, por tanto, estar en consonancia con estas garantías fundamentales. No obstante, el secreto no es absoluto, como confirma la jurisprudencia constitucional cuando admite restricciones proporcionales en procedimientos sancionadores o de investigación, siempre que exista autorización judicial, finalidad legítima y proporcionalidad (STC 140/2003, STC 796/2021), además de la STC 6/1988, que reconoció que el deber de secreto no legitima la divulgación de información empresarial distinta de información profesional protegida (Andino López, 2014).

4.3. Conclusiones y desafíos actuales

La confluencia de los principios analizados conduce a una conclusión fundamental: el poder disciplinario del despacho, aunque existente, se encuentra intensamente limitado por las obligaciones profesionales del abogado, y el marco normativo de la relación laboral especial funciona como un escudo que protege el núcleo de la función del abogado de las presiones inherentes a un vínculo de subordinación. Por ende, una actuación del abogado-trabajador que constituya un ejercicio legítimo de su independencia técnica, una manifestación de su libertad de expresión en el marco de la defensa, o una acción necesaria para preservar el secreto profesional, no puede ser calificada como una falta laboral de desobediencia o indisciplina: se produce una inversión de la jerarquía de deberes: las obligaciones del abogado como profesional del Derecho y auxiliar de la Justicia priman sobre sus obligaciones como empleado. La regulación establece implícitamente que el abogado, incluso como trabajador asalariado, sirve a un interés superior (la correcta administración de justicia y la defensa de los derechos y libertades) que no puede ser menoscabado por su estatus contractual: cualquier sanción o despido que se base en el correcto cumplimiento de estos deberes deontológicos sería, por tanto, contrario a derecho.

Se pueden establecer, como se recoge en la siguiente tabla, una serie de afirmaciones clave al respecto de la protección de la libertad de expresión y el secreto profesional en la relación laboral especial de los abogados en despachos profesionales en España:

Tabla 4. Afirmaciones clave

Elemento	Afirmación clave
Libertad de expresión	Tiene carácter reforzado y es esencial para la efectividad del derecho de defensa; su limitación en la relación laboral debe justificarse por respeto, autoridad judicial y proporcionalidad (STC 184/2001, de 17 de Septiembre de 2001).
Secreto profesional	Es un deber riguroso, incluido en el RD 1331/2006, que también ampara a los abogados <i>inhouse</i> según el EGAE y el ICAM.
Tensiones prácticas	El conflicto reciente con la CNMC revela una brecha entre el modelo de abogado externo y el internal, abriendo la necesidad de clarificar la interpretación jurisprudencial española frente a la doctrina comunitaria.

Equilibrio necesario	La protección debe compatibilizarse con los límites derivados de otros derechos (autoridad judicial, interés público), garantizando siempre salvaguarda judicial previa y proporcionalidad.
----------------------	---

Fuente: elaboración propia

El análisis revela que, dentro del marco de la relación laboral especial, la libertad de expresión del abogado y el secreto profesional no solo constituyen principios normativos, sino que también operan como herramientas esenciales para garantizar los derechos constitucionales del cliente, y por ello su protección y delimitación permanecen activamente en tensión, especialmente respecto de la figura del abogado *in house* y su relación con organismos públicos. Y ello se debe a que la relación laboral especial del abogado en despachos en España, regulada por el RD 1331/2006, constituye un vínculo caracterizado por la coexistencia de subordinación laboral con la autonomía profesional inherente al ejercicio del Derecho, y en este contexto, el respeto a la libertad de expresión del abogado y al secreto profesional no solo es una exigencia ética y normativa, sino también un elemento esencial para garantizar los derechos fundamentales del cliente, en particular el derecho a la defensa (art. 24 CE).

La relación laboral de carácter especial de los abogados en despachos profesionales es por todo lo anteriormente expuesto, una figura jurídica de naturaleza híbrida y compleja, que se sitúa en la intersección del Derecho del Trabajo, el Derecho Mercantil y el Derecho Profesional, de ahí que su regulación, articulada principalmente a través del RD 1331/2006, representa un esfuerzo notable por adaptar las categorías clásicas del trabajo por cuenta ajena a las singularidades de una profesión liberal regida por principios deontológicos de orden público.

El análisis de su régimen jurídico revela que la clave de bóveda del sistema es la primacía de las normas profesionales sobre las contractuales, dónde la independencia, la libertad de defensa y el secreto profesional no son meros atributos éticos, sino elementos normativos que modulan y limitan de forma decisiva las facultades de organización y dirección del despacho empleador, al igual que la subordinación que define el vínculo laboral es, por tanto, una subordinación atenuada, de carácter eminentemente organizativo y administrativo, que deja incólume la esfera de autonomía técnica y deontológica del abogado.

En este sentido, se puede afirmar que el RD 1331/2006 logra un equilibrio razonable: por un lado, otorga al abogado la protección del ordenamiento laboral (estabilidad en el empleo, derechos salariales, tutela frente al despido), reconociéndolo como la parte débil de la relación contractual; y por otro, preserva los principios esenciales que definen la abogacía y que son indispensables para garantizar el derecho de defensa y la confianza de los ciudadanos en la Justicia. Y a pesar del notable esfuerzo del RD 1331/2006 por armonizar la relación laboral con los imperativos deontológicos, el marco

adolece de una hipertrofia regulatoria incompleta en un aspecto crucial: la negociación colectiva. Aunque el RD 1331/2006 prevé expresamente convenios colectivos para el sector, que deberían desarrollar aspectos clave, no obstante, hasta la fecha no existe un convenio colectivo de ámbito nacional y aplicación exclusiva para la abogacía en despachos, generando una vacante regulatoria con consecuencias prácticas, por lo que la falta de un convenio sectorial remite la regulación de aspectos esenciales, como la compensación por exclusividad o el régimen de jornada, al contrato individual de trabajo, lo que incrementa el riesgo de desequilibrio de poder entre el despacho y el abogado, y fuerza la aplicación supletoria de convenios generales como el de oficinas y despachos, que no siempre integran las peculiaridades de la profesión. En definitiva, la limitada aplicación de la negociación colectiva constituye una asignatura pendiente del régimen jurídico, esencial para dotar de mayor seguridad jurídica y homogeneidad a las condiciones laborales del sector: no obstante, persisten áreas de incertidumbre que requieren quizás de un mayor desarrollo normativo y jurisprudencial: como la remisión del RD 1331/2006 a la negociación colectiva para desarrollar aspectos como la compensación por exclusividad o el régimen de jornada, que ha tenido, hasta la fecha, una aplicación práctica muy limitada, y así, la ausencia de convenios colectivos sectoriales de amplio espectro deja muchos aspectos a la regulación del contrato individual, con el consiguiente riesgo de desequilibrio entre las partes, al igual que la delimitación precisa de las fronteras del poder de dirección empresarial en situaciones complejas o novedosas seguirá siendo, previsiblemente, una fuente de litigiosidad que exigirá una labor de clarificación continua por parte de los tribunales.

Bibliografía

ALGAR JIMÉNEZ, CARMEN, «La nueva regulación laboral de los abogados», en *Fiscal al día: revista quincenal*, núm. 141, enero 2006.

ANDINO LÓPEZ, JUAN ANTONIO: *El secreto profesional del abogado en el proceso civil*, Editorial Bosch, 2014.

ARETA MARTÍNEZ, MARÍA, «Calificación de los servicios jurídicos que presta un abogado de empresa ¿relación laboral común o arrendamiento de servicios?: comentario a la STS de 3 de mayo de 2005 Rec. 2606/2004», en *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, ISSN 1139-0581, núm. 7, 2006.

BANDERA GALLEGU, JUAN CRISTÓBAL, «¿Abogados contratados o falsos autónomos? Estado de la cuestión y actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 3, 2021.

- BIDÓN Y VIGIL DE QUIÑONES, JOSÉ IGNACIO**, «Abogados: relación laboral especial. Regulación definitiva», en *Economist & Jurist*, año 15, núm. 106, diciembre-enero 2006, págs. 60-67. <http://www.icab.cat/files/242-134245-DOCUMENTO/bidon.pdf>
- BLASCO PELLICER, ANTONIO**: «Relación especial de los abogados: organización del trabajo y régimen de prestación de la actividad laboral; pactos de exclusividad, permanencia y no concurrencia postcontractual», en *La relación laboral especial de los abogados*, obra colectiva, editorial Tirant lo Blanch, Colección Laboral, núm. 178, Valencia, 2007.
- CARDENAL CARRO, MIGUEL**, «A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta (II)», en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 10, 2000, editorial Aranzadi.
- CONDE MARÍN, EMILIA**, «La relación laboral especial de los abogados en despachos jurídicos», en *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 22, 2025,.
- CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA**, «Informe-circular sobre la Relación Laboral Especial», en *Revista de Derecho VLex*, núm. 45, diciembre 2006. <https://vlex.es/vid/informe-circular-relacion-especial-342123>
- DE CASTRO MARÍN, EMILIO**, «La clientela en las relaciones laborales especiales: representantes de comercio y abogados en despachos individuales o colectivos», en *Trabajo y Empresa, Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 3(3), 2024, págs. 231-263. <https://doi.org/10.36151/tye.v3n3.009>
- DE LA PUEBLA PINILLA, ANA**, «El régimen jurídico de la contratación laboral entre abogados. Comentario al RD 1331/2006, de 17 de noviembre (LA LEY 11133/2006), por el que se regula la relación laboral especial de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, BOE 18 de noviembre de 2006)», en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2007.
- DE LA PUEBLA PINILLA, ANA**, «La nueva relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos», en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2006, págs.
- DE LA VILLA DE LA SERNA, LUIS ENRIQUE**: «Ámbito de aplicación» en VV.AA. García-Perrote Escartín, I., Alzaga Ruiz, I. (Dtores.), *La relación especial de abogados en despachos*, editorial Aranzadi Thomson Reuters, 2021.
- DE LA VILLA GIL, LUIS ENRIQUE**, «La relación laboral especial de los abogados. (Comentarios al Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre)», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 288, 2007.

DE LA VILLA GIL, LUIS ENRIQUE, «La relación laboral especial de la abogacía. Una llamada de atención sobre nueve cuestiones polémicas», en *Asturias Social*, 2007. núm. 1.

DEL ROSAL GARCIAL, RAFAEL, «Ética de la abogacía: de la confianza a la independencia. Apuntes para una teoría general de la ética jurídica», en *DS, Derecho y salud*, vol. 23, núm. extra 1, 2013 (Ejemplar dedicado a: XXII Congreso «Derecho y salud»).

DESDENTADO BONETE, AURELIO, «La Relación laboral especial de los abogados con los despachos. Algunos puntos críticos», en *Revista del poder judicial*, ISSN 1139-2819. Núm. 86, segundo trimestre 2007.

DÍAZ, VILIULFO, «Apuntes críticos sobre el diseño de una relación laboral especial de los abogados con los bufetes», en *Economist & Jurist*. año 15, núm. 102, julio-agosto 2006.

ECONOMIST & JURIST (1 de febrero de 2009): «Relación especial de los abogados: anulación parcial del RD 1331/2006», en *Economist & Jurist*. <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/al-dia/relacion-especial-de-los-abogados-anulacion-parcial-del-rd-13312006/>

ESTEBAN LEGARRETA, RICARDO, «Algunas reflexiones a propósito de la futura regulación laboral especial de los abogados», en *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 3, 2006, págs. 677-706. <http://www.icab.cat/files/242-133908-DOCUMENTO/rjc.pdf>

ESTEBAN LEGARRETA, RICARDO, «Una aproximación crítica al ámbito subjetivo de la futura relación laboral especial de los abogados», en *Iuslabor*, núm. 4, 2006.

ESTEBAN LEGARRETA, RICARDO, «Relación laboral de abogado y caducidad de acción de despido», en *Aranzadi social*, ISSN 1131-5369, núm. 6, 2008, págs. 49-58. <http://www.icab.cat/files/242-133910-DOCUMENTO/esteban%20aranzadi.pdf>

ESTEBAN LEGARRETA, RICARDO, «Relación laboral de abogado y despido disciplinario: STSJ Madrid 23 Diciembre 2011 (AS 2012, 108)», en *Aranzadi Social Revista Doctrinal*, vol. 5, núm. 2, 2012.

ESTEVE SEGARRA, AMPARO, «Insuficiencias y propuestas de reforma para la relación laboral especial de abogados tras un decenio de aplicación: a propósito de la negociación colectiva para la abogacía», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 44, 2016.

FERNÁNDEZ ORRICO, FRANCISCO JAVIER, «Régimen Jurídico de la Seguridad Social aplicable a la relación laboral especial de los abogados», en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 2, 2007, págs. 322-335. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2266420&orden=111502&info=link>

FOLGOSO OLMO, ANTONIO: «El derecho a la desconexión digital y su especial incidencia en el ámbito de la relación laboral especial de los abogados» en *Congreso Internacional Retos internacionales en el entorno de la industria 4.0*. Cartagena: Universidad Politécnica de Cartagena, 2021.

GARCÍA FERNÁNDEZ, JOSÉ ÁNGEL (1 de abril de 2007): «La libertad de expresión del abogado defensor», en *Artículos doctrinales La Toga*, núm. 163, 2007. <https://www.revistalatoga.es/la-libertad-de-expresion-del-abogado-defensor/>

GARCÍA NINET, JOSÉ IGNACIO, «Acerca del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados individuales o colectivos (a modo de resumen y avance de algunas cuestiones)», en *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 192, diciembre 2006. <http://www.icab.cat/files/242-134226-DOCUMENTO/garcia%20ninet.pdf>

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, IGNACIO, «El real decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 13, febrero 2007.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, IGNACIO y ALZAGA RUIZ, ICIAR. (Dir.): *La relación laboral de los abogados en despachos*, Cizur Menor (Navarra): Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2.ª edición, 2021.

GARCÍA PIÑEIRO, NURIA PAULINA, «Del abogado autónomo al abogado trabajador por cuenta ajena: la relación laboral especial de los abogados al servicio de despachos profesionales», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, 2009.

GARCÍA PIÑEIRO, NURIA PAULINA, «La relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados», en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 118, 2015, págs. 315-354.

GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA, «La relación especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos: configuración general», en *VVAA, La relación laboral especial de los abogados*, Tirant lo Blanch, colección laboral, núm. 178, Valencia 2007.

GONZÁLEZ POSADA MARTÍNEZ, ELÍAS, «La especialidad de dos relaciones laborales especiales: especialistas en ciencias de salud y abogados», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 13, 2007.

GONZÁLEZ TORRES (28 de abril de 2024): «Nulidad de la cláusula que ha dejado al libre arbitrio del empleador el cumplimiento o no del pacto de no competencia postcontractual según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *González Torres Abogados*. <https://gonzaleztorresabogados.blogspot.com/2024/04/nulidad-de-la-clausula-que-ha-dejado-al.html>

GUTIÉRREZ ARRANZ, ROBERTO, «Laboralización del abogado. Juicio crítico y propuestas de reforma del reglamento que lo regula», en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Recursos humanos. Comentarios casos prácticos*, núm. 301, abr. 2008.

GUTIÉRREZ VELASCO, IÑIGO, «Balance de situación de la contratación del abogado. Una aproximación jurisprudencial», en *Trabajo y Derecho*, núm. 49, enero 2019, editorial Wolters Kluwer.

HERNÁNDEZ GARCÍA, SARA, «*Relación laboral especial de los abogados en despachos individuales o colectivos* (Trabajo fin de grado)». Director: Mónica Molina García. Universidad de La Laguna, Facultad de Derecho, La Laguna, 2016.

HERNÁNDEZ ROBLES, SILVIA, «*La improcedencia del despido disciplinario y la problemática práctica de sus efectos. Singular referencia al régimen laboral de carácter especial de la profesión de abogado* (Trabajo fin de máster)». Director: Rosario Alonso Herrero. Universidad de Salamanca, Escuela de Práctica Jurídica, Salamanca, 2016.

HOUGHTON SOTO, MARIELENA, «El ejercicio subordinado de la abogacía: límites e implicancias de las cargas deontológicas sobre la relación laboral del abogado», en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 62, 2009, págs. 275-288.

ILIER NAVARRO (11 de febrero de 2025): «El secreto profesional de los letrados de empresa enfrenta a la CNMC con la abogacía», en *CINCO DÍAS*. <https://cincodias.elpais.com/legal/2025-02-11/el-secreto-profesional-de-los-letrados-de-empresa-enfrenta-a-la-cnmc-con-la-abogacia.html>

LUJÁN ALCARAZ, JOSÉ, «Disposiciones generales RD 1331/2006 y elementos de la relación laboral especial (capítulo I y II RD 1331/2006)», en *Estudios de derecho judicial*, núm. 141, 2007.

LLUCH CORELL, FRANCISCO JAVIER, «La Prestación de servicios por cuenta ajena de los Abogados», en: *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 18, abril 2006.

MARTÍN GONZÁLEZ, MARINA, (28 de marzo de 2017): «Los límites a la libertad de expresión del Abogado», en *LegalToday*. <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/los-limites-a-la-libertad-de-expresion-del-abogado-2017-03-28/>

MONTAYA MELGAR, ALFREDO, «Sociedades profesionales de abogados y contrato de trabajo», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 183, 2016.

MONTAYA MELGAR, ALFREDO y CÁMARA BOTÍA, ALBERTO: *Abogados: profesión liberal y contrato de trabajo*. Ed: Tecnos, Madrid, 1990.

PURCALLA BONILLA, MIGUEL ÁNGEL, «Abogados, relación laboral especial y prestación de servicios profesionales», en *Diario La Ley*, núm. 6.588, 2006.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL, «La relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos», en *Diario La Ley*, núm. 6.605, 2006, págs. 1-28 (LA LEY: 4207/2006).

SANTALÓ RÍOS, AUGUSTO, «El secreto profesional», en *Revista xurídica galega*, núm. 51, 2006.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, MARÍA LUISA, «La relación laboral especial de los abogados», en *Estudios de derecho judicial*, núm. 141, 2007, págs. 285-308.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE y ARETA MARTÍNEZ, MARÍA: *Gestión Práctica de la relación laboral especial de Abogacía. (Estudio práctico del Real Decreto 1331/2006 y las Leyes 34/2006, 2/2007 y 20/2007)*, 1.ª Ed. Aranzadi Thomson Reuters, 2008.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO VICENTE y ARETA MARTÍNEZ, MARÍA: *La contratación laboral (especial) entre abogados: presente y perspectivas*, Aranzadi, 2006.

Sentencia de 16 de diciembre de 2008, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se declara la nulidad del apartado tres del art. 14.1 del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos. «BOE» núm. 77, de 30 de marzo de 2009.

SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, «El régimen de responsabilidad civil derivada del ejercicio de la abogacía por cuenta ajena», en *InDret* 3.2008.

CAPÍTULO IX

PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LOS CEE. EL MANDATO UNIVERSAL DE ACCESIBILIDAD Y LA OBLIGATORIEDAD DE LOS AJUSTES RAZONABLES FUERA DE LOS CEE

People with disabilities in special employment centers. The universal mandate on accessibility and the obligation to make reasonable adjustments outside special employment centers

José Antonio González Martínez

Profesor Permanente Laboral

ja.gonzalezmartinez@um.es

<https://orcid.org/0000-0002-8286-6195>

Resumen: El diseño e implementación de estrategias que fomenten la accesibilidad universal presentan importantes desafíos, por la complejidad de integrar diversas condiciones que aseguren la accesibilidad física, sensorial y cognitiva. La interacción entre las características físicas, psíquicas, intelectuales y sensoriales de las personas, sumada a factores socioculturales como la etnicidad, género, sexo y situación socioeconómica, tiende a invisibilizar los obstáculos presentes en el entorno. Además, las personas con discapacidad aún enfrentan barreras significativas en el acceso a servicios de salud, educación, empleo, actividades recreativas, participación política y entornos digitales; y, además, tienen una mayor probabilidad de experimentar pobreza o exclusión social.

Palabras clave: discapacidad, discriminación, inclusión social, accesibilidad universal, ajustes razonables.

Abstract: The design and implementation of strategies that promote universal accessibility present significant challenges due to the complexity of integrating diverse conditions that ensure physical, sensory, and cognitive accessibility.

The interaction between people's physical, mental, intellectual, and sensory characteristics, coupled with sociocultural factors such as ethnicity, gender, sex, and socioeconomic status, tends to obscure the obstacles present in the environment. Furthermore, people with disabilities still face significant barriers in accessing health services, education, employment, recreational activities, political participation, and digital environments; and they are also more likely to experience poverty or social exclusion.

Keywords: disability, discrimination, social inclusion, universal accessibility, reasonable accommodations.

1. Personas con discapacidad en los centros especiales de empleo

La relación laboral especial de las personas con discapacidad que trabajan en los Centros Especiales de Empleo del artículo 2.1.g) del ET está regulada por Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, en sus artículos 41 y ss. (actual capítulo VI del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su exclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre), y por el RD 1368/1985, de 17 de julio. 1. Concepto de la relación laboral especial de las personas con discapacidad (artículos 43, 44 y 45 del Real Decreto Legislativo 1/2013 y artículos 1 y 2 del RD 1368/1985)

La relación laboral especial es la que vincula a la persona con discapacidad y los Centros Especiales de Empleo. Se entiende por persona con discapacidad, a los efectos de esta relación laboral especial, a la persona que, tenga reconocida una discapacidad en grado igual o superior al 33 % y, como consecuencia de ella, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje.

Pueden ser titulares de un Centro Especial de Empleo, tanto las personas físicas, como las jurídicas y las comunidades de bienes.

La regulación de esta relación laboral especial parte de lo establecido en los artículos 41 y ss. de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre), y está contenida en el RD 1368/1985, de 17 de julio, y en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales. No obstante, la regulación de la Ley 13/1982, de 7 de abril ha sido incorporada a la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su exclusión social, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (BOE de 3 de diciembre). La Ley General de derechos de las personas con discapacidad dedica el capítulo VI, de su Título Preliminar, a la regulación del derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

La resolución de los conflictos que surjan entre los trabajadores y empresas será competencia del orden jurisdiccional social (disposición adicional 3.ª del RD 1368/1985).

En cuanto a la capacidad de contratar se aplican las reglas comunes de los artículos 6 y 7 del ET y del Código Civil, si la capacidad de obrar de la persona con discapacidad estuviese limitada se completará con la correspondiente autorización, expresa o tácita, de quien ostente su representación legal (artículo 3 del RD 1368/1985).

Las personas con discapacidad están inscritas en el correspondiente Servicio Público de Empleo, constando el correspondiente grado de discapacidad. Obligatoriamente los Centros Especiales de Empleo deberán solicitar de la correspondiente Oficina de Empleo a las personas con discapacidad que pretendan emplear, describiendo detalladamente, en las ofertas que formulen, los puestos de trabajo que vayan a cubrir, sus características técnicas y las circunstancias personales y/o profesionales que deben reunir los trabajadores (artículo 4 del RD 1368/1985).

El contrato debe formalizarse por escrito, conforme al modelo establecido y se comunicará en 10 días a la Oficina de Empleo (artículo 5 del RD 1368/1985).

El trabajo a realizar por la persona con discapacidad deberá ser productivo y remunerado, adecuado a las características individuales del trabajador, en orden a favorecer su adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo (artículo 6 del RD 1368/1985).

Modalidades del contrato (artículo 7 del RD 1368/1985). Es posible la utilización de cualquiera de las previstas por el ET. Las dos singularidades más importantes son: el contrato para la formación no tiene límite de edad para la persona con discapacidad, y la modalidad del contrato de trabajo a domicilio no se podrá utilizar para la contratación de personas con discapacidad psíquica.

Duración del contrato (artículo 10 del RD 1368/1985)

El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada en los supuestos previstos por el ET, pero con el fin de facilitar la adaptación profesional del trabajador minusválido para el desempeño de las tareas que constituyen el contenido de su puesto de trabajo o, en su caso, completar la formación necesaria, para ello, podrá establecerse en el contrato un período de adaptación al trabajo que, a su vez, tendrá el carácter de período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos, no pudiendo exceder en ningún caso de seis meses.

Otras especialidades del contenido de la relación laboral de las personas con discapacidad en los centros especiales de empleo

Del contenido del trabajo de las personas con discapacidad en los Centros Especiales de Empleo (CEE) se pueden destacar las siguientes características:

1. Los trabajadores con discapacidad tendrán los derechos y deberes básicos previstos en el ET (artículo 9 del RD 1368/1985), la organización y los métodos de trabajo que se apliquen en los Centros Especiales de Empleo tratarán de asemejarse lo más posible a los de la empresa ordinaria, si las condiciones personales y profesionales del trabajador lo permiten, con el fin de favorecer su futura ocupación en un empleo ordinario, y se respetará la normativa de prevención de riesgos laborales (artículo 8 del RD 1368/1985).
2. Los ascensos por promoción en el trabajo requerirán informe previo del equipo multiprofesional (artículo 11 del RD 1368/1985).
3. Por lo que al salario respecta (artículo 12 del RD 1368/1985), la utilización de incentivos para estimular el rendimiento en el trabajo precisa informe favorable de los equipos multiprofesionales. El trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, cuya cuantía será, como mínimo, para cada una de ellas, de treinta días de salario, y cuando las circunstancias de la persona con discapacidad lo requieran podrá celebrarse el contrato a bajo rendimiento (con jornada de trabajo normal, pero con un rendimiento inferior al normal en un 25 %, y con la proporcional disminución del salario).
4. En tiempo de trabajo (artículo 13 del RD 1368/1985) están prohibidas las horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios, y el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales y para participar en acciones de orientación, formación y readaptación profesional, con derecho a remuneración, siempre que tales ausencias no excedan de diez días en un semestre.
5. En representación de los trabajadores en la empresa y en negociación colectiva, la única peculiaridad es que en los convenios de ámbito superior a la empresa estarán legitimadas para la negociación las asociaciones que pudieran contar con idéntico grado de representación en el sector correspondiente al exigido en el ámbito laboral común por el artículo 87 del ET (artículos 20 y 21 del RD 1368/1985).
6. Las personas con discapacidad, sujetas de esta relación laboral especial, serán beneficiarias de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial (disposición adicional 2.ª del RD 1368/1985).

Extinción de la relación laboral

El artículo 16 del RD 1368/1985 establece normas especiales sobre el despido por causas objetivas del artículo 52 del ET:

- a) La ineptitud del trabajador, conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa deberá ser constatada por el equipo multiprofesional, la existente con anterioridad no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.
- b) La falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, con un plazo de tres meses, deben ser constatadas por el equipo multiprofesional. El contrato quedará en suspenso por el tiempo necesario y hasta el máximo de tres meses, cuando la empresa ofrezca un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional que capacite al trabajador para la adaptación requerida, con derecho a percibir el equivalente al salario medio que viniera percibiendo.
- c) La necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51 del ET también requiere informe del equipo multiprofesional.
- d) Respecto a las faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen el 25 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 30 % en cuatro meses discontinuos, dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5 % en los mismos períodos de tiempo. No se computarán como faltas de asistencia las ausencias debidas a huelga legal, por el tiempo de duración de la misma, al ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidentes de trabajo, maternidad, licencias y vacaciones, ni enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos.

2. La discriminación de las personas de los centros especiales de empleo

La posible discriminación de las personas con discapacidad en los Centros Especiales de Empleo (CEE) es un tema debatido en el ámbito laboral, social y jurídico. Aunque los CEE fueron creados para promover la inclusión laboral de personas con discapacidad, en la práctica pueden surgir situaciones problemáticas.

¿Dónde puede surgir la discriminación dentro de los CEE?

a) Segregación laboral

Aunque los CEE buscan inclusión, se critica que generan espacios laborales separados del mercado ordinario, lo cual puede:

- Limitar la integración real.

- Crear «guetos laborales».
- Impedir el acceso a profesiones más diversas o de mayor cualificación.

b) Condiciones laborales inferiores

En algunos casos documentados, se han dado:

- Salarios bajos o adaptados a productividad.
- Menor movilidad interna.
- Jornadas reducidas no solicitadas.
- Poca progresión profesional.

Esto puede generar desigualdad respecto a trabajadores del mercado ordinario.

c) Falta de apoyos o adaptaciones reales

Aunque los CEE deben ofrecer medidas de apoyo (monitores, ajustes, formación), a veces:

- No existen suficientes recursos.
- Se da una asistencia mínima o simbólica.
- No se adaptan los puestos según la discapacidad.

Esto puede afectar la productividad y bienestar del trabajador.

d) Uso instrumental de la discapacidad

Algunas entidades han sido criticadas por:

- Contratar personas con discapacidad sólo para recibir subvenciones.
- No priorizar su desarrollo profesional.
- Mantener puestos de baja cualificación para maximizar ayudas públicas.

e) Trato paternalista

Puede existir un trato no intencionado pero discriminatorio:

- Sobreprotección que limita la autonomía.
- Poca participación en la toma de decisiones.
- Asunción de que «no pueden» realizar ciertos trabajos sin evaluación real.

3. La accesibilidad y el ajuste razonable: mismo objeto (igualdad de trato), pero diferente carácter (general o específico)

La discapacidad es una circunstancia que, en mayor o menor medida, afecta a todas las personas antes o después en el transcurso de la vida, si bien, en algunos casos, aparece en épocas más tempranas y dificulta la par-

ticipación en la sociedad o en diversas parcelas que la conforman, como la cultura, deporte, aficiones, y como no, en el trabajo¹.

Conviene tener presente que la evaluación de la discapacidad debe realizarse en condiciones de accesibilidad universal, con los ajustes razonables para que los solicitantes puedan interactuar con el equipo multidisciplinar de calificación y reconocimiento, y pueden estar acompañados de personas de su confianza; y que la Administración competente debe emitir una tarjeta acreditativa del grado de discapacidad, garantizando la accesibilidad universal del soporte o formato de la misma. Surge la necesidad de establecer los medios que permitan la denominada accesibilidad universal de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida, personal, familiar, profesional y social².

La accesibilidad universal es fundamental para fomentar la autonomía e inclusión social, pero su diseño e implementación enfrentan importantes desafíos. Estas dificultades surgen de la interacción entre las capacidades físicas, sensoriales y cognitivas de las personas, y las características físicas, comunicacionales y simbólicas de los bienes, servicios y entornos³.

La protección de las personas con discapacidad frente a cualquier forma de discriminación, directa o indirecta, que menoscabe su dignidad o que imponga una carga desproporcionada o indebida, como por ejemplo ocurre en materia de empleo, supone dos importantes consecuencias, de un lado, la de establecer un mandato de accesibilidad universal y, de otro, la obligación de realizar ajustes razonables⁴.

Conviene matizar que el ajuste razonable es una acción individualizada que tiene en cuenta a la persona discapacitada, al concreto individuo y su

-
- 1 La esperanza de vida es cada vez mayor, pero no está exenta de enfermedades y obstáculos a los que deberemos enfrentarnos; si bien todos somos frágiles, solo una proporción de personas experimenta los procesos incapacitantes adicionales del entorno social. Y es que, además de hacer frente a estas dificultades, las personas con discapacidad y su núcleo familiar deben afrontar obstáculos sociales: comprender estos procesos de exclusión debe ser el eje para luchar contra la profunda marginación de las personas con discapacidad y promover que puedan participar, en pie de igualdad, en los ámbitos civil, político, económico y social. En este sentido, JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, I.: «El principio de accesibilidad universal como presupuesto del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad». *Revista de Derecho Político*, núm. 23 (mayo-agosto), 2025, pág. 85.
 - 2 FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «Prólogo». *La discapacidad intelectual en el ámbito laboral. Hacia la accesibilidad universal* (Dir. Fernández Orrico, F. J.). Ediciones Laborum, Murcia, 2023, pág. 17.
 - 3 MUÑOZ CORDONES, J. P.: «Revisión sistemática de iniciativas que promueven la accesibilidad universal». *Revista Española de Discapacidad*, núm. 12 (2), 2024, pág. 185.
 - 4 En este sentido, LÓPEZ INSUA, B. M.: «La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales». *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*. Ediciones Laborum, Murcia, 2020, pág. 174.

necesidad, lo que distingue y diferencia el ajuste razonable de las exigencias de accesibilidad universal porque aquí no se dirige a la concreta persona o a la particular necesidad de esa persona, y también que se deben negociar con la persona, y que el deber surge desde la formulación de la petición⁵. Indica la doctrina científica que los ajustes razonables son subsidiarios respecto del sistema de accesibilidad universal, por lo que: «... aspiran a dotar de contenido y preservar el derecho concreto de la persona en situaciones particulares cuando el sistema de accesibilidad universal y de diseño para todos resulta inoperante, bien porque no se ha extendido jurídicamente a todos los ámbitos posibles y con la intensidad máxima deseable, o bien porque no ha sido capaz de prever (y regular) todas las situaciones en que una persona con discapacidad puede hallarse, en su interacción con el entorno que la rodea»⁶.

Las exigencias de accesibilidad (de contenido más general) y los ajustes de razonabilidad (de carácter más específico) facilitan enormemente el marco de actuación que podrá operar, en los distintos ámbitos (profesionales, educativos, sociales... etcétera) para remover todos esos obstáculos. Así bien, para el ámbito profesional o del empleo no sólo será la ley la que marque el nivel de protección, sino también la negociación colectiva. La supresión de determinados preceptos o su inaplicación en los contratos, reglamentos internos, convenios colectivos, así como la obligación de los Estados de adoptar las Directivas constituyen sólo algunos de los ejemplos que podrán operar en este escenario. Por su parte, la distinción entre estos dos instrumentos y las medidas de acción positiva radica en que, mientras que aquellos garantizan la igualdad de trato o igualdad formal, que no requiere de medidas de acción positiva, estas últimas constituyen precisamente diferencias de trato en favor de las personas con discapacidad. Se fundamenta estas diferencias de trato, precisamente, en las desventajas que de partida presenta este colectivo para lograr su plena igualdad de oportunidades (se incardinan, pues, en la dimensión material del principio de igualdad)⁷.

Por último, la normativa nacional española que establecía que el empresario podía poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho empleador esté obligado, con carácter previo, a prever o

-
- 5 SERRANO ARGÜELLO, N.: «Análisis y repercusiones de las últimas recomendaciones internacionales sobre el empleo de los discapacitados. La Observación general núm. 8/22 sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo de Naciones Unidas y la Estrategia europea sobre los derechos de las personas con discapacidad para los años 2021-2030». *La discapacidad intelectual en el ámbito laboral. Hacia la accesibilidad universal* (Dir. Fernández Orrico, F. J.). Ediciones Laborum, Murcia, 2023, pág. 101.
 - 6 PÉREZ BUENO, L. C: «La configuración jurídica de los ajustes razonables». *2003-2012: Diez años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*. Cinca, Madrid, 2012, pág. 162.
 - 7 LÓPEZ INSUA, B. M.: «La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales», cit., págs. 175-176.

mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva, supone una discriminación como afirmó STJUE 18 enero 2024, *Ca Na Negreta*, C-631/22⁸. Lo que desencadenó que la Ley 2/2025, de 29 de abril⁹ eliminara la posibilidad recogida en el art. 49.1.e) del ET de extinguir automáticamente el contrato de trabajo de las personas que acceden a la situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez¹⁰.

4. La accesibilidad universal como instrumento de carácter general

4.1. La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su tratamiento de la discapacidad desde la óptica de los derechos fundamentales

A pesar de que la igualdad estaba reconocida en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, será la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada por la Resolución 61/106 de la Asamblea General de Naciones Unidas (CDPD)¹¹, la que establece la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad mediante un instrumento jurídico vinculante a nivel internacional basado en el modelo social de discapacidad. En el Preámbulo de la misma, los Estados firmantes reconocen la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar ple-

8 STJUE 18 enero 2024, *Ca Na Negreta*, C-631/22 (ECLI: EU:C:2024:53).

9 Ley 2/2025, de 29 de abril, por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente de las personas trabajadoras, y el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en materia de incapacidad permanente. BOE, núm. 104, de 30 de abril de 2025, páginas 58002 a 58009.

10 Salvo que: a) la persona trabajadora opte ab initio por la extinción del contrato de trabajo; b) no puedan realizarse ajustes razonables que no supongan una carga excesiva para la empresa; c) no exista un puesto vacante compatible con el perfil profesional y la nueva situación de la persona trabajadora; o d) la persona trabajadora rechace el cambio de puesto de trabajo adecuadamente propuesto.

11 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, firmado el 23 de noviembre de 2007, y con entrada en vigor el 3 de mayo de 2008 (BOE núm. 96, de 21 abril 2008).

namente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales; y por ello, establecen la accesibilidad como principio general¹².

Este instrumento normativo ha supuesto la gran contribución jurídico-política para el tratamiento de la discapacidad, al abordarla desde la óptica de los derechos fundamentales, lo que es imprescindible para su reformulación, haciendo hincapié en la garantía de su eficacia e imponiendo que los Estados implementen acciones positivas que hagan posible a las personas con discapacidad, el ejercicio autónomo de sus derechos y, así, ostenten la ciudadanía plena¹³.

La CDPD define en su art. 9 la accesibilidad, y en ese sentido, señala que con el objetivo de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente, y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, es necesario adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales¹⁴.

Para ello, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para: a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público; b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad; c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad; d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión; e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público; f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información; g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet; h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la dis-

12 El art. 3.f) CDPD señala como principio de la Convención «la accesibilidad», por tanto, el derecho a la accesibilidad universal está reconocido en la propia Convención.

13 TEJADA RÍOS, J.: «Accesibilidad de las personas con discapacidad en España y Portugal: perspectiva jurídica». *REJIE Nueva época*, núm. 24, 2021, pág. 95.

14 Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo; b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia (art. 9 CDPD).

tribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo (art. 9.2 CDPD).

En este sentido, encontramos que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad da una definición de la misma en su Observación general n.º 2 (2014)¹⁵, señalando en su art. 9 que «La accesibilidad es una condición previa para que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones. Sin acceso al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, las personas con discapacidad no tendrían iguales oportunidades de participar en sus respectivas sociedades».

Por tanto, accesibilidad universal entendida como aquella condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios para que todas las personas puedan participar de manera autónoma y con las mismas oportunidades. Su objetivo es avanzar en la igualdad de oportunidades y la inclusión sociolaboral, incorporando en las estrategias de diseño una mirada inclusiva, que acabe con cualquier barrera que dificulte la participación de algunas personas en los diferentes ámbitos de nuestra sociedad (la comunicación y las relaciones humanas, la educación, el empleo, el ocio, la cultura, etc.)¹⁶.

4.2. Marco constitucional y legal de la accesibilidad universal

El art. 49 CE, relativo a la especial protección de las personas con discapacidad, en su texto original, señalaba expresamente que: «*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*».

15 Naciones Unidas. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11.º período de sesiones (22 de mayo de 2014) <http://www.con- venciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-2-Art%C3%ADculo-9-Accesibilidad.pdf>

16 Desde su fundación, la Organización Internacional de Trabajadores (en adelante, OIT) promueve la igualdad de trato y de oportunidades en el mercado de trabajo para las personas con discapacidad, y el reconocimiento a las contribuciones positivas de las mismas en el mundo del trabajo y en la sociedad cada vez es mayor y así se recoge en la agenda para el desarrollo. Por ejemplo, se hace referencia a la discapacidad en cinco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, entre los que destacan el Objetivo 8, que promueve «el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todas las mujeres y los hombres», y el Objetivo 10, que tiene como meta «potenciar y promover la inclusión social, económica y política de todas las personas».

Llamaba poderosamente la atención que el constituyente utilizara la peyorativa denominación de «disminuidos», por lo que se hizo necesaria la modificación nominal vigente en la Carta Magna española para referirse a este nutrido grupo social, que ponga el énfasis en la dignidad humana, en la condición de sujetos titulares de derechos¹⁷. En la actualidad, su tenor explícito dice lo siguiente: «1. Las personas con discapacidad ejercen los derechos previstos en este Título en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas. Se regulará por ley la protección especial que sea necesaria para dicho ejercicio. 2. Los poderes públicos impulsarán las políticas que garanticen la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Asimismo, fomentarán la participación de sus organizaciones, en los términos que la ley establezca. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y los menores con discapacidad».

El art. 49 CE se ubica dentro de los principios rectores de la política social y económica, y su inclusión en el capítulo III del Título I de la CE le otorga un mero valor informador de la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, al propio tiempo que no goza de aplicación directa mientras no haya sido objeto de desarrollo legal, ni tampoco de la garantía jurisdiccional del recurso de amparo, propia de los derechos fundamentales¹⁸.

La carencia de una definición de discapacidad, el ambiguo lenguaje que emplea este art. 49 CE, así como la «incorrecta» ubicación de este derecho en el apartado correspondiente a los principios rectores, ha abierto todo un debate a nivel jurisprudencial y doctrinal que ha causado importantes consecuencias jurídicas¹⁹: en un principio, podría pensarse que los derechos de las personas con discapacidad adolecen de una débil protección constitucional que los sitúa en un segundo nivel, aunque ciertamente no es así.

Esta previsión del mandato constitucional, disposición de cabecera, fue desarrollada legalmente en 1982 con la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad (LISMI), la cual contenía

17 Al respecto, el 10 de diciembre de 2018, el Consejo de Ministros, aprobó a iniciativa de la vicepresidenta del Gobierno, ministra de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, Carmen Calvo, el Anteproyecto de reforma del art. 49 CE, relativo a los derechos de las personas con discapacidad: con esta reforma, el art. 49 CE se actualiza para adaptarlo a la Convención de 2006 y se modifica íntegramente tanto desde el punto de vista del lenguaje como de su estructura y contenido. Esta nueva propuesta supone un paso más hacia el pleno reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, y la eliminación de la discriminación que han venido padeciendo desde siempre, en todos los ámbitos de la vida diaria, así como en el lenguaje peyorativo usado, en referencia a sus circunstancias personales.

18 JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, I.: «El principio de accesibilidad universal como presupuesto del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad», cit., pág. 91.

19 LÓPEZ INSUA, B. M.: «La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales», cit., pág. 168.

aspectos en materia de accesibilidad, en concreto los arts. 54 y siguientes, referidos a la movilidad y barreras arquitectónicas (las notas características de esta legislación son la accesibilidad como eliminación de barreras, y como parte de la asistencia social)²⁰. Sin embargo, la propia distribución competencial definida en la CE determinó que fueran las CCAA las que desarrollaron desde 1988 su propia normativa en materia de accesibilidad, normativa que fue «fidel» a la LISMI y, en líneas generales, la accesibilidad no era una cuestión ligada a la igualdad y no discriminación²¹.

Así pues, a partir de la década de los 80 se comenzó a transitar desde un modelo individual de la discapacidad a un modelo social (que considera que los obstáculos de origen social son la causa de la falta de una completa integración en la sociedad de las personas con discapacidad: es responsabilidad de todos llevar a cabo las modificaciones necesarias para permitir la participación plena de las personas con discapacidad en todas las facetas de la vida social), donde ya no se trataba de adaptar a la persona con discapacidad al entorno social, sino de adaptar el entorno social a la persona con discapacidad (es la sociedad quien tiene la responsabilidad de suprimir las barreras)²². En este sentido, hay que diferenciar el enfoque médico y el social, del concepto de accesibilidad, porque este último entiende que el problema no está en las personas, sino en el diseño social que hemos hecho que obstaculiza y margina a determinadas personas por no responder a un diseño universal²³.

En el año 2003, con ocasión del Año Europeo de las Personas con Discapacidad, se produce un hecho de gran trascendencia en el ordenamiento jurídico de la accesibilidad en España, con la promulgación de la Ley 51/2003, de

20 En este sentido, véase CARMONA CUENCA, E.: «Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica». *Revista de Estudios Políticos*, núm. 76, 1992, págs. 19-34.

21 El desarrollo de la LISMI fue escaso en materia de eliminación de barreras por parte del Estado. Respetando el marco básico estatal, la competencia en materia de accesibilidad ha venido siendo asumida de manera exclusiva por las CCAA, siendo la estatal una competencia de mera armonización o establecimiento de normativa básica, justificada por la necesidad de exigir una sustancial uniformidad en las condiciones de vida del colectivo de personas discapacitadas y por el amparo de otros títulos competenciales que inciden de manera indirecta en cuestiones relativas a la accesibilidad. En este sentido, TEJADA RÍOS, J.: «Accesibilidad de las personas con discapacidad en España y Portugal: perspectiva jurídica», cit., pág. 98.

22 FOLGOSO OLMO, A.: «Aplicación de las cláusulas subrogatorias previstas en convenios colectivos sectoriales a centros especiales de empleo: la conveniencia de realizar una interpretación favorable a los derechos de las personas con discapacidad». *La discapacidad intelectual en el ámbito laboral. Hacia la accesibilidad universal* (Dir. Fernández Orrico, F. J.). Ediciones Laborum, Murcia, 2023, pág. 311.

23 REY PÉREZ, J. L.: «Una revisión de los conceptos de accesibilidad, apoyos y ajustes razonables para su aplicación en el ámbito laboral». *Pactar el futuro: debates para un nuevo consenso en torno al bienestar, VI Congreso Red Española de Políticas Sociales*. Editorial Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2017, pág. 2516.

2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), la cual se dicta, conforme establece su disposición adicional decimocuarta, para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (conforme al art. 149.1.1.^a CE). Norma que, si bien ejemplifica el cambio en cuanto a la concepción de discapacidad y al de igualdad y no discriminación, al extremo de dictarse en garantía de la igualdad de derechos, no logra dar la vuelta a la realidad²⁴; y tres años más tarde, en 2006, se aprobaría la CDPD.

Esta norma supuso un renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad, puesto que centraba toda su atención especialmente en dos estrategias de intervención, de un lado, la lucha contra la discriminación y, de otro, la accesibilidad universal: gracias a esta ley se inicia un tratamiento legislativo del modelo social de discapacidad que se aparta del modelo médico o rehabilitador que se esboza en la Convención de la ONU²⁵.

En 2013, se aprueba el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD). Su elaboración y aprobación supuso una senda más en el proceso de configuración jurídica de un modelo de inserción laboral de las personas con discapacidad, sin embargo limitada por el propio carácter y la finalidad de la norma aprobada, que no es otro que la refundición de tres textos legales: la LISMI, la LIONDAU y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad²⁶. Por tanto, la LGDPD, que refunde, aclara y armoniza en un solo texto las Leyes 13/1982, 51/2003 y 49/2007, regula el derecho al trabajo y el empleo ordinario, protegido y autónomo de las personas con discapacidad (Título I,

24 La LIONDAU fundamentó la accesibilidad en el principio de igualdad y no discriminación en los ámbitos en ella definidos, y posteriormente mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se amplió su ámbito de actuación a la administración de Justicia. Sin embargo, las previsiones temporales de desarrollo normativo que contenía fueron dilatándose hasta que el año 2017 fue establecido como frontera ineludible de la accesibilidad. Límite temporal que, en todo caso, ha sido ignorado.

25 En este sentido, LÓPEZ INSUA, B. M.: «La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales», cit., pág. 140.

26 ROMERO RÓDENAS, M. J. y GARCÍA RÍOS, J. L.: «El tratamiento de la inclusión laboral de las personas con discapacidad en el actual marco normativo y su necesaria transformación». *La discapacidad intelectual en el ámbito laboral. Hacia la accesibilidad universal* (Dir. Fernández Orrico, F. J.). Ediciones Laborum, Murcia, 2023, pág. 51.

Capítulo VI), y dedica su Título II a la igualdad de oportunidades y no discriminación de dichas personas²⁷.

La evolución normativa ha permitido pasar de un enfoque en el que la discapacidad era causa de exclusión (modelo LISMI) a otro en el que la igualdad y no discriminación es el sustento de cada derecho reconocido. Por otra parte, debe hacerse constar que, además de esta normativa referenciada, existe más legislación que incide en el derecho de acceso a la justicia y que, sin ser completa, se lista a pie de página.

La LGDPD recoge una serie de principios en su art. 3, y entre ellos cita «la accesibilidad universal»; principios que comprometen la actuación de los poderes públicos y sus instituciones, pero también al resto de actores sociales, por lo que su observancia es necesaria y deben informar las actuaciones de actores públicos y privados en materia de discapacidad (relación de principios claramente inspirada en la relación de principios de la CDPD)²⁸.

Según su art. 2.k), la accesibilidad es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. En la accesibilidad universal está incluida la accesibilidad cognitiva para permitir la fácil comprensión, la comunicación e interacción a todas las personas. La accesibilidad cognitiva se despliega y hace efectiva a través de la lectura fácil, sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, pictogramas y otros medios humanos y tecnológicos disponibles para tal fin. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

En la definición de accesibilidad universal, por un lado, aparece un concepto que también precisa ser definido. El «diseño universal o diseño para todas las personas» es la actividad por la que se conciben o proyectan desde el origen, y siempre que sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El diseño universal o diseño para todas las personas no excluirá los productos de apoyo para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando lo necesiten²⁹.

27 MONTOTO MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 45.ª edición. Editorial Tecnos, Madrid, 2024, pág. 672.

28 ROMERO RÓDENAS, M. J. y GARCÍA RÍOS, J. L.: «El tratamiento de la inclusión laboral de las personas con discapacidad en el actual marco normativo y su necesaria transformación», *cít.*, págs. 52-53.

29 Art. 2.l) LGDPD. La finalidad del diseño universal (en el que se basa la accesibilidad univer-

El diseño universal es un paradigma relativamente nuevo, que dirige su acción al desarrollo de productos y entornos de fácil acceso para el mayor número de personas posible, sin la necesidad de adaptarlos o rediseñarlos de una forma especial. El concepto surge del diseño sin barreras, del diseño accesible y de la tecnología asistiva. A diferencia de estos conceptos, tiene un alcance a todo el espectro de accesibilidad incluidas las personas que no la tienen. Además, tiene en cuenta la manera en que se vende el producto y la imagen del mismo, para que éstos, además de ser accesibles, puedan venderse y captar a todo el rango de consumidores. El propósito del diseño universal es simplificar la realización de las tareas cotidianas mediante la construcción de productos, servicios y entornos más sencillos de usar por todas las personas y sin esfuerzo alguno. Así pues, beneficia a todas las personas de todas las edades y habilidades³⁰.

Y, por otro lado, precisa que se adoptaran los «ajustes razonables» en aquellos casos en los que haya que aplicar criterios de accesibilidad en instalaciones que no son de nueva construcción y que, por lo tanto, aplicar accesibilidad universal, sería costoso e incluso difícil de aplicar³¹. Entre estos ajustes razonables podemos encontrar, los ajustes técnicos del puesto de trabajo, el cambio de jornada, de horario, movilidad funcional, movilidad geográfica, cambio de puesto por la aparición de la discapacidad³².

La fuente de discriminación³³ para las personas con discapacidad que más se subraya consiste tanto en la denegación de ajustes razonables, la persistencia de lugares de trabajo inaccesibles, así como el acoso por razón de

sal) consiste en eliminar las barreras que impiden que algunas personas puedan usar algo que usan otras personas.

30 Guía de accesibilidad para empresas. Versión 2.0. Fundación Adecco.

31 El art. 40.2 LGDPD regula con carácter general esta obligación de realizar ajustes razonables como deber empresarial, configurándose fundamentalmente como un instrumento para garantizar el principio de igualdad de trato de las personas con discapacidad, si bien su art. 2.m) LGDPD, los define como «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos».

32 STJUE de 10 de febrero de 2022, asunto HR Rail, C 485/20.

33 Se considera discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad, entendiéndose por tales las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando sean necesarios para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a estas personas todos los derechos en igualdad de condiciones con las demás. La discriminación indirecta se produce cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ocasiona o puede ocasionar a una o varias personas una desventaja particular con respecto a otras. Así lo establece el art. 6.1.a) y b) de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE núm. 167, de 13 de julio).

discapacidad que sufren: estos tres focos de discriminación (denegación de ajustes, lugares inaccesibles y acoso) es una barrera para el trabajo y en particular para en empleo ordinario o empleo abierto³⁴.

Las personas con discapacidad tienen el derecho a trabajar en igualdad de condiciones con las demás, lo que incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad (art. 27 CDPD) Lo que se debe interpretar en el sentido de que, dentro de los tipos de empleo por cuenta ajena de las personas con discapacidad reconocidos en la legislación española (art. 37.2 LGDPD), en el empleo ordinario debería ser de atención preferente frente al empleo protegido. A tal efecto, los servicios públicos de empleo deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas con discapacidad puedan acceder a todos los servicios que forman parte de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Empleo (disposición adicional 4.ª Real Decreto 438/2024, de 30 de abril, por el que se desarrollan la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo y los servicios garantizados establecidos en la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo: BOE núm. 106 de 1 de mayo).

Por tanto, accesibilidad entendida como aquella característica del urbanismo, la edificación, los medios de transporte, los sistemas de comunicación, el mobiliario, los productos, los servicios y de todo aquello que nos rodea, que permite a cualquier persona, sea cual sea su capacidad o su discapacidad, su utilización y su máxima autonomía personal.

5. Los ajustes razonables como mecanismo subsidiario de la accesibilidad universal

5.1. Evolución normativa del concepto hasta la actualidad

La Convención de los derechos de las personas con discapacidad, adoptada por la Resolución 61/106 de la Asamblea General de Naciones Unidas³⁵,

34 SERRANO ARGÜELLO, N.: «Análisis y repercusiones de las últimas recomendaciones internacionales sobre el empleo de los discapacitados. La Observación general núm. 8/22 sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo de Naciones Unidas y la Estrategia europea sobre los derechos de las personas con discapacidad para los años 2021-2030», cit., págs. 99-100.

35 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, firmado el 23 de noviembre de 2007, y con entrada en vigor el 3 de mayo de 2008 (BOE núm. 96, de 21 abril 2008).

supone la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad mediante un instrumento jurídico vinculante a nivel internacional basado en el modelo social de discapacidad³⁶. Establece que con el «fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables» (art. 5.3), entendiendo por tales «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» (art. 2)³⁷. La misma aborda una serie de derechos sustantivos desde la perspectiva de la no discriminación, entre los cuales se encuentra el derecho al trabajo³⁸.

Por su parte, la Recomendación núm. 168 OIT, sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), de 1983, no utiliza el término de ajuste razonable, pero indica que deben adoptarse «medidas apropiadas» para crear oportunidades de empleo en el mercado regular del empleo, incluidos incentivos económicos para alentar a los empleadores a proporcionar formación y empleo subsiguiente a las personas inválidas, así como a adaptar, dentro de límites razonables, los lugares de trabajo, la estructuración de las tareas, las herramientas, la maquinaria y la organización del trabajo para facilitar tal formación y empleo (apartado 11.a); así como la eliminación gradual, en caso necesario por etapas, de las barreras y obstáculos de orden físico o arquitectónico, o relativos a la comunicación que afectan al transporte, al acceso y al libre movimiento en los locales de formación y empleo de personas inválidas (apartado 11.g).

El concepto de ajuste razonable proviene de la normativa norteamericana (reasonable accommodation), introducido en el sistema jurídico norteamericano con la aprobación de la Equal Employment Opportunity Act de 1972 (EEOA), pero circunscrito su campo de actuación a la discriminación por

36 Su propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1).

37 Definición que no se limita exclusivamente al ámbito del trabajo sino a todos los ámbitos de la vida social.

38 Conforme a su art. 27, los Estados Parte reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: ... i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo.

motivos religiosos. Posteriormente, la primera ley que prohíbe la discriminación por discapacidad es la Rehabilitation Act de 1973, el embrión que posibilita que la normativa posterior trasladase la obligación de realizar ajustes razonables al ámbito laboral. Y finalmente, la Americans with Disabilities Act de 1990 (ADA) es la primera norma que introduce la obligación de realizar ajustes razonables en el ámbito privado³⁹.

Conforme a la ADA, el término «discriminar a una persona calificada por motivos de discapacidad» incluye, entre otros: no realizar adaptaciones razonables a las limitaciones físicas o mentales conocidas de una persona con una discapacidad que de otro modo califique y que sea un solicitante o empleado, a menos que dicha entidad cubierta pueda demostrar que la adaptación impondría una dificultad indebida en la operación del negocio de dicha entidad cubierta; o negar oportunidades de empleo a un solicitante de empleo o empleado que sea una persona calificada con una discapacidad, si dicha denegación se basa en la necesidad de dicha entidad cubierta de hacer ajustes razonables a los impedimentos físicos o mentales del empleado o solicitante (art. 12112 (b) (5) de la misma).

Al mismo tiempo proporciona una lista no cerrada de posibles ajustes, al señalar que el término «ajustes razonables» puede incluir: hacer que las instalaciones existentes utilizadas por los empleados sean fácilmente accesibles y utilizables por personas con discapacidades; y reestructuración del trabajo, horarios de trabajo a tiempo parcial o modificados, reasignación a un puesto vacante, adquisición o modificación de equipos o dispositivos, ajuste o modificaciones apropiados de exámenes, materiales de capacitación o políticas, la provisión de lectores o intérpretes calificados, y otros adaptaciones similares para personas con discapacidades (art. 12111 (9) de la misma).

Desde la óptica del derecho comunitario, la primera propuesta de Directiva cristaliza en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁴⁰. Esta Directiva reviste gran importancia desde la perspectiva de este colectivo pues hace referencia, de manera

39 Considerada el paradigma de ley antidiscriminatoria por motivos de discapacidad por excelencia, pues es la norma que sirve de modelo para la adopción de leyes similares en todo el mundo. De hecho, la propia Directiva 2000/78/CE está claramente influenciada por esta ley, pues adopta conceptos clave contenidos en la misma, singularmente el de ajustes razonables. La ADA no da una definición de ajustes razonables, simplemente se limita a señalar que ninguna entidad cubierta discriminará a una persona calificada por motivos de discapacidad con respecto a los procedimientos de solicitud de empleo, la contratación, promoción o despido de empleados, compensación de empleados, capacitación laboral y otros términos, condiciones y privilegios de empleo.

40 DOCE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000. Su finalidad es establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato (art. 1).

especialmente singular, a los ajustes razonables a favor de las personas con discapacidad, cuestión clave para conseguir la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo (concepto clave en la normativa antidiscriminatoria por razón de discapacidad).

Esta noción se fundamenta en la idea de que las sociedades en general están estructuradas conforme a patrones de normalidad, es decir, tomando como modelo una persona con capacidades físicas y mentales normales lo que erige importantes obstáculos a la participación de las personas con discapacidad. De ahí que para permitir su participación plena y efectiva en la sociedad sea imprescindible la realización de ajustes o adaptaciones que tengan en cuenta sus necesidades específicas y eliminen tales obstáculos⁴¹.

Su art. 5 señala que, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades. Por tanto, el ajuste debe estar vinculado con el trabajo no extendiéndose a las adaptaciones que precise la persona con discapacidad en sus actividades diarias distintas al trabajo⁴².

El Tribunal de Justicia declara que procede recordar que, según su decimo-séptimo considerando, la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo⁴³.

Es preciso establecer medidas adecuadas, es decir, «medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre»⁴⁴. Es una enumeración ejemplificativa y que no se ha de entender

41 CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 108.

42 Por tanto, un ajuste puede consistir en medidas muy variadas que pueden ser requeridas en diferentes estadios del proceso de empleo, tanto en los procesos de selección como durante el desarrollo de la relación laboral e incluso una vez finalizada ésta.

43 STJUE de 11 julio 2006, *Chacón Navas*, C-13/05.

44 Considerando (20) de la Directiva.

de forma taxativa: del mero hecho de que la reducción de la jornada laboral no esté allí expresamente citada no se puede deducir que no esté comprendida por la Directiva⁴⁵. Respecto de la valoración de las medidas de ajuste, el TJUE opta por una definición amplia del concepto, señalando que incluso la enumeración que la propia Directiva 2000/78 hace en su considerando (20) no es exhaustiva y que las mismas pueden ser «de orden físico, organizativo o educativo»⁴⁶.

Dicha directiva es traspuesta al derecho español por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social⁴⁷, que modificó la LISMI, así como la LIONDAU, y que finalmente se refundieron en la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, LGDPD)⁴⁸.

El art. 2.m) LGDPD define los ajustes razonables como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos.

Este concepto de ajustes razonables de la LGDPD va más allá del ámbito laboral, pues a diferencia de la Directiva, se dirige a las medidas que se deben realizar para que las personas con discapacidad puedan adaptarse al ambiente físico, social y actitudinal, sin hacer mención a ningún aspecto laboral como sí alude la Directiva⁴⁹. En el ámbito laboral, señala que se deben establecer disposiciones relativas a la adopción de normas internas en las empresas o centros que promuevan y estimulen la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación a las personas con discapacidad, incluidos los ajustes razonables⁵⁰.

5.2. La exigencia de razonabilidad

La exigencia de razonabilidad, que acompaña a la palabra «ajustes», no es trivial, y se traduce en términos prácticos en que la obligación de realizar ajustes razonables no incluye adoptar cualquier medida, sino única y exclusiva-

45 STJUE de 6 diciembre 2012, C-335/11.

46 STS de 22 febrero 2018 (ECLI: ES:TS:2018:757).

47 BOE núm. 313, de 31 de diciembre.

48 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (BOE núm. 289, de 3 diciembre).

49 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite. Diagnóstico y propuestas*, cit., pág. 198.

50 Art. 23.2.d) LGDPD.

mente aquellas que sean razonables; y debe ser entendida como la inexistencia de dificultades excesivas para el empresario, a diferencia de la carga excesiva.

El término razonable, a diferencia del término ajuste que resulta más claro, genera cierta confusión ya que en las diferentes legislaciones se ha interpretado de tres maneras distintas: en algunos Estados un ajuste es razonable si no implica excesivos costes o inconvenientes para el empresario; en otros países razonable es sinónimo de efectivo, en el sentido que permita al beneficiario del mismo llevar a cabo las tareas en cuestión; y en otros el ajuste sería razonable si es efectivo y no resulta en excesivos costes o dificultades para el empresario, esto es, debe cumplir el doble requisito de ser efectivo y no suponer una carga excesiva⁵¹.

La razonabilidad de la medida no es definida en la LGDPD, y simplemente su art. 66.2 da unas pautas interpretativas de lo que se puede considerar como razonable, al señalar que a efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el art. 2.m), se tendrán en cuenta (como circunstancias que permiten apreciar la razonabilidad) los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.

En este punto, sería recomendable que el legislador incorporase una conexión normativa entre los arts. 40.2 y el 66.2 LGDPD, para que la aplicación del art. 66.2 no presentase duda alguna en el marco de la interpretación del art. 40.2 (que éste hiciera una remisión al art. 66.2 a efectos de valorar la razonabilidad del ajuste).

5.3. Los sujetos obligados a realizar los ajustes

Desde un punto de vista subjetivo, la obligación de realizar ajustes razonables en el empleo se halla contemplada en el art. 40.2 LGDPD, según el cual, el empresario está obligado a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. No se especifica demasiado en que van a consistir estas adaptaciones, por lo que habrá que presumir que debería desarrollarse este art. a través de las oportunas disposiciones reglamentarias⁵².

51 CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, cit., pág. 138.

52 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad inte-*

Es un deber empresarial que se puede ejecutar con distintas finalidades, y en cualquier momento de la relación laboral o previamente a la misma, por tanto, se configura como una obligación que se sostiene en el tiempo, y que va desde el momento previo de acceso a la relación laboral⁵³ hasta su extinción total⁵⁴ (obligación de tracto sucesivo: el empresario debe adoptar y mantener estas medidas). Así pues, el ajuste puede requerirse para candidatos a un empleo, trabajadores que están prestando sus servicios, o incluso trabajadores que han cesado en la empresa pero que tienen reconocidos determinados derechos por su antiguo empresario. Y entendemos, ante el silencio del legislador, que también tienen derecho a los ajustes, los trabajadores con discapacidad desempleados que reciben formación u orientación profesional⁵⁵.

Así por ejemplo, la prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los arts. 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate⁵⁶.

El sujeto beneficiario de los ajustes razonables, y que puede exigir el cumplimiento de esta obligación, es la persona con discapacidad (cualificada para el empleo que se trate), que preste o vaya a prestar servicios

lectual límite. Diagnóstico y propuestas, cit., pág. 204.

- 53 Las personas con discapacidad tendrán derecho a un ajuste razonable de cualquier condición o elemento del sistema de provisión del puesto de trabajo vacante o de nueva creación, a fin de no situarse en situación de desventaja respecto a las personas que no tiene discapacidad. Así lo establece la STS de 12 julio 2018, FJ 2.º (ECLI: ES:TS:2018:3134).
- 54 STJUE de 11 abril 2013, Asunto C-335/11: la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a la obligación de realizar ajustes razonables prevista en el art. 5 de dicha Directiva.
- 55 Conviene recordar que el ámbito de aplicación de la Directiva se aplica a todas las personas, (por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos), y comprende: las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción; el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas (art. 3.1.).
- 56 SSTS de 15 mayo 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1244), y de 3 mayo 2016 (ECLI: ES:TS:2016:2351).

para la empresa u organización obligada a realizar el ajuste, o incluso el trabajador que adquiera dicha condición a lo largo de la relación laboral⁵⁷. La exigencia del reconocimiento legal de la situación de discapacidad como condición para la aplicabilidad de los ajustes razonables, es discutible desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación, y por tanto no debería exigirse que la discapacidad esté oficialmente reconocida mediante un certificado de discapacidad o similar, ya que el deber de adaptación debe estar condicionado a exigencias de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

En este sentido, es muy importante destacar que el Tribunal de Justicia⁵⁸ señala que el art. 2 Directiva debe interpretarse en el sentido de que:

- La práctica de un empresario consistente en abonar un complemento salarial a los trabajadores discapacitados que hayan presentado su certificado de discapacidad después de una fecha elegida por dicho empresario, y no a los trabajadores discapacitados que hubieran presentado dicho certificado antes de esa fecha, puede constituir una discriminación directa cuando resulte que dicha práctica se basa en un criterio indisolublemente vinculado a la discapacidad, en la medida en que puede hacer definitivamente imposible que cumpla este requisito temporal un grupo claramente identificado de trabajadores, integrado por el conjunto de los trabajadores discapacitados cuyo empresario conocía necesariamente la situación de discapacidad en el momento en el que estableció esa práctica.
- La citada práctica, aunque aparentemente neutra, puede constituir una discriminación indirecta por motivos de discapacidad cuando resulte que ocasiona una desventaja particular a trabajadores discapacitados en función de la naturaleza de su discapacidad, en particular de su carácter ostensible o de que dicha discapacidad requiera ajustes razonables de las condiciones de trabajo, sin estar objetivamente justificada por una finalidad legítima y sin que los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios.

Y nada dice el legislador sobre aquellos trabajadores sin discapacidad, pero con familiares con discapacidad, y la posibilidad de que puedan exigir el cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables.

57 Si el trabajador no acredita su condición de persona con discapacidad, ello validaría el no cumplimiento empresarial de la obligación de realizar ajustes razonables, que podría extenderse hasta que, en un plazo prudencial, se demostrase que la situación del trabajador es asimilable al concepto de persona con discapacidad.

58 STJUE de 26 enero 2021, Asunto C-16/19: la práctica de un empresario consistente en abonar un complemento salarial únicamente a los trabajadores discapacitados que hayan presentado un certificado de discapacidad después de una fecha que él mismo haya elegido puede constituir una discriminación directa o indirecta por motivos de discapacidad.

Respecto del sujeto obligado a proporcionar los ajustes, observamos que la Directiva menciona únicamente al empresario, dejando fuera a sindicatos, agencias de colocación, o entidades que imparten formación profesional. En todo caso por empresario debemos entender, ya que la Directiva se aplica tanto al sector público como al privado, el empresario privado, las empresas públicas y las Administraciones Públicas. Conviene matizar la naturaleza reactiva del deber empresarial de realizar los ajustes, y que exige que sea el propio trabajador el que comunique la necesidad de proceder a la adaptación del puesto de trabajo

El art. 40.2 LGDPD, al igual que el art. 5 Directiva 2000/78, hablan con el término amplio de «medidas adecuadas», como expresión equivalente a ajustes razonables: la expresión «ajustes razonables» simboliza la denominación de la obligación empresarial (art. 2.m. de la LGDPD), y el término «medidas adecuadas» es su concreción material en el ámbito del empleo (art 40.2 LGDPD). Expresión que debe cumplir con un requisito, a saber, la adecuación con relación a las necesidades concretas de cada situación, necesidades de la persona que solicita el ajuste, excluyendo así necesariamente el análisis del impacto que puede generar en la organización la medida concreta. Pero esta adecuación debería incluir los efectos que suponen en el marco de la organización o empresa en la que se implementan, sorteando así el planteamiento individualista que han señalado algunas voces autorizadas en la materia⁵⁹.

Y también es importante realizar una evaluación inicial que detecte el ajuste necesario en cada situación concreta, lo cual puede plantear conflictos entre empleador y trabajador. Ante el silencio del legislador, sería aconsejable una normativa sobre el procedimiento en el que se ofrecieran pautas para la detección del ajuste más conveniente y un sistema de resolución de las discrepancias entre el solicitante del ajuste razonable y el sujeto obligado, además del sistema de arbitraje previsto en el art. 74 LGDPD⁶⁰.

5.4. Límites a la obligación de realizar ajustes: la determinación de la carga excesiva

La obligación de efectuar ajustes razonables no es absoluta, pues entran en conflicto los intereses de ambas partes, sino que tiene un importante límite: que

59 CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, cit., pág. 137.

60 Previa audiencia de los sectores interesados y de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.

la realización del ajuste no suponga una carga excesiva o desproporcionada para la empresa (hay que conciliar el interés empresarial con la necesidad de garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad). El concepto de «carga excesiva» se encuentra íntimamente unido al de «ajuste razonable» porque se puede inducir que en el momento que el ajuste del puesto de trabajo implique una carga excesiva para el empresario, dejará de ser razonable⁶¹ (ahora bien, el análisis de la carga excesiva siempre es posterior e independiente al de la razonabilidad del ajuste).

No obstante, la noción de carga excesiva es un concepto jurídico indeterminado, ya que no se establece una definición, sino que normalmente se mencionan una serie de factores que han de ser tenidos en consideración para determinar su existencia; y al igual que la identificación del ajuste, la determinación de la carga excesiva requiere un análisis individualizado de las circunstancias concretas de cada caso.

La ADA contiene una regulación detallada de la carga excesiva. El término «dificultad excesiva» significa una acción que requiere una dificultad o gasto significativo, teniendo en cuenta una serie de factores a considerar entre los que se encuentran: la naturaleza y el costo del alojamiento necesario; los recursos financieros generales de la instalación o las instalaciones involucradas en la provisión de los ajustes razonables; el número de personas empleadas en dicha instalación; el efecto sobre los gastos y recursos, u otro tipo de impacto del ajuste sobre el funcionamiento de la empresa; el tamaño del negocio de la empresa respecto al número de sus empleados, así como el número, tipo y ubicación de sus instalaciones; y el tipo de actividad o actividades de la empresa, incluyendo la composición, estructura y funciones de la plantilla⁶².

Por su parte, la Directiva 2000/78 también menciona algunos factores, al señalar que para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que éstas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda⁶³.

En el derecho español, para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa⁶⁴. Por tanto, el coste del

61 FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite. Diagnóstico y propuestas*, cit., pág. 206.

62 Art. 12111 (10).

63 Considerando (21) Directiva 2000/78.

64 Art. 40.2 párrafo segundo LGDPD.

ajuste y la capacidad financiera de la empresa (y su tamaño) son los factores claves para la evaluación de la carga excesiva, y la existencia de lagunas normativas sobre estos conceptos revelan la necesidad de desarrollar reglamentariamente su caracterización y su interacción con los demás factores que determinan la carga excesiva.

La obligación de efectuar ajustes razonables es una obligación de hacer ya que es precisamente la inacción o pasividad del empresario la que se califica como discriminatoria⁶⁵, y el legislador español no se ha pronunciado de forma explícita sobre la calificación que merece el incumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables: dado que el incumplimiento del deber de efectuar ajustes razonables en un caso concreto presenta aspectos tanto de la discriminación directa como de la indirecta así como rasgos propios, el enfoque más adecuado sería considerar dicho incumplimiento como una forma de discriminación *sui generis* (forma de discriminación con entidad propia), distinta de otras formas de discriminación pese a las conexiones existentes entre ellas⁶⁶. Por tanto, no se definen las circunstancias que integran esta exención legal del cumplimiento de la obligación de realizar ajustes razonables.

6. Conclusiones y propuestas de mejora

PRIMERA. Las personas con discapacidad a lo largo de su vida se encuentran con diferentes barreras de todo tipo: laborales, sociales, comunicativas, arquitectónicas) que impiden su inclusión sociolaboral. Si no garantizamos el derecho de las mismas a participar en igualdad de oportunidades y condiciones en actividades diarias como el empleo, transporte, educación, ocio y tecnología, sin ningún tipo de barrera o limitación, nunca podrán normalizar su vida, ni podemos aspirar a alcanzar democracias efectivas. Las empresas deben superar ese desafío y asumir compromisos con la accesibilidad universal.

SEGUNDA. La accesibilidad universal es la característica que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, objetos y dispositivos, para que todas las personas las puedan usar y entender de la forma más segura, cómoda y autónoma posible. La accesibilidad universal es fundamental para que las personas con discapacidad vivan de forma independiente, participen en la sociedad y tengan las mismas oportunidades que el resto de las personas.

TERCERA. Conviene matizar que el ajuste razonable es una acción individualizada que tiene en cuenta a la persona discapacitada, al concreto individuo y su necesidad (tiene un contenido específico), lo que distingue y

65 Art. 63 LGDPD: Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan ... incumplimientos de las exigencias ... de realizar ajustes razonables.

66 CORDERO GORDILLO, V., *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, cit., págs. 153-154.

diferencia el ajuste razonable de las exigencias de accesibilidad universal, porque las medidas de accesibilidad no se dirigen a la concreta persona o a la particular necesidad de esa persona, sino que tienen un contenido más general, siendo los ajustes razonables subsidiarios respecto del sistema de accesibilidad universal

CUARTA. Hay que estimular a empleadores, interlocutores sociales, organismos públicos a realizar ajustes razonables en las empresas para dar cabida a las personas con discapacidad: medidas para diseñar y adaptar los lugares de trabajo para que sean accesibles a las personas con discapacidad; promover el desarrollo y la utilización de las nuevas tecnologías, herramientas y equipos auxiliares, y facilitar su acceso; aunar esfuerzos en servicios de formación, colocación y apoyo como asistencia personal y servicios de interpretación; llevar a cabo campañas de sensibilización para superar los prejuicios sociales hacia los trabajadores con discapacidad.

QUINTA. La obligación de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo para personas con discapacidad se caracteriza por ser un deber empresarial multinivel (para acceder al empleo, desempeñar el trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, delimitación que incluye prácticamente la totalidad de las vicisitudes de la relación laboral) y de tracto sucesivo (se mantiene en deber de realizar ajustes razonables a lo largo de toda la relación laboral e incluso previamente con el objetivo de acceder al empleo).

SEXTA. Surgen diversas medidas de inserción laboral de los trabajadores con discapacidad, como incentivos a la contratación, o la necesidad de cumplir con una determinada cuota de reserva en función del número de trabajadores de la empresa. Pero sin duda, el instrumento jurídico que mejor apoya la inserción laboral de personas con discapacidad es la obligación empresarial de ajustar el puesto de trabajo al trabajador con discapacidad con el propósito de que pueda realizar su actividad laboral en las mismas condiciones que el resto de los trabajadores, y es aquí donde surgen multitud de dudas sobre cómo interpretar la noción del legislador de los «ajustes razonables».

SÉPTIMA. Destaca su carácter universal, pues la premisa básica de la que parte el modelo social es la plena integración, ofreciendo como solución el diseño universal y la accesibilidad. El problema radica en aclarar el concepto jurídico de ajustes razonables, para no dar lugar a situaciones de discriminación, que terminan colapsando los tribunales. Es necesario un desarrollo reglamentario que delimite la figura, ponga fin a las lagunas legales, y aclare las diversas interpretaciones de la norma.

7. Bibliografía

CARMONA CUENCA, E.: «Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica». *Revista de Estudios Políticos*, núm. 76, 1992.

- CORDERO GORDILLO, V.:** *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.:** *Inserción laboral de personas con discapacidad y capacidad intelectual límite. Diagnóstico y propuestas*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.:** «Prólogo». *La discapacidad intelectual en el ámbito laboral. Hacia la accesibilidad universal* (Dir. Fernández Orrico, F. J.). Ediciones Laborum, Murcia, 2023.
- FOLGOSO OLMO, A.:** «Aplicación de las cláusulas subrogatorias previstas en convenios colectivos sectoriales a centros especiales de empleo: la conveniencia de realizar una interpretación favorable a los derechos de las personas con discapacidad». *La discapacidad intelectual en el ámbito laboral. Hacia la accesibilidad universal* (Dir. Fernández Orrico, F. J.). Ediciones Laborum, Murcia, 2023.
- JIMÉNEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, I.:** «El principio de accesibilidad universal como presupuesto del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad». *Revista de Derecho Político*, núm. 23 (mayo-agosto), 2025.
- LÓPEZ INSUA, B. M.:** «La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales». *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*. Ediciones Laborum, Murcia, 2020.
- MONTÓYA MELGAR, A.:** *Derecho del Trabajo*, 45.ª edición. Editorial Tecnos, Madrid, 2024.
- MUÑOZ CORDONES, J. P.:** «Revisión sistemática de iniciativas que promueven la accesibilidad universal». *Revista Española de Discapacidad*, núm. 12 (2), 2024.
- PÉREZ BUENO, L. C.:** «La configuración jurídica de los ajustes razonables». *2003-2012: Diez años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*. Cinca, Madrid, 2012.
- REY PÉREZ, J. L.:** «Una revisión de los conceptos de accesibilidad, apoyos y ajustes razonables para su aplicación en el ámbito laboral». *Pactar el futuro: debates para un nuevo consenso en torno al bienestar, VI Congreso Red Española de Políticas Sociales*. Editorial Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2017.
- ROMERO RÓDENAS, M. J. y GARCÍA RÍOS, J. L.:** «El tratamiento de la inclusión laboral de las personas con discapacidad en el actual marco normativo y su necesaria transformación». *La discapacidad intelectual en el ámbito laboral. Hacia la accesibilidad universal* (Dir. Fernández Orrico, F. J.). Ediciones Laborum, Murcia, 2023.

SERRANO ARGÜELLO, N.: «Análisis y repercusiones de las últimas recomendaciones internacionales sobre el empleo de los discapacitados. La Observación general núm. 8/22 sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo de Naciones Unidas y la Estrategia europea sobre los derechos de las personas con discapacidad para los años 2021-2030». *La discapacidad intelectual en el ámbito laboral. Hacia la accesibilidad universal* (Dir. Fernández Orrico, F. J.). Ediciones Laborum, Murcia, 2023.

TEJADA RÍOS, J.: «Accesibilidad de las personas con discapacidad en España y Portugal: perspectiva jurídica». *REJIE Nueva época*, núm. 24, 2021.

COLECCIÓN

CUESTIONES ACTUALES DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL



TÍTULOS PUBLICADOS

- 1** Los derechos de los trabajadores en la externalización de servicios.
- 2** El nuevo régimen jurídico de las empleadas del hogar.
- 3** La contratación laboral en la Administración pública: vicisitudes y patologías.
- 4** La desigualdad por razón de sexo y género en el deporte profesional. Una perspectiva jurídico-laboral
- 5** Inteligencia artificial y formas de trabajo emergentes
- 6** Mecanismos empresariales de adaptación y mantenimiento del empleo: gestión, protección socio-laboral y efectividad
- 7** El régimen jurídico-laboral de la tripulación en el transporte aéreo transfronterizo
- 8** Relaciones laborales especiales: régimen jurídico y garantía de los derechos fundamentales

DESCUBRA MÁS OBRAS EN:

www.colex.es

Editorial Colex SL Tel.: 910 600 164 info@colex.es

RELACIONES LABORALES ESPECIALES: RÉGIMEN JURÍDICO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La obra realiza un examen sistemático de las tensiones que surgen entre el poder de dirección empresarial y el núcleo esencial de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en las distintas relaciones laborales especiales. La monografía se centra en el análisis doctrinal y jurisprudencial de los conflictos más relevantes, pero no se limita a esta cuestión, sino que incorpora una revisión detallada de la regulación jurídica vigente, evidenciando sus lagunas, incoherencias y zonas de fricción. Sobre esa base, identifica las carencias del sistema legal y formula recomendaciones legislativas orientadas a reforzar la coherencia normativa, mejorar la seguridad jurídica y garantizar una tutela efectiva de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho del Trabajo.

Se trata de uno de los pocos estudios actuales dedicados a una normativa tradicionalmente fragmentada y dispersa, lo que convierte esta obra en una lectura especialmente recomendable para profesionales del Derecho del Trabajo como asesores laborales, abogados y para académicos, interesados en la articulación entre actividad productiva y la tutela constitucional.

AUTORES:

Manuela Abeleira Colao, Henar Álvarez Cuesta, Cristina Ayala del Pino,
Santos Manuel Caveró López, María Elisa Cuadros Garrido,
José Antonio González Martínez, Ángel Guillén Pajuelo,
Carolina Martínez Moreno, Montserrat Molina Álvarez.

ISBN: 979-13-7011-475-6



9 791370 114756