

# EL DERECHO A LA FORMACIÓN Y LA LIBERTAD DE TRABAJO. UN SUPUESTO PARADIGMÁTICO: LOS DEPORTISTAS PROFESIONALES (FUTBOLISTAS)

[Comentario a la STJUE de 16 de marzo de 2010, asunto C-325/08, Olympique  
Lyonnais contra Olivier Bernard y Newcastle United] \*

**ANTONIO TAPIA HERMIDA**

*Doctor en Derecho  
Profesor Titular de Derecho Mercantil.  
Universidad Complutense de Madrid  
Letrado de la Seguridad Social  
Académico Correspondiente de la  
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

## **Extracto:**

**SE** afirma que «antes o después el sueño de la gloria futbolística está necesariamente unido a la dura realidad de ganar los ingresos más altos posibles durante un tiempo limitado como jugador profesional en el club que está dispuesto a ofrecer la mejor retribución en conjunto. Al mismo tiempo los clubes son comprensiblemente reacios a ver a "sus" mejores jóvenes promesas, en cuya formación han invertido mucho, contratados por otros clubes. Cuando el club del aprendizaje es pequeño y relativamente pobre y el club que consigue al jugador es grande y mucho más rico esas operaciones representan una amenaza real para la supervivencia (tanto económica como deportiva) del club más pequeño» \*\*. Todo ello envuelve una compleja problemática humana, económica y jurídica, únicamente sobre la tercera trata el presente comentario.

**Palabras clave:** actividad deportiva, deportistas semiprofesionales y profesionales, jugadores profesional de fútbol, jugadores jóvenes, jugadores promesa, periodo de formación, club de fútbol, contrato en prácticas, contrato para la formación, becarios, prácticas en empresas, libre circulación de personas, libre circulación de trabajadores y gremio medieval.

---

\* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la RTSS. CEF, núm. 325, abril 2010 o en *Normacef Socio-Laboral*.

\*\* Afirma la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, en la conclusión 1, de las presentadas el 16 de julio de 2009 en el asunto de referencia C-325/08, Olympique Lyonnais contra Olivier Bernard y Newcastle United.

# THE RING OF EDUCATION AND THE FREEDOM OF WORK. A PARADIGMATIC CASE: PROFESSIONAL SPORTSMEN (FOOTBALL PLAYERS)

[Comments on the EJC case C-325/08, of 16 March 2010, Olympique Lyonnais  
vs Olivier Bernard and Newcastle United] \*

**ANTONIO TAPIA HERMIDA**

*Doctor en Derecho  
Profesor Titular de Derecho Mercantil.  
Universidad Complutense de Madrid  
Letrado de la Seguridad Social  
Académico Correspondiente de la  
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

## **Abstract:**

It is stated that «sooner or later, however, the dream of footballing glory is necessarily allied to the hard-nosed reality of earning the highest income achievable over a limited time span as a professional player with the club that is prepared to offer the best wages packet. At the same time, clubs are understandably reluctant to see "their" best young hopefuls, in whose training they have invested heavily, poached by other clubs. Where the apprenticeship club is small and relatively poor and the poaching club is large and vastly more wealthy, such manoeuvres represent a real threat to the survival (both economic and sporting) of the smaller club» \*\*. All the above implies complex human, economic and legal problems, this comment only refers to the latter.

**Keywords:** sporting activity, semi professional and professional sportsmen, professional football players, young players, young hopefuls players, training period, football club, trial contract, contract for education, trainees, in-house training, freedom of movement for persons, freedom of movement for workers and guild.

---

\* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la RTSS. CEF, núm. 325, abril 2010 o en *Normacef Socio-Laboral*.

\*\* Afirma la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, en la conclusión 1, de las presentadas el 16 de julio de 2009 en el asunto de referencia C-325/08, Olympique Lyonnais contra Olivier Bernard y Newcastle United.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. La «fattispecie concreta» y las cuestiones prejudiciales planteadas.
- III. Las libertades de circulación en la Unión Europea.
  - 3.1. Su conformación plural.
  - 3.2. Criterios interpretativos.
  - 3.3. La libre circulación de personas (trabajadores).
- IV. Prestación de trabajo y formación.
  - 4.1. Una perspectiva histórica de la vinculación entre la adquisición de una formación específica o profesional y la prestación de trabajo.
  - 4.2. Los contratos relativos a la «formación mediante la prestación de trabajo».
  - 4.3. Los «becarios» y otras instituciones «formativas» vinculadas a la prestación del trabajo por cuenta ajena.
- V. ¿Puede la formación prestada por un empresario a un trabajador limitar la libertad de trabajo? ¿Puede la prestación de aquella formación obstaculizar el derecho a la «libre circulación de los trabajadores»? Un supuesto paradigmático: obligación de pago, por un «joven jugador ("promesa")» a un club de fútbol, de una «compensación por formación».
- VI. Conclusiones.

*«Para quienes siguen "el hermoso juego", éste es una pasión, incluso una religión. Muchedumbres de aficionados entregados viajan a lo largo de la Unión para apoyar a su equipo en cada encuentro; y los probables logros de los nuevos fichajes potenciales (las transferencias posibles y los talentos formados en el club) son cuestión de importancia febril»<sup>1</sup>.*

*«Algunas personas creen que el fútbol es una cuestión de vida o muerte. Me decepciona mucho esa actitud. Puedo asegurarle que es mucho, mucho más importante que eso»<sup>2</sup>.*

## I. INTRODUCCIÓN

La sentencia<sup>3</sup> objeto de comentario, que adquiere además singular actualidad por un luctuoso acontecimiento<sup>4</sup>, trata de tres cuestiones, que son de desigual importancia y que, en principio,

<sup>1</sup> Indica la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, en la conclusión 1, de las presentadas el 16 de julio de 2009 en el asunto de referencia C-325/08, Olympique Lyonnais contra Olivier Bernard y Newcastle United.

<sup>2</sup> «Como Bill Shankly expresó (quizá de modo apócrifo) al reflexionar sobre la relación entre los aficionados del Liverpool y del Everton», indica la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, en la Nota 2, a las conclusiones presentadas el 16 de julio de 2009 en el asunto de referencia C-325/08, Olympique Lyonnais contra Olivier Bernard y Newcastle United.

<sup>3</sup> En lo que sigue, tanto para el contenido del cuerpo de este trabajo como para sus Notas han de tomarse en cuenta las siguientes advertencias:

- Toda referencia al artículo 12 de la CE, ha de entenderse efectuada al artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), cuya redacción es la siguiente: «(antiguo art. 12 TCE) En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones».
- Cualquier referencia al artículo 39 de la CE, ha de entenderse efectuada al artículo 45 del TFUE, cuya redacción es la siguiente: «(antiguo art. 39 TCE) 1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. 2. 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. 3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) de responder a ofertas efectivas de trabajo; b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión. 4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la Administración pública».

Cualesquiera referencias al artículo 136 de la CE, se deberán considerar efectuadas al artículo 151 del TFUE, cuya redacción es la siguiente: «(antiguo art. 136 TCE) La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. A tal fin, la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión. Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas».

<sup>4</sup> Me refiero al reciente fallecimiento de José Antonio Samaranch, del que se ha hecho eco todos los medios de comunicación. «Catalán universal y forjador del espíritu olímpico», como le denomina el diario *El Mundo* del jueves 22 de abril de 2010, pág. 25.

no están naturalmente vinculadas, pero que la sentencia comentada las pone en íntima relación, y que, desde luego, pueden y deben racionalmente relacionarse, poniendo además de relieve la vinculación e imposible disociación entre deporte profesional / deportistas profesionales y deporte no profesional / deportistas no profesionales <sup>5</sup>.

La primera de aquellas cuestiones, que se aborda explícitamente en la sentencia objeto de comentario, se refiere a las limitaciones a la libre circulación de trabajadores en el seno de la Unión Europea. En el caso objeto de atención, de un tipo singular de trabajadores, los deportistas profesionales (futbolistas) <sup>6</sup>.

La segunda, que también es de consideración explícita por la sentencia que se comenta, alude a las posibles indemnizaciones por daños y perjuicios que pueden derivarse a favor de un empresario (en el caso objeto de atención un club de fútbol) del ejercicio precisamente de ese derecho por un trabajador (deportista profesional / jugador de fútbol).

La tercera de las cuestiones antes enunciadas, que no se aborda directamente en la sentencia que comenta por más que se hagan referencias indirectas a la misma, trata de la formación de los deportistas profesionales y si la formación procurada por un club de fútbol a un joven futbolista («jugador promesa») puede acabar limitando su derecho a la «libre circulación de trabajadores» en el seno de la Unión Europea. Cuestión que puede y debe extrapolarse a los demás trabajadores asalariados por cuenta ajena, cuestionándose, en cuanto que contenido implícito de la sentencia objeto

<sup>5</sup> Se afirma por ORFEO SUÁREZ, «El dirigente deportivo. Olimpismo, de la crisis al esplendor», diario *El Mundo* del jueves 22 de abril de 2010, Sección «Documentos», pág. 7, que José Antonio Samaranch, «acabó con la falacia de profesionales y no profesionales, una disyuntiva victoriana, y atrajo a los Juegos a todos los que pudo, ejemplificados por el *dream team* de la NBA en el 92».

<sup>6</sup> Sobre la regulación jurídica del deporte existe una ingente bibliografía pudiéndose destacar, CABRERA BAZÁN, J., «El contrato de trabajo deportivo», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, del mismo autor, «La relación laboral especial de los deportistas profesionales», en *Comentario a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, (AA. VV.), EDEERSA, Madrid, 1987; DE LA VILLA GIL, L. E., «Los futbolistas son trabajadores», *CCDT* núm. 2, 1971; GONZÁLEZ GRIMALDO, M. C., «El ordenamiento jurídico del deporte», CIVITAS, 1974; CARCELLER URIARTE, J. L. y GUERRERO OSTOLAZA, N. M.<sup>a</sup>, *La relación laboral especial de los deportistas profesionales*, HUTMAN, Madrid, 1981; SALA FRANCO, T., *El trabajo de los deportistas profesionales*, MEZQUITA, Madrid, 1983; DURAN LÓPEZ, F., «La relación laboral especial de los deportistas profesionales», *RL*, T. II, 1985; SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. y GUERRERO OSTOLAZA, J. M.<sup>a</sup>, *El contrato de trabajo del deportista profesional*, CIVITAS, Madrid, 1991; AGUILERA FERNÁNDEZ, A. *Estado y deporte*, COMARES, Granada, 1992; CAZORLA PRIETO, L. M.<sup>a</sup>, *Derecho y Deporte*, TECNOS, Madrid, 1992; LEAL AMADO J., *Contrato de trabajo deportivo*, COIMBRA EDITORA, Coimbra, 1995; SEMEPERE NAVARRO, A. V., «Deportistas profesionales», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. II, CIVITAS, Madrid, 1995; ROQUETA BUJ, R., *El trabajo de los deportistas profesionales*, TIRANT LO BLANCH, Valencia 1996; BERMERJO VERA, J., *Constitución y Deporte*, TECNOS, Madrid, 1998; SILANCE, L., *Les sports et le droit*, DE BOECK UNIVERSITÉ, 1998; GRASELLI, S. *Profili di Diritto Sportivo*, Lucarini, Italia, 1999; CORDERO SAAVEDRA, L., «Desarrollo de la actividad deportiva en la Unión Europea», *RJD* núm. 3, 2000, del mismo autor *El deportista profesional. Aspectos laborales y fiscales*, LEX NOVA, Valladolid, 2001; LEEDS, M. A., *The economics of sport*, Boston, 2002; RUBIO SÁNCHEZ, F., *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, DYKINSON, Madrid, 2002; VIDRI, G., «Il lavoro sportivo tra cofici civile e norma speciale», *RIDL*, 1, 2002; WONG, G. M., *Essentials of spors Law*, 3.<sup>a</sup> ed., WESPORT, Londres, 2002; TEJEDOR BIELSA, J. C., *Público y privado en el deporte*, BOSCH, Barcelona, 2003; CARDENAL CARRO, M., GONZÁLEZ DEL RÍO, J. M.<sup>a</sup> y GARCÍA SILVELO, E. A., *La regulación de trabajo deportivo en Europa y América*, ARANZADI, Madrid, 2006; BORRAJO DACRUZ, E., «Sobre la concurrencia del ordenamiento en el trabajo de los deportistas», *AL* núm. 4, 2007.

de comentario, si la formación proporcionada por un empresario a un trabajador constituye un deber del primero o es una mera facultad el mismo, y en este último caso, sus posibles consecuencias de orden patrimonial.

En tratar armónica y ordenadamente todo ese conjunto de cuestiones radica precisamente la «originalidad», valga la expresión, de la sentencia que se comenta, y de la doctrina en ella contenida.

## II. LA «FATTISPECIE CONCRETA» Y LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

En el análisis jurídico es medular la determinación del supuesto de hecho o la «fattispecie concreta», que en el caso objeto de atención en el litigio principal puede resumirse en los términos que de seguido literalmente se indican en la sentencia objeto de comentario y en las conclusiones de la Abogada General <sup>7</sup>.

En 1997 un jugador profesional de fútbol (O. B.) firmó un contrato como «jugador promesa» (*joueur espoir*) con el club de fútbol francés O. L., con efectos desde el 1 de julio de ese año, por tres temporadas. Antes de la terminación de ese contrato el club de fútbol O. L. le ofreció un contrato como jugador profesional por un año a partir del 1 de julio de 2000. El jugador de fútbol (O. B.), por no satisfacerle el salario propuesto, no sólo declinó aquella oferta, sino que en agosto de 2000 firmó un contrato profesional con el club de fútbol inglés N. UFC.

Al haber tenido conocimiento del contrato concluido entre O. B. y el club de fútbol inglés N. UFC., el club de fútbol francés O. L. demandó al jugador O. B. ante el *conseil de prud'hommes* (tribunal de lo social) de Lyon, solicitando la condena del aludido jugador de fútbol O. B. y del club de fútbol inglés N. UFC., al pago de una indemnización, con carácter solidario, por importe de 53.357,16 euros, que equivalía a la retribución que aquel jugador de fútbol habría percibido durante un año si hubiera aceptado el contrato ofrecido por club de fútbol francés O. L.

El *conseil de prud'hommes*, estimó parcialmente la demanda, considerando que aquel jugador de fútbol (O. B.) había resuelto unilateralmente su contrato, condenándole, y solidariamente al club de fútbol inglés N. UFC., a pagar al club de fútbol francés O. L. una indemnización de 22.867,35 euros, con fundamento en el artículo L. 122-3-8 del Code du travail. Aquella resolución jurisdiccional se basaba también en el contenido del artículo 23 del Estatuto del fútbol francés y en las reglas de la FIFA.

Recurrida aquella resolución jurisdiccional por los condenados, la *cour d'appel* de Lyon anuló la referida sentencia del *conseil de prud'hommes*, afirmando para ello que la obligación de que un jugador, que concluye su formación, firme un contrato como jugador profesional con el club forma-

<sup>7</sup> Como ya se indicó Sra. Eleanor Sharpston, que presentó sus conclusiones el 16 de julio de 2009 en el asunto de referencia C-325/08, *Olympique Lyonnais* contra *Olivier Bernard* y *Newcastle United*.

dor, llevaba consigo también la prohibición correlativa de que ese jugador firmase un contrato de esa clase con otro club de distinto Estado miembro de la Unión Europea, lo cual, a la postre, devenía en una vulneración del artículo 39 de la CE.

El tribunal de apelación estimó que el precitado artículo 23 del Estatuto del fútbol francés era contrario a Derecho, dado que imponía una restricción incompatible con el principio fundamental de libertad para el ejercicio de una actividad profesional y, además, también con el artículo L.120-2 del Code du travail. Fundamentando concretamente su decisión en que no existía una disposición legal que especificara la indemnización que debía pagarse en relación con la formación en el caso de resolución anticipada, y que la obligación de un jugador de seguir trabajando para el club que le había formado era una restricción de la libertad de contratación, desproporcionada en relación con la protección de los intereses legítimos del club, con independencia del coste de la formación.

Además, el indicado tribunal de apelación consideró que el antes citado Estatuto del fútbol (que se aplicaba y sigue aplicándose sólo en Francia <sup>8</sup> y de cuyo contenido debe tratarse, siquiera sucintamente, en este apartado) no regulaba, en aquel momento bien que lo hiciera en ediciones posteriores, la compensación entre clubes para el caso en que un jugador que había sido formado por un determinado club, después de un periodo de formación firmase un contrato de jugador de fútbol profesional con otro club de fútbol.

Por otra parte, las reglas de la FIFA (a las cuales también debe aquí efectuarse una breve referencia) regulaban las transferencias entre clubes de fútbol de diferentes países (Reglamento de la FIFA sobre el estatuto y la transferencia de jugadores) conteniendo en la actualidad las reglas sobre la indemnización por formación cuando un jugador firma su primer contrato profesional o es transferido antes de terminar la temporada en la que cumple 23 años. Reglas elaboradas, en colaboración con la Comisión de la Unión Europea, solamente tras la sentencia Bosman del Tribunal de Justicia <sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Precisa la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, en la conclusión 9, de las presentadas el 16 de julio de 2009 en el asunto de referencia C-325/08, Olympique Lyonnais contra Olivier Bernard y Newcastle United.

<sup>9</sup> Se describen por la Abogada Genreal, Sra. Eleanor Sharpston, en las conclusiones 10-16, de las presentadas el 16 de julio de 2009 en el asunto de referencia C-325/08, Olympique Lyonnais contra Olivier Bernard y Newcastle United, en los siguientes términos: Según el artículo 20 del Reglamento de la FIFA y el anexo 4 del mismo, la indemnización por formación se pagaría al club o clubes formadores de un jugador cuando éste firmase su primer contrato como profesional y posteriormente por cada transferencia como jugador profesional hasta el final de la temporada en la que cumplierse 23 años. Al tiempo de la primera inscripción como profesional, el club en el que se inscribía el jugador debería pagar la indemnización por formación a todos los clubes que hubiesen contribuido a la formación del jugador, a prorrata en función del periodo de formación con cada club y, para el caso de posteriores transferencias, la indemnización por formación se debería al club anterior del jugador sólo por el tiempo de formación efectiva con ese club. En aquellas Reglas los clubes estaban clasificados por categorías, conforme sus «inversiones financieras en la formación de jugadores», correspondiéndose los costes de formación establecidos para cada categoría al importe necesario para formar a un jugador durante un año, multiplicado por un «factor jugador», en razón del número de jugadores que debían formarse para conseguir un jugador profesional. Para su cálculo debían tomarse en consideración los gastos que el nuevo club hubiese efectuado en caso de haber formado al jugador. La primera vez que un jugador se inscribiese como profesional la indemnización se calcularía sobre los costes de formación del nuevo club multiplicados por el número de años de formación. En el caso de transferencias subsiguientes, el cálculo debía basarse en los costes de formación del nuevo club multiplicados por el número de años de formación con el club anterior. Para los jugadores que se desplazasen en la UE o en el EEE, si el juga-

Contra la sentencia dictada por la *cour d'appel* de Lyon, el club de fútbol francés O. L. interpuso recurso de casación. En el trámite de aquel recurso la *cour de cassation* consideró que el ya citado artículo 23 del Estatuto del fútbol profesional francés podría vulnerar el Derecho comunitario, puesto que podía obligar a un jugador profesional de fútbol al pago de una indemnización, aun cuando se pudiera estimar que ese artículo 23 del Estatuto<sup>10</sup> no prohibía formalmente que un joven jugador firmara un contrato como jugador profesional con un club de fútbol de otro Estado miembro. Consiguientemente, estimaba la *cour de cassation* que aquella disposición podía tener como efecto impedir o disuadir, a un jugador profesional de fútbol, contratar sus servicios profesionales con un club de fútbol distinto del que le había procurado su formación.

Considerando aquel supremo tribunal francés que el litigio principal suscitaba una cuestión de Derecho comunitario (relativa a la interpretación del artículo 39 de la CE, ya que planteaba la cuestión de si esa restricción podía justificarse por el objetivo de fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores de fútbol profesional, según podía resultar de la doctrina sentada en su sentencia de 15 de diciembre de 1995, Bosman), decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se opone el principio de libre circulación de los trabajadores establecido en el artículo 39 de la CE [actualmente art. 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)] a una disposición de Derecho nacional en virtud de la cual un jugador «promesa» que al finalizar su periodo de formación suscribe un contrato como jugador profesional con un club de otro Estado miembro de la Unión Europea se expone a ser condenado a pagar una indemnización por daños y perjuicios?»

2) En caso de respuesta afirmativa, ¿constituye la necesidad de fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores profesionales un objetivo legítimo o una razón imperiosa de interés general que pueda justificar tal restricción?»

dor pasaba de un club de una categoría inferior a otro de categoría superior, aquel cálculo se debía realizar conforme al promedio de los costes de formación de los dos clubes; y para cuando el jugador hubiese pasado de una categoría superior a una inferior aquel cálculo habría de realizarse conforme a los costes de formación del club de categoría inferior. Estableciéndose además un «mecanismo de solidaridad» (art. 21 y anexo 5), en virtud del cual si un profesional era transferido antes del vencimiento de su contrato, cualquier club que hubiese contribuido a su educación y formación entre la edad de 12 y 23 años recibiría una parte de la indemnización pagada al anterior club.

<sup>10</sup> Según destaca la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, en la conclusión 8, de las presentadas el 16 de julio de 2009 en el asunto de referencia C-325/08, Olympique Lyonnais contra Olivier Bernard y Newcastle United, el empleo de jugadores de fútbol, a la fecha de los acontecimientos tomados en consideración en el asunto principal, estaba regulado además en Francia por la Charte du Football Professionnel (Estatuto del fútbol profesional), que tenía la condición de convenio colectivo del sector. El título III, capítulo IV, del precitado Estatuto (en la versión de 1997-1998) se refería a una categoría denominada *joueurs espoir* o «jugadores promesa de edad entre 16 y 22 años que deseaban emprender una carrera profesional», que eran empleados como trabajadores en formación por un club profesional conforme a un contrato por tiempo determinado. El artículo 23 de ese Estatuto (...). Al término previsto del contrato el club podía exigir a esos «jugadores promesa» que firmasen con el club de fútbol formador, un contrato como jugadores profesionales. De tal manera que si el club no ejercía esa opción el jugador podrá disponer sobre su situación mediante «la firma de un contrato profesional con un club de su elección sin deber compensación alguna al anterior club». No obstante si el jugador rehusase firmar aquel contrato profesional, durante un periodo de tres años no podrá firmar un contrato con otro club (de la liga nacional francesa de fútbol) en ninguna condición ni categoría de futbolista profesional sin la conformidad escrita del club en el que era un *joueur espoir*.

### III. LAS LIBERTADES DE CIRCULACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

Conviene tomar como punto de partida de cualquier consideración acerca de las libertades de circulación en la Unión Europea que la acción de la Comunidad implica:

- a) No solamente un «mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales».
- b) Sino también «una política en el ámbito social».

Esto es:

«Dado que la Comunidad no sólo tiene una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado (ahora Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo 136 de la CE (actualmente art. 151 del TFUE <sup>11</sup>), párrafo primero, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social» <sup>12</sup>.

El resultado de ese «sopesamiento» o «justo equilibrio» entre los objetivos buscados mediante la proclamación como derechos fundamentales comunitarios de las libertades de circulación (especialmente la libre prestación de servicios y la libre circulación de trabajadores) y los objetivos de política social, además, según reiterada jurisprudencia comunitaria, se subordina, en todo caso, al respeto y protección de los «derechos humanos», entre ellos los relativos al empleo y la retribución, y el de igualdad (proyección de la igualdad ante la ley <sup>13</sup>), que así se muestran inmunes a los excesos del «economicismo» imperante.

<sup>11</sup> Cuya redacción es la siguiente: «(antiguo art. 136 TCE). La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. A tal fin, la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión. Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas».

<sup>12</sup> SSTJUE de 11 de diciembre de 2007, asunto, C- 438/05, International Transport Workers' Federation, Finis Seamen's Union y Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti, y de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05 (Laval un Partneri Ltd y Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbunde).

<sup>13</sup> Como precisan las SSTC 125/2003, de 19 de junio, y 330/2005, de 15 de diciembre, la doctrina sobre igualdad en la ley, puede considerarse resumida en la STC 144/1988, de 12 de julio, en la que se declaró que «el principio de igual-

La normativa comunitaria referente a la libre circulación de trabajadores no puede desgajarse, sin más, de las demás libertades de circulación, al haberse pretendido mediante la instauración conjunta y simultánea de todas ellas una determinada finalidad<sup>14</sup>, bien que de alcance meramente socioeconómico y que ahora se halla en trance de ser trascendida por otra finalidad política de más largo alcance, pero que sigue constituyendo elemento fundamental para la interpretación de todas las normas comunitarias, cualquiera que fuere su clase.

En todo caso conviene precisar que todas las normas comunitarias relativas las libertades de circulación, en cuanto se refieran a personas (físicas o jurídicas), hacen referencia a «nacionales», (por más que reiteradamente se aluda a la ciudadanía europea<sup>15</sup>), dada la persistencia de la división de Europa en Estados nacionales, lo que determina la necesaria toma en consideración, en todo caso, de un elemento de «extranjería». Más en concreto, que el trabajador, que ejercita su derecho a la «libre circulación de trabajadores», es un «extranjero» en el país al que se desplaza. Por ello, y aun cuando ese trabajador sea comunitario (o la normativa comunitaria le atribuya esa consideración), deben traerse a colación los ordenamientos nacionales en cada caso correspondientes.

dad prohíbe al legislador configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria». Aquel principio «constituye una expresión específica del principio general de igualdad que prohíbe que se traten de manera diferente situaciones comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado, (y) forma parte de los fundamentos de la Comunidad», indican las SSTJCE de 8 de abril de 1976, asunto 43/75, Defrenne II, y de 26 de junio de 2001, asunto C-381/99, Brunnhofer.

<sup>14</sup> En este sentido debe resaltarse que según jurisprudencia reiterada, la libertad de establecimiento, que el Derecho comunitario reconoce a los nacionales de los Estados miembros y que implica para ellos el acceso a las actividades por cuenta propia y su ejercicio y la constitución y gestión de empresas en las mismas condiciones definidas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales, comprende para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal en el interior de la Unión Europea, el derecho de ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de una filial, sucursal o agencia [SSTJUE de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03, Marks & Spencer; de 12 de diciembre de 2006, asunto C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation; de 19 de noviembre de 2009, asunto C-314/08, Filipiak, y de 15 de abril de 2010, asunto C-96/08, CIBA Speciality Chemicals Central and Eastern Europe Szolgáltató, Tanácsadó és Kereskedelmi kft contra Adó- és Pénzügyi Ellenőrzési Hivatal (APEH) Hatósági Főosztály]. Si bien las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento, según su tenor literal, se proponen asegurar el disfrute del trato nacional en el Estado miembro de acogida, se oponen, asimismo, a que el Estado de origen obstaculice el establecimiento en otro Estado miembro de uno de sus nacionales o de una sociedad constituida de conformidad con su legislación (SSTJUE de 6 de diciembre de 2007, asunto C-298/05, Columbus Container Services; de 23 de octubre de 2008, asunto C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, y 19 de noviembre de 2009, asunto C-314/08, Filipiak). Asimismo, es jurisprudencia comunitaria reiterada que deben considerarse restricciones a la libertad de establecimiento todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad (SSTJUE de 6 de diciembre de 2007, asunto C-298/05, Columbus Container Services, y de 23 de octubre de 2008, asunto C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt).

<sup>15</sup> Aludiéndose a que «la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros». (SSTJCE de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk, asunto C-184/99, de 15 de marzo de 2005, Bidar, asunto C-209/03, de 7 de junio de 2007, Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de los Países Bajos, asunto C-50/06, y 11 de septiembre de 2007, Herbert Schwarz, asunto C-76/05).

### 3.1. Su conformación plural

Referirse tanto a la libre prestación de servicios como a la libre circulación de trabajadores, en el seno de la Unión Europea, implica no efectuar discriminación alguna por razón de nacionalidad. No obstante aquel principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, en el seno de la Unión Europea, establecido en el artículo 12 de la CE <sup>16</sup> (actualmente art. 18 TFUE <sup>17</sup>) se aplica de manera independiente sólo en situaciones reguladas por el Derecho comunitario para las que no se prevean normas específicas contra la discriminación <sup>18</sup>.

Efectivamente, el artículo 18 del TFUE (antiguo art. 12 CE) está destinado a aplicarse de manera independiente únicamente cuando no existan normas de Derecho comunitario que específicamente prohíban la discriminación, y siendo así que precisamente el Derecho comunitario establece normas específicas para la libre prestación de servicios y para la libre circulación de trabajadores <sup>19</sup>, a ellas hemos de referirnos.

Aquel conjunto normativo comunitario esta formado por normas de diverso tipo (normas fundacionales, reglamentos y directivas, principalmente), pero todas ellas han de ser objeto de interpretación, cuidadosa y ordenada, si bien su distinta naturaleza conlleva que los criterios hermenéuticos a utilizar no deban emplearse siempre, en el mismo orden, en el mismo sentido, ni con la misma intensidad.

<sup>16</sup> Según indica la Abogada General, Sra. Juliane Kokott, en las conclusiones 26, 27, 32 y 36, de las presentadas el 28 de febrero de 2008, en el asunto C-164/07: a) «El artículo 12 de la CE, párrafo primero, prohíbe en el ámbito de aplicación del Tratado toda discriminación por razón de la nacionalidad» (SSTJCE de 11 de septiembre 2007, asunto C-318/05, Comisión/Alemania, de 11 de septiembre de 2007, asunto C-76/05, Schwarz y Gootjes-Schwarz, de 23 de octubre de 2007, asunto C-11/06 Morgan, de 12 de julio de 2005, asunto C-403/03, Schempp, de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, García Avello, y de 24 de noviembre de 1998, asunto C-274/96, Bickel y Franz); b) «Entre las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario se incluyen las relativas al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado»; c) «El estatuto de ciudadano de la Unión está destinado a convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros, permitiendo a aquellos de tales nacionales que se encuentran en la misma situación obtener el mismo trato jurídico en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto» (SSTJCE de 11 de septiembre 2007, asunto C-318/05, Comisión/Alemania, de 23 de marzo de 2004, asunto C-138/02, Collins, de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, García Avello, de 11 de julio de 2002, asunto C-224/98, D’Hoop, y de 20 de septiembre de 2001, asunto C-184/99, Grzelczyk); d) «La prohibición de discriminación exige que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente» (SSTJCE de 12 de septiembre de 2006, asunto C-300/04, Eman y Sevinger, de 10 de enero de 2006, asunto C-344/04, IATA y ELFAA, y de 2 de octubre de 2003, asunto C-148/02, García Avello). Esto es, una discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes (SSTJCE de 14 de febrero de 1995, asunto C-279/93, Schumacker, de 22 de marzo de 2007, asunto C-383/05, Talotta, y de 18 de julio de 2007, asunto C-182/06, Lakebrink y Peters-Lakebrink).

<sup>17</sup> El actual artículo 18 del TFUE, que dice lo siguiente: «(antiguo art. 12 TCE) En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones».

<sup>18</sup> SSTJCE de 26 de noviembre de 2002, asunto C-100/01, Oteiza Olazábal, y de 29 de abril de 2004, asunto C-387/01, Weigel.

<sup>19</sup> SSTJCE de 11 de marzo de 2001, asunto C-397/98, Metallgesellschaft y otros, de 11 de octubre de 2007, asunto C-443/06, Hollmann, y de 17 de enero de 2008, asunto C-105/07, Lammers & Van Cleeff NV contra Belgische Staat.

### 3.2. Criterios interpretativos

Efectivamente según reiterada jurisprudencia, para interpretar una disposición de Derecho comunitario, debe tenerse en cuenta no sólo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte<sup>20</sup> o interpretación teleológica<sup>21</sup>, que reviste una singular importancia cuando la norma a interpretar sea una directiva.

Todo ello sin perjuicio de la concurrencia de otros criterios hermenéuticos. Así según reiterada jurisprudencia comunitaria, la necesidad de una interpretación uniforme de las directivas de la Unión excluye la posibilidad de que, en caso de duda, el texto de una disposición sea considerado aisladamente y, en cambio, exige que sea interpretado y aplicado a la luz de las versiones redactadas en las demás lenguas oficiales<sup>22</sup>.

En caso de divergencia entre las distintas versiones lingüísticas de una disposición de la Unión, la norma de que se trate debe interpretarse en función de la estructura general y de la finalidad de la normativa en que se integra<sup>23</sup>, sin que la formulación utilizada en una de las versiones lingüísticas de una disposición del Derecho de la Unión pueda constituir la única base para la interpretación de una disposición; ni se le puede reconocer carácter prioritario frente a otras versiones lingüísticas, pues semejante enfoque sería incompatible con la exigencia de uniformidad en la aplicación del Derecho de la Unión<sup>24</sup>.

Debiéndose añadir que «sólo pueden invocarse motivos de interés general para justificar una medida nacional que puede obstaculizar el ejercicio de las libertades fundamentales que ampara el Tratado cuando dicha medida tiene en cuenta los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia comunitario»<sup>25</sup>, y que según una jurisprudencia reiterada, las disposiciones de una directiva deben ejecutarse con ineludible fuerza imperativa, con la especificidad, precisión y claridad necesarias para cumplir la exigencia de seguridad jurídica<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> SSTJUE de 17 de noviembre de 1983, asunto 292/82, Merck, de 14 de octubre de 1999, asunto C-223/98, Adidas, de 7 de junio de 2005, asunto C-17/03, VEMW y otros, de 10 de septiembre de 2009, asunto C-199/08, Eschig, y de 15 de abril de 2010, asunto C-518/08, Fundación Gala-Salvador Dalí, Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) contra Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques (ADAGP), Juan-Leonardo Bonet Domènech, y otros.

<sup>21</sup> *Vid.* STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C-45/08, Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck contra Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA). También lo indica la Abogada General, Sra. Juliane Kokott, en la conclusión 53 de las presentadas el 10 de septiembre de 2009 en el asunto C-45/08, Spector Photo Group NV Chris Van Raemdonck contra Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA).

<sup>22</sup> SSTJUE de 2 de abril de 1998, asunto C-296/95, EMU Tabac y otros, de 17 de junio de 1998, asunto C-321/96, Mecklenburg, de 20 de noviembre de 2008, asunto C-375/07, Heuschen & Schrouff Oriëntal Foods Trading, de 10 septiembre 2009, asunto C-199/08, Eschig, y de 15 de octubre de 2010, asunto C-511/08, Handelsgesellschaft Heinrich Heine GMBH contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV.

<sup>23</sup> SSTJUE de 9 de marzo de 2000, asunto C-437/97, EKW y Wein & Co., de 4 de octubre de 2007, asunto C-457/05, Schutzverband der Spirituosen-Industrie, y de 9 de octubre de 2008, asunto C-239/07, Sabatauskas y otros.

<sup>24</sup> SSTJUE de 27 de marzo de 1990, asunto C-372/88, Cricket St Thomas, de 12 de noviembre de 1998, asunto C-149/97, Institute of the Motor Industry, y de 9 de octubre de 2008, asunto C-239/07, Sabatauskas y otros.

<sup>25</sup> SSTJUE de 18 de junio de 1991, asunto C-260/89, ERT, y de 26 de junio de 1997, asunto C-368/95, Familiapress,

<sup>26</sup> SSTJUE de 17 de mayo de 2001, asunto C-159/99, Comisión/Italia, de 27 de febrero de 2003, asunto C-415/01, Comisión/Bélgica, y de 27 de abril de 2006, asunto C-441/02, Comisión/Alemania.

En una consideración general de la normativa comunitaria derivada, relativa a las libertades de circulación, lo primero que ha de tomarse en consideración es la necesidad de interpretarla conforme a los derechos fundamentales que se impone a sí misma la Unión Europea, siendo sus líneas directrices las siguientes <sup>27</sup>:

- Aparece como principio cardinal el de la «interpretación conforme con los derechos fundamentales, que puede entenderse asimismo como una forma de interpretación conforme con el Derecho primario o interpretación "conforme con la Constitución". Con arreglo al mismo, las disposiciones del Derecho comunitario deben interpretarse, en la medida de lo posible, de un modo compatible con los derechos fundamentales pertinentes».
- «Como principio general los derechos humanos fundamentales no sólo aparecen, en el marco de la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad, como criterios de interpretación, sino de una forma mucho más directa también como norma inmediata para el examen de la legalidad de los actos comunitarios».
- No obstante, las restricciones a las libertades de circulación «no pueden justificarse sin más por la protección de los derechos fundamentales específicos garantizados en la Constitución de un Estado miembro. Por el contrario, debe examinarse en qué medida dicha restricción puede justificarse por razones reconocidas en el Derecho comunitario, especialmente la protección del orden público».

Establecida su conformidad, e interpretadas conforme a los derechos fundamentales, las normas comunitarias de derecho derivado, relativas a la libre circulación, se aplican y deben ser observadas no sólo a las normas estatales o de otras autoridades públicas, así como a sus actos generales y particulares, sino que también se aplican «directamente a toda actuación de un particular que pueda impedir de forma eficaz a otros ejercer su derecho a circular libremente» <sup>28</sup>. Bien que tales «disposiciones sobre libre circulación no siempre (ofrezcan) una solución específica para cada caso, sino que simplemente (fijen) unos límites dentro de los cuales puede resolverse un conflicto entre dos sujetos privados» <sup>29</sup>.

Aquella aplicación, e interpretación conforme a los derechos humanos y fundamentales, de las «disposiciones sobre libre circulación a las acciones de los particulares, reviste una particular importancia en el ámbito de las condiciones laborales y el acceso al empleo» <sup>30</sup>. Efectivamente, «los trabajadores no pueden cambiar sus cualificaciones profesionales u obtener un trabajo alternativo con la misma facilidad con que los comerciantes pueden alterar sus productos o encontrar modos alternativos de comercializarlos. (...) El dicho de que "el mercado puede seguir siendo irracional más

<sup>27</sup> Indica la Abogada General, Sra. Christine Stix-Hackl, conclusiones 57, 61 y 70, de las presentadas el 18 de marzo de 2004, en el asunto C-36/02.

<sup>28</sup> Indica el Abogado General, Sr. Poiars Maduro, en la conclusión 43, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

<sup>29</sup> Abogado General, Sr. Poiars Maduro, en la conclusión 50, de su escrito presentado el 2 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

<sup>30</sup> Indica el Abogado General, Sr. Poiars Maduro, en la conclusión 46, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05, según el cual «el Tribunal de Justicia lo ha reconocido en la sentencia Angonese, cuando aplicó el artículo 39 de la CE a un banco privado de Bolzano».

tiempo del que tú puedes seguir siendo solvente" es quizá más cierto en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores que en cualquier otro»<sup>31</sup>.

### 3.3. La libre circulación de personas (trabajadores)

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el conjunto de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de las personas tiene por objeto facilitar a los nacionales comunitarios el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la Comunidad y se opone a las medidas que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro<sup>32</sup>.

«El derecho a la libre circulación de los ciudadanos y sus familiares en la Unión es uno de los principios fundamentales en los que se basa la Unión y de la ciudadanía europea. Los ciudadanos de la Unión tienen derecho a desplazarse y a residir libremente dentro del territorio de los Estados miembros (...). En el ejercicio de estos derechos se garantiza a los ciudadanos la igualdad de trato a los nacionales en las condiciones establecidas por el Derecho de la Unión. La aplicación efectiva de la legislación de la Unión en la materia es, por lo tanto, prioritaria»<sup>33</sup>.

Por ello se impone a las instituciones comunitarias el deber de «supervisar la ejecución y la aplicación de estas normas para garantizar el derecho a la libre circulación». Ahora bien «la libertad de circulación no sólo otorga derechos, sino también impone obligaciones a quienes se benefician de ella», por ello «es preciso evitar los abusos y los fraudes». Efectivamente, «la obtención del derecho de residencia en virtud del Derecho de la Unión para los ciudadanos y sus familiares es una ventaja inherente al ejercicio del derecho de libre circulación», y «el objetivo de dicho derecho es evitar la elusión de las normas de inmigración», por ello «los Estados miembros deben salvaguardar y proteger más el derecho de libre circulación, colaborando entre sí y con la Comisión»<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Añade el Abogado General, Sr. Poiars Maduro, en las conclusiones 47, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

<sup>32</sup> SSTJCE de 7 de julio de 1988, asuntos acumulados 154/87 y 155/87, Wolf y otros, de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, Terhoeve, de 11 de septiembre de 2007, asunto C-318/05, Comisión/Alemania, de 1 de abril de 2008, asunto C-212/06, Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement Wallon y Gouvernement Flamand, y de 13 de abril de 2010, la misma fecha, asunto C-91/08, Wall AG y Municipio de Fráncfort del Meno, Frankfurter Entsorgungs-und Service (FES) GmbH, en el que participa: Deutsche Städte Medien (DSM) GMBH, que precisa esta última sentencia, «que los artículos 43 y 49 de la CE constituyen aplicaciones específicas de la prohibición general de discriminación por razón de nacionalidad consagrada en el artículo 12 de la CE, reiterando doctrina recogida en la sentencias del mismo Alto Tribunal de 8 de marzo de 2001, asuntos C-397/98 y C-10/98, Metallgesellschaft y otros, y de 17 de enero de 2008, asunto C-105/07, Lammer & Van Cleeff.

<sup>33</sup> Se indica el «PROGRAMA DE ESTOCOLMO - UNA EUROPA ABIERTA Y SEGURA QUE SIRVA Y PROTEJA AL CIUDADANO», formulado por el Consejo Europeo, para el periodo 2010-2014, publicado en el DOUE de 4 de mayo de 2010, (Serie «C», núm. 115), punto 2.2.

<sup>34</sup> Según se indica en el «PROGRAMA DE ESTOCOLMO - UNA EUROPA ABIERTA Y SEGURA QUE SIRVA Y PROTEJA AL CIUDADANO», formulado por el Consejo Europeo, para el periodo 2010-2014, publicado en el DOUE de 4 de mayo de 2010, (Serie «C», núm. 115), punto 2.2.

Para que una medida restrinja la libre circulación, no es necesario que se base en la nacionalidad de las personas afectadas ni siquiera que favorezca a la totalidad de los trabajadores nacionales o que perjudique sólo a los trabajadores procedentes de los demás Estados miembros, y no a los trabajadores nacionales<sup>35</sup>. Basta que la medida favorable beneficie a determinadas categorías de personas que ejerzan una actividad profesional en el Estado miembro en cuestión<sup>36</sup>.

Al extremo que «todo ciudadano de la Unión puede invocar el artículo 18 del TFUE, que prohíbe la discriminación por razón de la nacionalidad en todas las situaciones comprendidas, *ratione materiae* en el Derecho de la Unión, entre las que figuran el ejercicio de la libre circulación y de residencia en el territorio de los Estados miembros tal y como se halla reconocida en el artículo 21 del TFUE, (siendo) irrelevante que eventualmente no ejerza ninguna actividad económica»<sup>37</sup>.

Bien que las normas fundacionales en materia de libre circulación de personas y los actos adoptados para la ejecución de éstas no puedan aplicarse a actividades que no presenten ningún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho comunitario y cuyos elementos pertinentes estén todos situados en el interior de un solo Estado<sup>38</sup>.

Por el contrario, todo nacional comunitario que haya hecho uso del derecho a la libre circulación y que haya ejercido una actividad profesional en otro Estado miembro está comprendido, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones comunitarias relativas a la libre circulación de personas y de trabajadores<sup>39</sup>.

En ese contexto, los nacionales de los Estados miembros disfrutan, en particular, del derecho, fundado directamente en las normas fundacionales o constitutivas de la Unión Europea, 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<sup>40</sup>.

En consecuencia, el Derecho comunitario se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos

<sup>35</sup> SSTJCE de 6 de junio de 2000, asunto C-281/98, Angonese, y de 16 de enero de 2003, asunto C-388/01 Comisión/Italia,

<sup>36</sup> SSTJCE de 25 de julio de 1991, asunto C-353/89, Comisión/Países Bajos, y de 13 de diciembre de 2007, asunto C-250/06, United Pan-Europe Communications Belgium y otros, y de 13 de abril de 2010, asunto C-73/08, Nicolas Bressol y otros, Céline Chaverot y otros contra Gouvernement de la Communauté française. Como precisa esta última sentencia, «el principio de no discriminación prohíbe no sólo las discriminaciones directas, basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación indirecta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado. A menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido, una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria cuando, por su propia naturaleza, pueda afectar más a los nacionales de otros Estados miembros que a los propios nacionales e implique por consiguiente el riesgo de perjudicar, en particular, a los primeros», reiterando doctrina contenida en las sentencias del mismo Alto Tribunal comunitario de 30 de noviembre de 2000, asunto C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, y de 18 de julio de 2007, C-212/05, Hartmann.

<sup>37</sup> STJCE de 13 de abril de 2010, asunto C-73/08, Nicolas Bressol y otros, Céline Chaverot y otros contra Gouvernement de la Communauté française.

<sup>38</sup> SSTJCE de 8 de diciembre de 1987, asunto 20/87, Gauchard, y de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, Terhoeve.

<sup>39</sup> SSTJCE de 23 de febrero de 1994, asunto C-419/92, Scholz, de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, Terhoeve, y de 18 de julio de 2007, asunto C-212/05, Hartmann.

<sup>40</sup> SSTJCE de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, Bosman, y de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, Terhoeve.

atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario <sup>41</sup>, por ello <sup>42</sup>:

- a) Las medidas nacionales que puedan restringir o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado (ahora Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), únicamente pueden admitirse si persiguen un objetivo de interés general, son adecuadas para conseguirlo y no van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que persiguen <sup>43</sup>.
- b) Un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas, ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno, incluidas las resultantes de la estructura constitucional de dicho Estado, para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario <sup>44</sup>.

El artículo 39 de la CE (actualmente art. 45 TFUE), garantiza la libre circulación de los trabajadores en la Comunidad. Esa libertad lleva consigo en particular, sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, los siguientes derechos:

- Responder a ofertas efectivas de trabajo.
- Desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros.
- Residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo.

Para que una medida restrinja la libre circulación de personas y trabajadores, no es necesario que se base en la nacionalidad de las personas afectadas ni siquiera que favorezca a la totalidad de los trabajadores nacionales o que perjudique sólo a los trabajadores procedentes de los demás Estados miembros, y no a los trabajadores nacionales <sup>45</sup>. Basta que la medida favorable beneficie a determinadas categorías de personas que ejerzan una actividad profesional en el Estado miembro en cuestión <sup>46</sup>.

Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que el conjunto de disposiciones comunitarias relativas a la libre circulación de personas tiene por objeto facilitar a los nacionales comunitarios el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en todo el territorio de la Comunidad y se opone a las medidas que pudieran colocar a estos nacionales en una situación

<sup>41</sup> SSTJCE de 31 de marzo de 1993, asunto C-19/92, Kraus, de 9 de septiembre de 2003, asunto C-285/01, Burbaud, y de 5 de octubre de 2004, asunto C-442/02, CaixaBank France.

<sup>42</sup> *Vid.* STJCE de 1 de abril de 2008, asunto C-212/06, Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement Wallon y Gouvernement Flamand.

<sup>43</sup> SSTJCE de 11 de marzo de 2004, de Lasteyrie du Saillant, asunto C-9/02, de 18 de enero de 2007, Comisión/Suecia, asunto C-104/06 y de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement Wallon y Gouvernement Flamand, asunto C-212/06.

<sup>44</sup> SSTJCE de 10 de junio de 2004, Comisión/Italia, asunto C-87/02, y de 26 de octubre de 2006, Comisión/Austria, asunto C-102/06.

<sup>45</sup> SSTJCE de 6 de junio de 2000, Angonese, asunto C-281/98, y de 16 de enero de 2003, Comisión/Italia, asunto C-388/0.,

<sup>46</sup> SSTJCE de 25 de julio de 1991, Comisión/Países Bajos, asunto C-353/89, y de 13 de diciembre de 2007, United Pan-Europe Communications Belgium y otros, asunto C-250/06.

desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro <sup>47</sup>.

Aquellas disposiciones que impidan o disuadan a un nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen, por consiguiente, obstáculos a dicha libertad, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados <sup>48</sup>.

De este modo, aunque por su tenor, las disposiciones relativas a la libre circulación de trabajadores tengan por objeto, en particular, garantizar el derecho al trato nacional en el Estado de cogida, se oponen también a que el Estado origen obstaculice la libre aceptación y el ejercicio de un empleo por uno de sus nacionales en otro Estado miembro <sup>49</sup>.

La circunstancia de que los sujetos privados (trabajadores y empresarios) estén sometidos a las normas sobre libre circulación:

- No supone el fin de su autonomía privada.
- Tampoco significa necesariamente que estén sometidos exactamente a los mismos estándares.

Efectivamente, las autoridades estatales pueden aplicar distintos baremos en su análisis de cualquier obstrucción a las libertades de circulación, dependiendo:

- De la procedencia y de la gravedad del obstáculo al ejercicio del derecho a la libre circulación.
- De la fuerza y validez de las contrapuestas reivindicaciones de autonomía privada.

Esto es, «los sujetos privados pueden todavía seguir haciendo a menudo cosas que las autoridades públicas no pueden» <sup>50</sup>. Incluso «en los casos que entran dentro de su ámbito de aplicación, las disposiciones sobre libre circulación no sustituyen al Derecho nacional como marco jurídico pertinente para la evaluación de los conflictos entre sujetos privados». De tal manera que «los Estados miembros tienen libertad para regular la conducta privada siempre que respeten los límites establecidos por el Derecho comunitario» <sup>51</sup>. Resultando, consecuentemente, que «el Derecho nacional (...) conserva su propio lugar en el marco normativo que regula los conflictos entre particulares. Al mismo tiempo, (que) se garantiza la efectividad del Derecho comunitario» <sup>52</sup>.

<sup>47</sup> SSTJUE de 7 de julio de 1992, asunto C-370/90, Singh, de 27 de enero de 2000, asunto C-190/98, Graf, y de 15 de junio de 2000, asunto C-302/98, Sehrer.

<sup>48</sup> SSTJUE de 7 de marzo de 1991, asunto C-10/90, Masgio, 19, de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, Terhoeve., y de 15 de junio de 2000, asunto C-302/98, Sehrer.

<sup>49</sup> STJUE de 26 de enero de 1999, asunto C-18/95, Terhoeve.

<sup>50</sup> Destaca el Abogado General, Sr. Poiaras Maduro, en la conclusión 49, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

<sup>51</sup> Indica el Abogado General, Sr. Poiaras Maduro, en la conclusión 51, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

<sup>52</sup> Precisa el Abogado General, Sr. Poiaras Maduro, en la conclusión 54, de su escrito presentado el 23 de mayo de 2007, en el asunto C-438/05.

## IV. PRESTACIÓN DE TRABAJO Y FORMACIÓN

Se afirma que «nuestra conducta se determina en el tiempo por la interacción de tres factores: los genes, que preestablecen determinadas capacidades de reacción frente a algunos estímulos; el aprendizaje, proceso por el cual adquirimos información respecto al mundo exterior, y la memoria, que es el mecanismo por el cual esa información codificada es guardada, para su reutilización cuando es necesaria»<sup>53</sup>.

Más allá de las clasificaciones y la taxonomía, el aprendizaje y la memoria se confunden, de tal manera que sin ellos se diluye y hasta deja de existir, en su más genuina expresión, la persona, de ahí la importancia del aprendizaje. Semejante descripción no obstante se efectúa con las naturales cautelas, pues presupone y se ajusta a las teorías evolutivas<sup>54</sup>, más o menos darwinistas, pero puede sufrir un cambio radical con las «prótesis inteligentes» y el proyecto homo-futuris.

### 4.1. Una perspectiva histórica de la vinculación entre la adquisición de una formación específica o profesional y la prestación de trabajo

En esta perspectiva puede afirmarse que históricamente la prestación de trabajo y la formación constituyen un binomio, cuya aparición es tardía<sup>55</sup>. Ha de esperarse a la «ciudad medieval». En ella se desarrolla el régimen gremial, paradigma histórico de la formación mediante la prestación del trabajo<sup>56</sup>.

#### 4.1.1. El aprendizaje en el gremio

Se afirma, con indudable acierto, que «el aprendizaje es una institución cuyo origen reside en los gremios. Es en el ámbito de estas corporaciones donde aparece como una institución autónoma frente a otros tipos de enseñanza y como estamento social y profesional en el marco de la jerarquía gremial»<sup>57</sup>.

En la aparición del régimen gremial<sup>58</sup>, influye determinadamente la prestación de trabajo por cuenta ajena, en libertad y en la ciudad. En la ciudad medieval (que no en la ciudad antigua, cuyas única

<sup>53</sup> BELMONTE, C., «El desafío del cerebro», en *La ciencia en tus manos* (P. GARCÍA BARRENO, dir.), 2.ª ed., ESPASA-CALPE, Madrid, 2001, pág. 446.

<sup>54</sup> Vid. JAY GOULD, S., *La estructura de la teoría de la evolución*, METATEMAS, Barcelona 2004.

<sup>55</sup> MOULIER-BOUTANG, Y., *De la esclavitud al trabajo asalariado. Economía histórica del trabajo asalariado embridado*, AKAL, Madrid, 2006, págs. 393-407 y 443-445.

<sup>56</sup> Sobre el origen y la historia de la prestación del trabajo y del Derecho del Trabajo, vid. ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, CIVITAS, Madrid 1994 (5.ª ed.), del mismo autor, «Los orígenes del Derecho del Trabajo», *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1972, núm. 43, y «Las raíces del contrato de trabajo», *Anales RAJL*, núm. 21, 1989.

<sup>57</sup> VILA TIERNO, F., *El contrato para la formación en el trabajo*, THOMSON-ARANZADI, Pamplona, 2008, pág. 33.

<sup>58</sup> Sobre el gremio DE LA TORRE y DE LA HOZ, *Los antiguos gremios*, Madrid, 1889; GARCÍA BARZALLANA, J., «Los antiguos gremios», Madrid 1889; REGLÁ J., y SANZ, L., *Historia general del trabajo*, Vol. III (La era de las revoluciones), E. GRIJALBO, Barcelona, 1965; REGLÁ, J., «La época del artesanado», en *Historia general del trabajo* (PARIAS, H. L., dir.), E. GRIJALBO, Barcelona, 1965; MOLAS RIBALTA, P., *Los gremios barceloneses del siglo XVIII*, CONFEDERACIÓN ESPA-

identificación con la ciudad medieval es de orden urbanístico) se asocian tanto los comerciantes como los artesanos, lo que no impide la existencia de trabajadores no asociados (especialmente en la construcción) así como la existencia de asociaciones no gremiales (oficio «libre» frente al agremiado o «jurado»), y de ciudades cerradas y libres (según se exigiese o no ser miembro del gremio para ejercer el «oficio»).

El gobierno de la ciudad se lleva a efecto por los miembros de las asociaciones de comerciantes, que acaban constituyendo el «patriciado urbano» (ejemplo son los *prohoms* y *ciutadans honorats* de la Biga). Los gremios de artesanos se constituyen, «por oficios», posteriormente en oposición (violenta) a las asociaciones de comerciantes, reclamando su participación en el gobierno municipal, participando en la defensa de la ciudad y, al propio tiempo, monopolizando el ejercicio del «oficio», determinando la producción, fijando los precios y garantizando las calidades.

El gremio disciplina, mediante estatutos y ordenanzas las relaciones de los agremiados entre sí y las condiciones de prestación del trabajo en el «oficio» (es el «oficio organizado»), bien que al propio tiempo fueran también (y quizá inicialmente) asociaciones religiosas (de culto) y entidades mutualistas, realizando actividades benéficas, creando y sosteniendo hospicios y hospitales, obras pías y asistenciales (hermandades y cofradías) a favor de sus miembros pobres, enfermos, inválidos, sus viudas y huérfanos.

#### 4.1.2. *La estructura del «oficio organizado»*

El gremio se estructura en unidades de producción de las que es titular un «maestro» (maestro y empresario), y en la que prestan su trabajo libre oficiales y aprendices, mediante un contrato de trabajo y, en su caso, aprendizaje, de duración, ordinariamente, corta (diario incluso), y salario en metálico y especie, bien que el «aprendiz», en ocasiones, sea el que pague.

El «maestro» es un grado superior al de «oficial» y este al de «aprendiz». Acceder al oficio requiere un largo aprendizaje y alcanzar el último grado que, al menos inicialmente, supone establecerse independientemente (crear una nueva unidad productiva), exige largos periodos como «oficial» y superar, finalmente, un examen riguroso, requisitos que con el tiempo se van agravando (gran dificultad de «obra maestra», tasas extremadamente onerosas, y la necesidad de incidir en gastos y dispendios de todo tipo), hasta llegar, en ocasiones, a perderse el fomento y procura del aprendizaje, al cerrarse el gremio y transmitirse la empresa a viuda, hijos u otros parientes.

#### 4.1.3. *El maestro y el aprendiz en el gremio*

En aquel sistema gremial el aprendizaje se caracterizaba «más por su función formativa o de inserción que por su condición laboral, ya que aunque bien es cierto que el aprendiz prestaba sus servicios al patrono –(...)– no es menos cierto que el trabajo que desempeña aquél está relativizado en importancia, hasta el extremo de carecer del carácter retribuido. Debe reconocerse, por tanto, como una relación formativa de carácter tutelar que desborda el aspecto meramente profesional y en el que

---

ÑOLA DE CAJAS DE AHORRO, Madrid, 1970; ALONSO OLEA, M., *op. cit.* (*Introducción al Derecho del Trabajo*); VILLAS TINOCO, S., *Los gremios malagueños (1700-1746)*, UNIVERSIDAD DE MÁLAGA, 1981.

existía un vínculo absoluto del sujeto con el taller. El aprendizaje se caracterizaba por ser una relación próxima a la paterno-filial. Se puede caracterizar, de este modo, como una relación entre maestro y discípulo, cuyo objeto consistía en aprender un oficio, y las obligaciones de las partes se subordinan a dicho objeto»<sup>59</sup>.

De la inicial relación cuasifamiliar que se da del «maestro» con los oficiales y especialmente con los aprendices, se va pasando, a medida que aumenta el tamaño de las unidades productivas, a relaciones de trabajo despersonalizadas, perdiéndose la función formativa del gremio, limitándose el «maestro» a dirigir y coordinar el trabajo, sin participar, como sucediera inicialmente, activamente en su ejecución. Circunstancias que, conjuntamente con las grandes pestes que asolaron Europa, diezmando las poblaciones, contribuyeron a la desaparición de la autonomía municipal, y fueron determinantes de la decadencia y desaparición del gremio.

#### 4.1.4. *La continuidad histórica y transformación del modelo de aprendizaje gremial*

Viajando «a la velocidad de la luz y dando un salto en el tiempo», colocándonos en la época que nos ha tocado vivir, puede afirmarse que «en la sociedad del conocimiento el aprendizaje no se circunscribe a un determinado espacio como las instituciones educativas, se exige aprender en todos los contextos. Por otra parte el aprendizaje no puede quedar limitado a un determinado periodo temporal en el ciclo vital de la persona. No se puede ya vivir de las rentas de conocimientos adquiridos en los años de formación. Los continuos cambios en todos los niveles conllevan demandas profesionales y nuevas exigencias personales. Es obligado aprender a lo largo de toda la vida de la persona»<sup>60</sup>.

Semejante circunstancia no impide enfatizar la importancia del conocimiento adquirido en el periodo típico de aprendizaje, pues en él precisamente se adquieren las capacidades, habilidades y los conocimientos básicos precisos, para poder «seguir aprendiendo», esto es, asimilar los nuevos desarrollos culturales. Pero además, siendo así que:

- a) «La formación profesional ordinaria (es) debida en todo caso por el empresario en cumplimiento del contrato de trabajo»<sup>61</sup>.
- b) «Uno de los principios fundamentales de la relación laboral es la posibilidad que tiene el trabajador de rescindir voluntariamente el contrato de trabajo sin coste económico alguno para él siempre y cuando preavise al empleador con el tiempo suficiente, según el convenio colectivo o la costumbre aplicables, para evitar o aminorar a éste los perjuicios directos o indirectos de la decisión extintiva»<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> VILA TIerno, F., *op. cit.* (*El contrato para la formación en el trabajo*), pág. 34, en donde precisa que «la finalidad de aquella relación, (...) es la enseñanza de un oficio por el maestro al aprendiz, para lo que se valen de una prestación de servicios instrumental, puesto que lo que se persigue es formar al discípulo para el desempeño de un oficio y su acceso al Gremio».

<sup>60</sup> E. GARCÍA GARCÍA, «Desarrollar las inteligencias en la sociedad del conocimiento», en *Ante los problemas de la universidad española: 65 propuestas para conectarla con el futuro*, (F. PARRA LUNA, compilador), ENTRELÍNEAS EDITORES, Madrid, 2004, pág. 296.

<sup>61</sup> STS, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2000.

<sup>62</sup> STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2007.

- c) La «libertad de trabajo, que está detrás de la norma permisiva de la libre dimisión del trabajador, artículo 49.1 d) del ET, es protegida por nuestro ordenamiento jurídico laboral»<sup>63</sup>.

Puede lícitamente plantearse el siguiente interrogante: ¿Si una persona ha de aprender a desarrollar un trabajo y tiene que estar aprendiendo durante toda su vida, mediando su prestación, es razonable que semejante circunstancia acorde con el sino de los tiempos, pueda llegar a condicionar o limitar su «libertad de trabajo»<sup>64</sup>?

#### 4.2. Los contratos relativos a la «formación mediante la prestación de trabajo»

Tratar los contratos relativos a la «formación mediante la prestación de trabajo», implica en buena medida arcaizar, por más que ahora se aluda a «contratos formativos»<sup>65</sup> y se incluyan en la norma laboral básica de nuestro ordenamiento jurídico. Supone abandonar la perspectiva sobre la enseñanza (general o básica, profesional y superior), y entrar en la procura de formación mediante el aprendizaje. Esto es, tratar sobre la concreta y actual regulación jurídico-positiva de unos singulares contratos cuya delimitación puede efectuarse negativa y positivamente.

Negativamente se singularizan por no ser relativos únicamente a la «enseñanza», espacio que ocupan los sistemas (reglados y no reglados, públicos y privados), por más que en ellos se realicen «prácticas», y en los que el discente únicamente ha de aprender sin tener que prestar ningún trabajo a cambio, por más que pueda venir obligado a satisfacer una tasa o un precio, público o privado.

Positivamente se destacan por haber sido configurados, con dudoso acierto, como unos «contratos especiales de trabajo», que combinan la enseñanza con prestación de trabajo por cuenta ajena<sup>66</sup>, y que pueden considerarse continuadores del sistema medieval de enseñanza gremial, esto es, de transmisión de conocimientos, competencias y habilidades profesionales maestro-aprendiz.

<sup>63</sup> STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2007.

<sup>64</sup> STS, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2000.

<sup>65</sup> *Vid.* DURÁN LÓPEZ, F., «Notas sobre el régimen jurídico de los contratos en prácticas y para la formación», *RDET*, 1982, núm. 12; PRADOS DE REYES, F. J., «La evolución jurídica de las relaciones de aprendizaje», *RPS*, 1978, num. 120; del mismo autor, «El nuevo régimen jurídico de los contratos en prácticas y para la formación», *TL*, 1985, núm. 2; del mismo autor «Trabajo en prácticas y para la formación», en *Comentarios en las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores* (BORRAJO DACRUZ, dir.), EDERSA, Madrid, 1985; ANDINO AXPE, J. F., «Los nuevos contratos temporales», *AL*, 1991, núm. 31; CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E., «Los contratos para la formación y en prácticas», *CDJ*, 1992, núm. 20; de la misma autora «Formación y empleo: Los contratos formativos y su reforma», *RL*, 1992, núm. 23; CAVAS MARTÍNEZ, F., «Nuevo régimen de los contratos en prácticas y aprendizaje», *EF*, 1994, núm. 133; LÓPEZ LÓPEZ, J., «Los contratos formativos: causa formativa, condiciones salariales y protección social», en *La reforma Laboral de 1994*, (ALARCÓN CARACUEL, M, Coord.), MARCIAL PONS, Madrid, Barcelona, 1994; ALBIOL MONTESINOS, I., *Contratos formativos. Prácticas y aprendizaje*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 1995; CARDENAL CARRO, M., *Contratos de trabajo formativos*, ARANZADI, Pamplona, 1997; MORENO SENOVILLA, H., «Los contratos formativos y el trabajo a tiempo parcial», en *La reforma de las legislaciones Laboral y de Seguridad Social* (VALDÉS DAL-RE, F., coord.), LEX NOVA, Valladolid, 1997; CADENAL CARRO, M., *Contratos de trabajo formativos*, ARANZADI, Pamplona, 1997; RABANAL CARBAJO, P., *Los contratos de trabajo formativos*, DIKINSON, Madrid, 2002.

<sup>66</sup> «La ajeneidad consiste en la atribución ab initio de los frutos del trabajo al empresario, esto es, que el producto del trabajo no pertenece al operario, sino que directamente se incorpora al patrimonio del empleador», destaca la STSJ de La

Para tratar tales relaciones contractuales, dado el limitado alcance del presente trabajo, obviamos, por su diversidad, dispersión y complejidad, cualquier referencia al derecho comparado, centrándonos en la regulación contenida en nuestro ordenamiento jurídico.

Tomando en consideración lo indicado en el apartado anterior, ha de tomarse como núcleo de la cuestión que estamos tratando el contenido del artículo 11 (titulado «contratos formativos») del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (en adelante ET<sup>67</sup>), que regula y establece dos tipos de contratos formativos, que aun cuando puedan teóricamente estimarse vinculados y derivados de aquella tradición medieval gremialista, aparecen netamente diferenciados de la misma y entre sí. Son el contrato en «prácticas» y el contrato «para la formación».

#### 4.2.1. El contrato de trabajo «en prácticas»

El primero de los contratos, el «contrato de trabajo en prácticas»<sup>68</sup>, puede concertarse con quienes estuvieren en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, que habiliten para el ejercicio profesional. Contrato que únicamente puede concluirse durante un periodo limitado de tiempo (cuatro o seis años), siguientes a la terminación de los correspondientes estudios.

El contrato en prácticas «tiene por objeto, efectivamente, la adquisición de experiencia profesional»<sup>69</sup> por parte de la persona que ha obtenido las titulaciones antes indicadas. Por ello «dada su finalidad, la correspondencia entre título y tareas se convierte en un requisito básico de (esta) modalidad contractual, de forma que su falta determina(rá) su consideración como contrato de trabajo ordinario, por tiempo indefinido»<sup>70</sup>.

En todo caso el puesto de trabajo a desempeñar, «deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados», dice la ley. Por ello, se afirma, «la finalidad institucional del contrato quedará, por tanto, cumplida, cuando exista esa correspondencia entre el contenido funcional del puesto realmente desempeñado y el objeto de los estudios cursados»<sup>71</sup>. Semejante correspondencia ha de darse en los dos sentidos siguientes:

- En primer lugar desde un punto de vista cualitativo, de forma que el tipo de trabajos encomendados corresponda al mismo sector productivo y área de conocimiento al que se refiere la titulación.

---

Rioja, Sala de lo Social, de 5 de marzo de 1996; «Se trabaja para otro, no por cuenta de otro, quedando así enlazada esta idea con la de la asunción del riesgo», indica la STS, Sala de lo Social, de 9 de febrero de 1990.

<sup>67</sup> Desarrollado por el Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo.

<sup>68</sup> *Vid.* IGLESIAS CABERO, I., «El contrato en prácticas», DC, 1994, núm. 44.

<sup>69</sup> Tiene consecuencias en otros órdenes como es en materia de Seguridad Social, *vid.* sobre el particular el voto particular del magistrado don José Antonio Álvarez Caperochipi en la SJSJ de Navarra de 7 de octubre de 2009, rec. núm. 263/2009.

<sup>70</sup> STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 25 de abril de 2008.

<sup>71</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 24 de noviembre de 1997.

- En segundo lugar, desde un punto de vista cuantitativo o de nivel, de forma que las tareas asumidas correspondan al nivel formativo acreditado por la titulación.

Pudiendo plantearse un problema en un doble sentido:

- Por exceso, al superar las tareas asumidas el nivel formativo del trabajador.
- Por defecto, por ser inferiores a dicho nivel formativo.

Por ello y si existiese inadecuación entre las funciones asumidas y la categoría profesional reconocida por la empresa, la solución no ha de buscarse en la recalificación de la modalidad contractual, sino en la correspondiente reclamación de categoría o salarial <sup>72</sup>.

El trabajador «en prácticas», tendrá derecho a una retribución, bien que su cuantificación inferior al salario mínimo convencional, ponga de relieve que es un «contrato de trabajo» tan «especial», que, en puridad doctrinal, dudosamente entrará en la categoría dogmática de «contrato de trabajo». Sus características, más bien propenden a ubicarlo en una categoría especial de contratos, los «contratos para el aprendizaje o formativos» <sup>73</sup>.

Al respecto ha de repararse que al darse la doble característica de «prestación de trabajo» y «facilitación de formación», las contrapuestas posiciones de deudor y acreedor de «salario» y «formación», deberían resolverse mediante la ponderación del carácter formativo <sup>74</sup> del contrato, que prima sobre la pura laboralidad (productividad/prestación de trabajo).

#### 4.2.2. El contrato de trabajo «para la formación»

El segundo de los contratos formativos, «contrato para la formación» <sup>75</sup>, tiene «por objeto la adquisición de la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño adecuado de un oficio o de un puesto de trabajo que requiera un determinado nivel de cualificación».

<sup>72</sup> STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 25 de abril de 2008.

<sup>73</sup> Se fija en el convenio colectivo aplicable, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al 60 o al 75 por 100 durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo.

<sup>74</sup> Sobre la «recuperación» del carácter formativo del contrato en prácticas *vid.* LORENZO LARES, F., *La regulación del trabajo de menores y jóvenes*, MERCABLUM, Sevilla, 2000, págs. 294-295.

<sup>75</sup> *Vid.* PÉREZ FUSTE, P., «El contrato de aprendizaje», *RT* 1942, núm. 33; PÉREZ SAAVEDRA, F., «El contrato de aprendizaje y el arcaísmo de la legislación española que lo regula», *RPS* 1962, núm. 102; VIDA SORIA, J., «El aprendizaje y el contrato de aprendizaje», en *Catorce lecciones sobre contratos especiales de Trabajo* (AA.VV.), SECCIÓN DE PUBLICACIONES E INTERCAMBIO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID, Madrid, 1965; PRADOS DE REYES, F. J., «La evolución jurídica de las relaciones de aprendizaje», *RPS*, 1978, núm. 120; del mismo autor, *El contrato de aprendizaje*, UNIVERSIDAD DE GRANADA, Granada, 1979; BARTOMEUS PLANA, D., «Contrato para la formación en el trabajo y fraude de ley», *RL*, 1989, T. II; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., «Contrato de trabajo para la formación», en *Contratos laborales temporales* (BARREIRO GONZÁLEZ, G., coord.), LA LEY, Madrid, 1993; GARCÍA FEMENIA, A. M., «El contrato de aprendizaje: entre la formación y la inserción profesional», *RL*, 1994, núm. 23; GARCÍA MURCIA, J., y ESCOTET VÁZQUEZ, M., «El contrato de aprendizaje: líneas básicas de su nueva regulación por la Ley 10/1994», *RL*, 1994, núm. 23; GASCÓ GRACÍA, E., «El contrato de aprendizaje como medida urgente de fomento de la ocupación», en *La Reforma Laboral 1994* (BAYLOS GRAU, coord.) EDICIONES

En ese contrato, el empresario asume como obligaciones singularmente relevantes, las siguientes <sup>76</sup>:

- En primer lugar, «ocupar efectivamente al trabajador de manera adecuada al objeto del contrato, esto es, la ocupación deberá estar relacionada con las tareas propias del nivel ocupacional, oficio o puesto de trabajo objeto del contrato» [art. 11.2 f) ET].
- En segundo lugar «impartir o concertar la formación teórica, concediendo al trabajador los permisos precisos que requiera; tutelar el desarrollo del proceso formativo, ya sea asumiendo personalmente dicha función cuando desarrolle su actividad profesional en la empresa, o designando como tutor un trabajador de ésta, siempre que en ambos casos quien ejerza la tutoría posea la cualificación o experiencia profesional adecuada; certificar a la finalización del contrato en que conste la duración de la formación y el nivel de formación práctica adquirida» [art. 11.2 g) ET].

Este contrato tiene, pues, la «finalidad de que el trabajador adquiera la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño de un puesto de trabajo que requiera un cierto nivel de cualificación; finalidad que se traduce en el cumplimiento de la obligación del empleador de proporcionar formación teórica y práctica, si bien la exigencia de una formación teórica se acompaña de medidas tendentes a flexibilizar los procedimientos para propiciarla» <sup>77</sup>.

La caracterización fundamental de este tipo de «contrato formativo» puede llevarse a cabo mediante las siguientes consideraciones:

- Por una parte, que mediante ese contrato «se persigue un doble objetivo: la adquisición de los conocimientos teóricos previos para el desempeño de un puesto de trabajo para lo cual se impone la necesidad de dedicar una parte de la jornada laboral, a la formación y el desempeño efectivo del trabajo» <sup>78</sup>.
- Por otra parte, que la circunstancia anterior «a su vez implica que no todas las actividades productivas requieren una enseñanza o formación previa, por cuanto existen tareas que por elementalidad misma excluyen la posibilidad del objeto de este contrato» <sup>79</sup>.

---

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA, Albacete, 1996; BARCELÓN COBEDO, S., «El contenido del contrato de aprendizaje (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1996)», *TL*, 1997, núm. 43; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «El contrato para la formación en el vigente derecho español», *AS*, 1997, núm. 5; FEIJÓO REY, M. J., «El contrato de formación tras la reforma de 1997», *RL*, 1998, núm. 2; PALOMINO SAURINA, P., «El contrato para la formación», *AL*, 1998, núm. 17; BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup> A., *El contrato de formación y otras formas de contratación en alternancia*, TIRANT LO BLANCH, Valencia, 2000; SÁNCHEZ TORRES, E., «El contrato para la formación: ¿contrato formativo en alternancia o contrato de inserción?», *REDT*, 2002, núm. 110; RUANO ALBERTOS, S., «Efectos del incumplimiento de la formación teórica en el contrato para la formación. Comentario a la STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de septiembre de 2004», *AS*, 2004, núm. 18; HARRAIZ MARTÍN, M. S., «El contrato para la formación: nueva legislación y jurisprudencia», *AS*, 2006, núm. 18.

<sup>76</sup> STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 21 de abril de 2009.

<sup>77</sup> STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 15 de julio de 2005.

<sup>78</sup> STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 6 de junio de 2000.

<sup>79</sup> STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 23 de noviembre de 2004.

La diferencia de este contrato y el contrato de trabajo «en prácticas» se pone especialmente de manifiesto cuando se repara en que éste, pero no aquél, puede celebrarse «con trabajadores mayores de 16 años y menores de 21 años que carezcan de la titulación requerida para realizar un contrato en prácticas». Lo cual hace que este contrato rememore con singular intensidad, al «oficio» y al «aprendiz»<sup>80</sup> del gremio.

Se distingue también este contrato «de trabajo para la formación», del «contrato de trabajo en prácticas», por una serie de circunstancias que, a su vez, evocan el engarce más acusado del «contrato de trabajo para la formación» que el «contrato de trabajo en prácticas», con la «formación depurada al aprendiz por el maestro en el oficio agremiado medieval». Esas circunstancias son únicamente características del contrato de trabajo para la formación, y resultan ser las siguientes:

- El tiempo dedicado a la formación teórica dependerá de las características del oficio o puesto de trabajo a desempeñar y del número de horas establecido para el módulo formativo adecuado a dicho puesto u oficio, sin que, en ningún caso, pueda ser inferior al 15 por 100 de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal.
- Cuando el trabajador contratado para la formación no haya finalizado los ciclos educativos comprendidos en la escolaridad obligatoria, la formación teórica tendrá por objeto inmediato completar dicha educación.
- Se entenderá cumplido el requisito de formación teórica cuando el trabajador acredite, mediante certificación de la Administración pública competente, que ha realizado un curso de formación profesional ocupacional adecuado al oficio o puesto de trabajo objeto del contrato.
- A la finalización del contrato, el empresario deberá entregar al trabajador un certificado en el que conste la duración de la formación teórica y el nivel de la formación práctica adquirida. El trabajador podrá solicitar de la Administración pública competente que, previas las pruebas necesarias, le expida el correspondiente certificado de profesionalidad.

Que la formación constituye el *leitmotiv* del contrato para la formación, y por lo tanto su causa en puridad de dogmática jurídica, lo pone en evidencia la sanción legal, de que ese contrato de trabajo, formalmente convenido «para la formación», resulta que «se presumirá de (trabajo, y de) carácter común u ordinario cuando el empresario incumpla en su totalidad sus obligaciones en materia de formación teórica»<sup>81</sup>. En todo caso la alusión al «empresario» como una de las partes del contrato en absoluto hipoteca las anteriores afirmaciones<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 8 de marzo de 2004.

<sup>81</sup> Afirma su condición de contrato de trabajo VILA TIERNO, F., *op. cit.* (*El contrato para la formación en el trabajo*), págs. 118-119, y en pág. 337, indicando en esta última que «el contrato para la formación, en que se intercambian servicios por salario y capacitación profesional, constituye propiamente un contrato de trabajo, en la medida en que posee todas las notas caracterizadoras esenciales de la relación jurídico-laboral. Si bien se advierte cómo una de ellas –la ajeneidad– aparece sensiblemente debilitada».

<sup>82</sup> *Vid.* DESDENTADO DAROCA, Elena, *La personificación del empresario laboral*, LEX NOVA, Valladolid, 2006, pág. 33; En el surgimiento de la noción de empresario tiene una importancia capital la «Revolución industrial», fenómeno del

#### 4.2.3. Formación y contratos formativos –versus– pacto de permanencia

Para resolver la cuestión planteada en el enunciado de este apartado ha de partirse de que «uno de los principios fundamentales de la relación laboral es la posibilidad que tiene el trabajador de rescindir voluntariamente el contrato de trabajo sin coste económico alguno para él siempre y cuando preavise al empleador con el tiempo suficiente, según el convenio colectivo o la costumbre aplicables, para evitar o aminorar a éste los perjuicios directos o indirectos de la decisión extintiva»<sup>83</sup>, y el pacto de permanencia en la empresa «limita la libertad de trabajo del trabajador en cuanto que recorta su posibilidad de libre desistimiento»<sup>84</sup>.

Efectivamente, esa «libertad de trabajo, que está detrás de la norma permisiva de la libre dimisión del trabajador –artículo 49.1 d) ET–, es protegida por nuestro ordenamiento jurídico laboral, contrario al establecimiento de pactos de permanencia del trabajador en la empresa, esto es, a soluciones que penalicen de cualquier forma el libre ejercicio por éste de tal libertad para desistir del contrato de trabajo. Sólo si el trabajador ha recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, es válido pactar entre ambos la permanencia en dicha empresa durante un periodo máximo de dos años, pues así lo permite el artículo 21.4 del ET»<sup>85</sup>.

Así lo establece nuestro ordenamiento jurídico, según el cual «cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios» (art. 21.4 ET).

---

que se afirma que «los historiadores han debatido el tema de qué fue lo que inició el proceso. (...) ¿Acaso habrá sido la Revolución industrial resultado de un lúcido espíritu de empresa? ¿Se trataba quizá de un avance preliminar en un largo proceso mediante el cual las invenciones, muy lejos de constituir una fuerza independiente e innovadora, venían a ser el logro previsible de quienes, gracias a su ingenio e inspiración, habían descubierto las posibilidades del cambio?», indica GALBRAITH J. K., *Historia de la Economía*, ARIEL, Barcelona, 1991, pág. 71-72; (*Vid.* también VALDALISO J. M. y LÓPEZ GARCÍA, S., *Historia económica de la empresa*, CRITICA, Barcelona, 2000, especialmente págs. 11-14). Lo cierto es que «sea cual fuere la fuente de la Revolución Industrial, ésta modeló profundamente el desarrollo económico», precisa GALBRAITH J. K., *op. cit.* (*Historia de la Economía*) pág. 72; aparecieron las empresas en el sentido moderno del término y tomaron el protagonismo político y social los empresarios, como señala GALBRAITH J. K., *op. cit.* (*Historia de la Economía*) pág. 72. Pudiendo tratarse fundamentalmente desde una doble perspectiva, mercantil y laboral, sin necesidad de insistir en esta última perspectiva, en la mercantil puede afirmarse que «las empresas son organizaciones de factores productivos (capital y trabajo) dedicadas de un modo estable a la creación de utilidades; quiere decirse con ello que las empresas tienen como cometido el desarrollo de una función primaria e insustituible de producción (de bienes económicos: bienes materiales y servicios) y que esta primaria función de producción no debe tener un carácter ocasional o aislado, sino duradera (...), para que pueda hablarse de empresa, se precisa, además, que ésta función de producción tenga como objetivo la satisfacción de las necesidades externas que en el seno de un mercado se manifiestan», indica SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L., *Introducción al Derecho Mercantil*, CIVITAS, Madrid, 1998, pág. 137.

<sup>83</sup> STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2007.

<sup>84</sup> STSJ de la Región de Murcia, Sala de lo Social, de 22 de mayo de 2000.

<sup>85</sup> STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2007.

La licitud del pacto de permanencia «exige que se haya facilitado al trabajador una formación especializada, mucho más allá de la que es propia y consustancial a la necesaria y adecuada para desempeñar cualquier puesto de trabajo, correspondiendo a la empresa la carga de probar que efectivamente ha proporcionado al trabajador una formación de cualificación sustancialmente relevante y mucho más elevada que la ordinaria y común que se necesita en todo oficio»<sup>86</sup>.

Resultando de aquel precepto estatutario (art. 21.4 ET), que si el trabajador no recibe una especialización profesional ni realiza un trabajo específico, no se justifica ni la necesidad de su permanencia en la empresa ni los perjuicios indemnizables a ésta para el supuesto de que el trabajador abandonara el puesto antes del plazo previsto<sup>87</sup>. Precisamente por esa misma razón, tampoco puede exigirse a la empresa que pague un plus de permanencia.

La conclusión del mencionado pacto de permanencia puede, pues, caracterizarse en los siguientes términos<sup>88</sup>:

- Se trata de un pacto entre empresario y trabajador individualmente considerados, no pudiendo establecerse el mismo en convenio colectivo para determinado grupo de trabajadores.
- El pacto ha de formalizarse siempre por escrito, y además hay que interpretar que la forma escrita viene exigida *ad solemnitatem*, condicionando su observancia la validez del pacto.
- Ha de existir también, para que este pacto pueda realizarse válidamente, una justificación técnica y económica, que consiste precisamente en que el trabajador reciba una especialización profesional con cargo a la empresa, para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico. Aunque esta última exigencia (...) hay que interpretarla con cierta amplitud, pues lo que quiere imponer el legislador es que no se trate de la normal especialización que puede adquirir el trabajador en el seno de la empresa, sino que sea, por así decirlo, y valga la redundancia, una especialización en alguna medida «especial», al margen de la normal que el trabajador pueda adquirir como consecuencia del desarrollo de su actividad profesional o del progreso en su formación.
- El pacto ha de tener una duración máxima de dos años.
- El incumplimiento del pacto por parte del trabajador puede consentir tanto en una dimisión *ad nutum* del mismo, en una extinción sin causa de la relación de trabajo (pero no en una extinción al amparo de una de las justas causas previstas en el ET), como en una provocación de un despido procedente, por medio de disminución en el rendimiento, inasistencias al trabajo, etc.

De tal manera que «la especialización profesional a cargo de la empresa que justifica el pacto de permanencia mínima, no es de formación profesional ordinaria debida en todo caso por el empre-

<sup>86</sup> STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2007.

<sup>87</sup> STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 17 de marzo de 2008.

<sup>88</sup> STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 1999.

sario <sup>89</sup> en cumplimiento del contrato de trabajo [art. 4.º 2 b) ET], constituyendo una limitación al derecho del trabajador a dar por terminado siempre el contrato de trabajo en aplicación de lo establecido en artículo 49.1 d) del ET, sino una formación que haya supuesto realmente para el trabajador una auténtica "especialización profesional"» <sup>90</sup>.

Resulta pues que, los presupuestos necesarios para la validez y puesta en práctica de las denominadas cláusulas de permanencia en la empresa (art. 21 ET) son los siguientes <sup>91</sup>:

- Su aplicación sea efectiva para el caso de que el trabajador haya recibido una especialización profesional.
- El proceso de especialización ha de ser sufragado por la empresa.
- Su finalidad es la de poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico.
- Su duración no vaya más allá de dos años.
- La cláusula se constate por escrito.

La concurrencia de todas estas circunstancias determina la responsabilidad del trabajador que rescinde el contrato de trabajo antes de que concluya el tiempo de vigencia de la cláusula, sin causa que lo justifique, de abonar al empresario una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

La especialización profesional a que aquel pacto se contrae «no es la propia y derivada del contrato de trabajo sino aquella otra caracterizada por un coste añadido y extraordinario para el empresario con incremento de los conocimientos, profesionalidad y enriquecimiento en el acervo propio del trabajador y cuya efectividad conlleva además la necesaria dedicación por parte del trabajador de su tiempo laboral a la adquisición de tal formación en perjuicio y con disminución de su prestación laboral para la empresa, incumbiendo a ésta, en caso de controversia, la probanza de que la formación proporcionada al trabajador ha supuesto realmente una auténtica especialización profesional, que <sup>92</sup>:

- Por una parte, ha redundado en un plus de cualificación del trabajador respecto de la que corresponde habitualmente a la función laboral contratada, permitiendo a quien la ha recibido mayores facilidades de colocación en el futuro.

<sup>89</sup> Vid. MIRÓN HERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> del Mar, *El derecho a la formación profesional del trabajador*, Ces, Madrid, 2006, especialmente págs. 43 ss., 88 ss., y 107 ss.

<sup>90</sup> STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 16 de julio de 2006.

<sup>91</sup> STS, Sala Cuarta, de 29-12-2000, y SSTSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 17 de diciembre de 2004, y de La Rioja, Sala de lo Social, de 8 de junio de 2004.

<sup>92</sup> STS, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2000, 6 de mayo de 2002, y STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 17 de marzo de 2006.

- Por otra parte, ha originado al propio tiempo a la empresa un verdadero perjuicio la marcha anticipada del trabajador sin haber resarcido a la empleadora del esfuerzo (no necesaria y exclusivamente financiero) que le ocasionó la especialización a su cargo del empleado»<sup>93</sup>.

La referida «especialización profesional reduce de manera sensible el ámbito de aplicación del pacto de permanencia»<sup>94</sup>, debiendo salvaguardarse, en todo caso, el derecho que todo trabajador tiene a la formación profesional, como consecuencia del juego de los artículos 27, 35 y 40.2 de nuestra Constitución, de manera que:

«Siendo el trabajador el acreedor o titular activo de tales derechos, el deudor de la correlativa obligación habrá de ser el empleador, de tal suerte que este último viene obligado a proporcionar de manera directa a sus empleados la formación que resulte necesaria y acorde con el buen desempeño de la específica función que a cada trabajador venga encomendada, debiendo asimismo el empresario permitir y facilitar que el propio empleado se proporcione a sí mismo la formación o la incrementa, a cuya finalidad responde la normativa que recoge el artículo 22.4 del ET».

Lo cual «lleva a concluir que la especialización que sirve de presupuesto del pacto ha de ir más allá del contenido de ese deber de formación profesional impuesto al empresario como consecuencia del propio contrato de trabajo».

Además, «un pacto de permanencia mínima impone una restricción más o menos severa de las libertades profesional y de trabajo del trabajador ("libre elección de profesión u oficio"), reconocidas en los artículos 35.1 de la Constitución y 4.º 1 a) del ET, que puede ser válida en determinados supuestos, como el previsto en el artículo 21.4 del ET, pero que debe estar fundada en causa suficiente y debe reunir además, para que pueda apreciarse su licitud o carácter no abusivo, determinados requi-

<sup>93</sup> En fin, puede resumirse la posición de la doctrina jurisprudencial acerca del pacto de permanencia, en los siguientes términos: a) Del contenido literal del artículo 21.4 del ET, se deduce que «especialización profesional» a la que se alude como recibida por el trabajador no basta con que sea de cualquier índole, sino que requiere tratarse de una especialización con cargo al empresario «para poner en marcha proyectos determinados», lo que reduce de manera sensible el ámbito de aplicación del pacto de permanencia que nos ocupa; b) Aquella «especialización profesional» a cargo de la empresa, que justifica el pacto de permanencia mínima no es de formación profesional ordinaria debida en todo caso por el empresario en cumplimiento del contrato de trabajo [art. 4.2 b) ET]. Por consiguiente, la «especialización profesional» a la que alude el artículo 21.4 del ET, a (...), es en todo caso ajena al derecho de todo trabajador a la formación profesional (...), y va más allá de lo que esta formación supone. No en vano el pacto de permanencia constituye una importante limitación al derecho del empleado a extinguir el contrato por su sola voluntad, mediante la dimisión que se contempla en el artículo 49.1 d) del ET de la norma estatutaria, por cuya razón no debe bastar para la validez de dicho pacto con el mero cumplimiento formal de los requisitos que se desprenden del citado artículo 21.4 (a saber: «1.º, que su aplicación sea efectiva para el caso de que el trabajador haya recibido una especialización profesional; 2.º, que el proceso de especialización lo sufrague la empresa; 3.º, que su finalidad sea poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico; 4.º, que su duración no vaya más allá de dos años, y 5.º, que la cláusula se constate por escrito»), sino que asimismo la cláusula de referencia «debe estar fundada en causa suficiente y debe reunir, además, para que pueda apreciarse su licitud o carácter no abusivo, determinados requisitos mínimos de proporcionalidad o equilibrio de intereses»; c) Incumbe «a la empresa la probanza acerca de que la formación proporcionada al trabajador ha supuesto realmente una auténtica "especialización profesional" que, por una parte, redunde en un plus de cualificación del trabajador respecto de la que corresponde habitualmente a la función laboral contratada, permitiendo a quien la ha recibido mayores facilidades de colocación en el futuro, y por otra, que origine al propio tiempo a aquélla un verdadero perjuicio la marcha anticipada del trabajador sin haber resarcido a la empleadora del esfuerzo (no necesaria y exclusivamente financiero) que le ocasionó la especialización a su cargo del empleado», STS, Sala de lo Social, de 6 de mayo de 2002.

<sup>94</sup> STS, Sala cuarta, de 26 de junio de 2001.

sitos mínimos de proporcionalidad o equilibrio de intereses»<sup>95</sup>, lo que no ocurre cuando se acuerda o pretende imponer<sup>96</sup> en los «contratos formativos»<sup>97</sup>.

Por todo ello es consecuente la doctrina jurisprudencial según la cual<sup>98</sup>.

- a) «La especialización profesional a cargo de la empresa que justifica el pacto de permanencia mínima no es la formación profesional ordinaria debida en todo caso por el empresario en cumplimiento del contrato de trabajo [art. 4.º 2 b) ET], ni tampoco la instrucción sobre el trabajo contratado que la empresa ha de dispensar a los profesionales de nuevo ingreso empleados en prácticas [art. 11 a) ET], sino aquella formación singular o cualificada, que suponga un coste especial o extraordinario para la empresa, y que produzca al mismo tiempo un enriquecimiento del patrimonio o valor profesional del trabajador fácilmente identificable».
- b) «Los términos del artículo 21.4 del ET adquieren pleno sentido y concreción cuando, en aplicación del criterio de la interpretación sistemática, se analizan junto con otras disposiciones de la ley sobre la obligación genérica de formación profesional del empresario, presente en todos los contratos de trabajo; sobre el deber de instrucción en el puesto de trabajo contratado que es consustancial a la cualidad de «contrato formativo» del contrato de trabajo en prácticas (y del contrato de trabajo para la formación); y sobre la facultad de pactar una minoración retributiva de los contratados en prácticas (y para la formación), justificada a la vez en la posibilidad de su menor rendimiento y en la obtención de formación práctica a cargo de la empresa».

### 4.3. Los «becarios» y otras instituciones «formativas» vinculadas a la prestación del trabajo por cuenta ajena

La finalidad de la beca «no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en la formación profesional» de su beneficiario<sup>99</sup>. La figura del «becario» está des-

<sup>95</sup> STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 19 de diciembre de 2001. Bien que según la STSJ del mismo Tribunal y Sala, de 11 de noviembre de 1999, «es lo cierto que el artículo 21 del ET por el que se regula el pacto de permanencia en la empresa se halla comprendido dentro del Capítulo II del Título I del ET concerniente al "contenido del contrato de trabajo", esto es, en términos generales y como propio de toda clase de contratos de trabajo sin que ni el artículo 11 del mismo Estatuto ni el Real Decreto-Ley 9/1997 sobre el trabajo en prácticas contengan disposición, norma o indicación específica alguna ni referencia de ninguna clase a la inaplicabilidad, nulidad o carácter abusivo del pacto de permanencia en los contratos de tal clase o en los que concurren determinadas características y, conforme al viejo aforismo, con valor de principio de derecho *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*».

<sup>96</sup> Como precisa la STSJ de la Región de Murcia, Sala de lo Social, de 22 de mayo de 2000, aquel pacto «ha de ser consecuencia de la voluntad concorde de trabajador y empresario, y no simple imposición unilateral del segundo. El artículo 3.º 1 c) del ET reconoce la autonomía de la voluntad de las partes en la regulación y determinación de los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral, estableciendo, como límite de tal función reguladora, que no se establezcan, en perjuicio del trabajador, condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales vigentes; prohibición que se refuerza en el número 5 del citado artículo, que niega validez a la disposición por el trabajador de los derechos reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario, o reconocidos como indispensables por convenio colectivo».

<sup>97</sup> STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 7 de diciembre de 2001.

<sup>98</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 21 y 29 de diciembre de 2000.

<sup>99</sup> SSTSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 19 de mayo y 5 de junio de 2003.

provista de las notas configuradoras de la relación laboral <sup>100</sup>, puesto que el titular de la «beca» o «becario» adquiere formación mediante la realización de una actividad que tiene un coste económico que soporta la institución o persona (física o jurídica) que la financie, y que aquel becario, si bien ha de cumplir ciertas tareas no las realiza en línea de contraprestación, sino de aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que representa para quien la financie.

La beca <sup>101</sup> es un «producto esencialmente formativo» <sup>102</sup>, cuyo objeto es facilitar el estudio y la formación del becario y no la de incorporar los resultados o frutos del estudio o trabajo de formación al patrimonio de la persona que la concede. La beca es una relación de beneficio en la que el provecho de la entidad empleadora no puede prevalecer sobre el provecho personal y científico del becado, que recibe un estipendio comprometiéndose a la realización de algún tipo de trabajo o estudio que redunde en su formación y en su propio beneficio, siendo fundamental la finalidad formativa de la beca, puesto que si prevaleciese el interés de la entidad en la obtención y prestación del servicio, y si la entidad hiciese suyos los frutos del trabajo del becado, se trataría de un contrato de trabajo y no de una beca <sup>103</sup>. Sobre su naturaleza jurídica, es reiterada la jurisprudencia, según la cual:

La beca constituye «una donación modal en virtud de la cual el becario recibe un estipendio, comprometiéndose a la realización de algún tipo de trabajo o estudio que redunde en su formación y en su propio beneficio, poniendo de relieve que el elemento fundamental que caracteriza a esa actividad del becario es su finalidad formativa y no el interés de la entidad donante por recibir esa actividad. No basta, pues, con que la beca ayude a formar, sino que ésta ha de ser la finalidad por la que se concede (y no la de que el becario atienda unos servicios), como lo revela que existan contratos de trabajo de carácter formativo (contrato en formación y contrato en prácticas)» <sup>104</sup>.

<sup>100</sup> SSTs, Sala de lo Social, de 13 de junio de 1988, 26 de junio de 1995, y 7 de julio de 1998.

<sup>101</sup> Vid. RODRÍGUEZ-SANUDO, F., «Contrato de trabajo: periodo de prácticas como becario de una empresa», *RPS*, 1972, núm. 96; GOÑI SEIN, J. L., «Las becas y el encubrimiento de los contratos laborales», *REDT*, 1983, núm. 14; del mismo autor, «La inserción profesional de los jóvenes en las empresas a través de las becas», *RL*, 1986, T. II; GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Las becas ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?», en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán*, TECNOS, Madrid, 1999; MORENO GENE, J., «El personal investigador en formación ¿becarios o trabajadores?», *TL*, 2005, núm. 78.

<sup>102</sup> En un sentido que matiza el alcance de aquella expresión indica VILA TIerno, F., *op. cit.* (*El contrato para la formación en el trabajo*), pág. 119, que «la beca es una realidad que se sitúa entre el sistema educación y el sistema productivo, realidad que tiene, además, importantes puntos de coincidencias con el contrato de formación».

<sup>103</sup> SSTs, Sala de lo Social, de 13 y 22 de junio de 1988, y de 26 de junio de 1995. Doctrina recogida por las SSTSJ, Salas de lo Social, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 11 de abril de 2007, y de Andalucía de 12 de febrero de 2009. Indica la STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 19 de octubre de 1999, que «dentro de esos aspectos generales se configura como elemento esencial y constitutivo de la condición de becario la realización de una actividad formativa para el mismo que esté en función de su titulación y que se configure como propia del centro donde se imparte o desarrolla, formación que supone un coste económico que se sufraga por las instituciones convocantes de las becas. Por el contrario, desnaturalizaría esa relación, trasmutándola en laboral, la circunstancia de que en lugar de esa finalidad formativa, el propósito de la concesión de la beca consistiese en obtener una actividad cuyos resultados pasarían a formar parte del patrimonio de quien la otorga, incorporando el trabajo del becario a su organización productiva, en una actuación propiamente empresarial».

<sup>104</sup> SSTs, Sala de lo Social, de 13 y 22 de junio de 1988, 26 de junio de 1995, 7 de julio de 1998, 22 de noviembre de 2005, 4 de abril de 2006 y 29 de marzo de 2007. Como indica la STSJ, de Madrid, Sala de lo Social, de 19 de septiembre de 2005, «en definitiva, la finalidad primaria de la beca es facilitar el estudio y la formación del becario y no la de incorpo-

Dicho en otros términos, más «sencillos». Se beca «en beneficio formativo del becario y no para que reciba unos servicios quien la concede; precisamente por ello, la beca no es la contraprestación de la actividad que se presta. Lo cual (...) lleva a tener que analizar, en cada caso, si la aparente beca se ha otorgado con una finalidad propia de esa naturaleza o su verdadera razón radica en obtener unos servicios, que se retribuyen con aquélla y se califican como beca a fin de no quedar sujetos al régimen jurídico propio del contrato de trabajo»<sup>105</sup>.

Ese mismo elemento diferenciador, entre becario y trabajador asalariado por cuenta ajena, «resulta de aplicación en el caso de las "prácticas en empresas" que pueden efectuar los estudiantes universitarios de los dos últimos cursos de una Facultad, Escuela Técnica Superior o Escuela Universitaria, al amparo del Real Decreto 1497/1981, de 19 de junio, sobre programas de cooperación educativa (norma que, por su rango normativo), no puede contravenir lo dispuesto en el ET, por lo que las prácticas que regula en ningún caso pueden reunir los rasgos propios del contrato de trabajo sin llevar consigo la configuración del vínculo como una relación laboral»<sup>106</sup>.

rar los resultados o frutos del estudio o trabajo de formación al patrimonio de la persona que la concede, habida cuenta de que la beca es una relación de beneficio en la que el provecho de la entidad empleadora no puede prevalecer sobre el provecho personal y científico del (becario). De ahí que la beca se config(ue) como una donación modal en virtud de la cual el becado recibe un estipendio comprometiéndose a la realización de algún tipo de estudio que redunde en su formación y en su propio beneficio, siendo fundamental la finalidad formativa de la beca, mientras que si prevalece el interés de la entidad en la obtención y prestación del servicio, y si la entidad hace suyos los frutos del trabajo del becado, se tratará de un contrato de trabajo y no de una beca. Por esta razón, no habrá beca cuando los servicios del supuesto becario cubren o satisfacen necesidades que, de no llevarse a cabo por aquél, tendrían que encomendarse a un tercero, o cuando el supuesto becario se limita a realizar los cometidos propios de la esfera de actividad de la entidad». En el mismo sentido STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 19 de octubre de 2007.

<sup>105</sup> SSTS, Sala de lo Social, de 13 y 22 de junio de 1988, de 26 de junio de 1995, de 7 de julio de 1998, de 22 de noviembre de 2005, de 4 de abril de 2006 y de 29 de marzo de 2007. *Vid.* STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 19 de octubre de 2007.

<sup>106</sup> SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 28 de diciembre de 2005, y 24 de abril de 2007, *vid.* del mismo Tribunal y Sala Sentencias de 2 de julio, 11 de septiembre y 9 de noviembre de 2007. Como precisa la Sentencia del precitado Tribunal y Sala, de 24 de junio de 2004: «Ciertamente los caracteres de la relación laboral, conceptuada dentro del artículo 1.1 del ET, determinan la prestación de un trabajo por cuenta ajena, dentro del marco de organización y dirección empresarial. (...) el elemento definidor de la relación del becario es la finalidad primaria de facilitar su estudio y formación, y no la de incorporar los resultados o frutos del estudio o trabajo de formación realizado al patrimonio del empresario. Partimos de la voluntariedad de la actividad que se desarrolla, y de la no menor participación del empleador en la asunción de los beneficios que le aporta la vinculación, bien sea de manera expresa o de forma tácita, pues consiente el trabajo que efectúa, y lo admite a su ciencia y paciencia (...). El carácter formal del Convenio (de «prácticas en empresas») suscrito (con la Universidad) en modo alguno puede enmascarar una relación que sea laboral, y dejarla fuera del contrato de trabajo por razón de ese amparo convencional que pueda tenerse, puesto que la especificación de todas las posibilidades de prestación de servicios en el Convenio, en modo alguno puede ocultar una relación laboral. El contrato del becario de acuerdo a lo dispuesto en el Real Decreto 1497/1981, en relación al Real Decreto 1845/1994, implica un elemento básico de incorporación de conocimientos por parte del becario, pero, en modo alguno ello puede confundirse con la simple actividad laboral, de donde deriva igualmente una práctica en el desempeño de una actividad laboral, y la adquisición de experiencia, y de tiempo de trabajo. Es indudable que, al igual que ocurre con el arrendamiento de servicios, en toda actividad donde se realiza una prestación de trabajo, existe un resultado del mismo, que puede enriquecer en la experiencia a quien lo efectúa pero es la transmisión de la actividad que enriquece al empresario, o al trabajador, el elemento diferencial. Por tanto, no es el parámetro de validez la adquisición por parte del estudiante de conocimientos, pues los mismos pueden serlo en función de una actividad laboral como de formación. No es la finalidad de este tipo de Convenios de colaboración el que el trabajador sea tal, sino que adquiera formación, experiencia en diversos campos, y solvente las disfunciones pragmáticas que una formación teórica universitaria puede suponer. Pero estos acuerdos, y la prestación que se realiza, no pueden ser una equiparación a la actividad laboral, pues ello sería tanto como admitir una prestación de trabajo de carácter subordinado, sin ampararse en ninguno de los sistemas que recoge nuestra legislación, y de manera específica los contratos de formación o en prácticas (art. 11 ET, en relación al RD 488/1998, de 27 de mar-

Se desprende del artículo 7.2 de la norma citada en el apartado anterior, que mediante las precitadas «prácticas en empresas», ya referidas, «la relación a que (se) da lugar entre el alumno y la empresa no es (laboral), pero esa circunstancia dependerá de que se configure y desarrolle en forma tal que no lleve consigo los requisitos constitutivos del contrato de trabajo». De ahí que mediante aquellas «prácticas en empresas», no se generará un vínculo laboral «siempre que su desarrollo se corresponda con la finalidad que le es propia, de proveer a quienes solamente tienen conocimientos teóricos, de formación de carácter práctico adecuada a los estudios cursados, pues si esa formación no existe o tiene carácter accesorio y lo que se produce en realidad es un aprovechamiento por la empresa de la fuerza de trabajo del estudiante, prevaleciendo su beneficio sobre el provecho de éste, faltará el presupuesto que habilita la realización de las prácticas y concurrirá, por el contrario, el que caracteriza al contrato de trabajo»<sup>107</sup>.

La presencia en la relación jurídica de los distintos elementos constitutivos de cualquier relación laboral por cuenta ajena, a saber la relación de subordinación y el pago de una retribución, excluye la «beca» y a su receptor de la consideración de «becario», pasando a ser considerado «trabajador», cualidad determinable de forma objetiva («debe considerarse "trabajador" a cualquier persona que ejerza unas actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio») <sup>108</sup>.

Ha de tenerse en cuenta que «lo decisivo, con independencia de la sujeción a un horario y a unas directrices marcadas por la empresa, el sometimiento a una disciplina y el percibo de una contraprestación, notas todas que (...) son indicios de la laboralidad de la prestación, es la realización de algún tipo de trabajo o estudio que redunde en su formación y en su propio beneficio (del becario), siendo fundamental la finalidad formativa de la beca mientras que si prevalece el interés de la entidad en la obtención y prestación del servicio, y si la entidad hace suyos los frutos del trabajo del becario se tratará de un contrato de trabajo»<sup>109</sup>.

Efectivamente, «la esencia de la beca de formación es conceder una ayuda económica de cualquier tipo al becario para hacer posible una formación adecuada al título que pretende o que ya ostenta, bien en el centro de trabajo de la entidad que concede la beca, bien en el centro de estudios ajeno

zo). No es válida la argumentación (...) en orden a que el acceso es a un puesto de trabajo que es idéntico a aquel que se ocupa para realizar estos contratos. Ello es tanto como indicar que se está superando ese periodo de formación o prácticas, de aprendizaje o de incorporación a la empresa mediante el sistema de la beca. No es ésta la finalidad de tal sistema, que supone una práctica con formación y conocimiento, desarrollo de una prestación pero sin ningún tipo de responsabilidad, asunción de compromisos o gestión de asuntos con eficacia y realidad dentro de la empresa. Si ello fuese así, la medida no es sino la evidencia de un fraude, pues la beca incide en la prestación de un tiempo de trabajo por parte del becario, un esfuerzo y una dedicación que se compagina con los sistemas educativos, y en modo alguno puede servir para enmascarar una relación laboral».

<sup>107</sup> SSTSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 28 de diciembre de 2005, y 24 de abril de 2007, *vid.* del mismo Tribunal y Sala Sentencias de 2 de julio, 11 de septiembre y 9 de noviembre de 2007.

<sup>108</sup> STJUE, Sala 5, de 17 de julio de 2008, asunto C-94/07, Andrea Raccanelli contra Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV, que precisa lo siguiente: «Un investigador que se halle (...) preparando una tesis doctoral con una beca concedida por (una asociación), sólo deberá ser considerado como un trabajador a efectos del artículo 39 de la CE si su actividad se hubiese desarrollado durante un cierto tiempo, bajo la dirección de un instituto perteneciente a dicha asociación y si percibiese una retribución, como contrapartida de la referida actividad».

<sup>109</sup> STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2005.

al concedente. El importe de la beca no constituye una retribución de servicios. Por el contrario, la relación laboral común no contempla ese aspecto formativo y retribuye, en los términos fijados en convenios colectivos o contratos individuales, los servicios prestados por cuenta y a las órdenes del empleador, con independencia de que la realización de los trabajos encomendados puedan tener un efecto de formación por la experiencia. Las labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca y, si no es así y las tareas que se le ordena realizar integran los cometidos propios de una categoría profesional, la relación entre las partes será laboral. Ciertamente que el hecho de que en ambos casos se realice un trabajo y se perciba una retribución puede hacer difícil la distinción en supuestos límites»<sup>110</sup>.

Tanto en la beca como en el contrato de trabajo «se da una actividad que es objeto de una remuneración, de ahí la zona fronteriza entre ambas instituciones». Las becas son en general asignaciones dinerarias o en especie «orientadas a posibilitar el estudio y formación del becario». Si bien «es cierto que este estudio y formación puede en no pocas ocasiones fructificar en la realización de una obra», por lo que «no son escasas las becas que se otorgan para la producción de determinados estudios o para el avance en concretos campos de la investigación científica», hay que tener en cuenta que «estas producciones nunca se incorporan a la ordenación productiva de la institución que otorga la beca»<sup>111</sup>. De ahí las siguientes consecuencias:

- «Que si bien el perceptor de una beca realiza una actividad que puede ser entendida como trabajo y percibe una asignación económica en atención a la misma, por el contrario, aquel que concede la beca y la hace efectiva no puede confundirse nunca con la condición propia del empresario ya que no incorpora el trabajo del becario a su patrimonio, circunstancia esencial a la figura del empresario, cuya actividad si bien puede carecer de ánimo de lucro, lo que siempre es subjetivo, no carece nunca de lo que en este aspecto puede denominarse sentido de lucro en la actividad que ejerce».
- Que «el rasgo diferencial de la beca como percepción (sea) su finalidad primaria de facilitar el estudio y la formación del becario y no la de incorporar los resultados o frutos del estudio o trabajo de formación realizados al patrimonio de la persona que la otorga, la cual no adquiere la posición de empleador o empresario jurídico-laboral respecto del becario»<sup>112</sup>.
- Que el becario, que (haya) de cumplir ciertas tareas, no las realiza en línea de contraprestación, sino de aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que la beca representa, por lo que con ésta se materializa un compromiso que adquiere el becario y que no desvirtúa la naturaleza extralaboral de la relación existente.

De ahí que «la clave para distinguir entre beca y contrato de trabajo sea que la finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario, sino en la ayuda que se presta en su formación. El rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad

<sup>110</sup> STS, Sala de lo Social, de 22 de noviembre de 2005.

<sup>111</sup> SSTs, Sala de lo Social, de 13 de junio de 1988 y 4 de abril de 2006.

<sup>112</sup> STSJ de las Islas Baleares, Sala de lo Social, de 22 de octubre de 2004.

primaria de facilitar el estudio y la formación del becario y no la de apropiarse de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio, obteniendo de ellos una utilidad en beneficio propio<sup>113</sup>.

La esencia de la beca de formación es conceder una ayuda económica de cualquier tipo al becario para hacer posible una formación adecuada al título que pretende o que ya ostenta, bien en el centro de trabajo de la entidad que concede la beca, bien en el centro de estudios ajeno al concedente, mientras que la relación laboral común no contempla ese aspecto formativo y retribuye los servicios prestados por cuenta y a las órdenes del empleador, con independencia de que la realización de los trabajos encomendados puedan tener un efecto de formación por la experiencia, que es inherente a cualquier actividad profesional. De ahí que las «labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca y, si no es así y las tareas que se le ordena realizar integran los cometidos propios de una categoría profesional, la relación entre las partes será laboral»<sup>114</sup>.

El problema reside, pues, «en la valoración de la prestación del becario en el marco de la propia actividad de la entidad que concede la beca, porque si del correspondiente examen se obtiene que la finalidad fundamental del vínculo no es la de contribuir a la formación del becario, sino obtener un trabajo necesario para el funcionamiento o la actividad de gestión del concedente, la conclusión es que la relación será laboral, si en ella concurren las restantes exigencias del artículo 1.1 del ET»<sup>115</sup>.

<sup>113</sup> STS, Sala de lo Social, de 7 de julio de 1998.

<sup>114</sup> STS, Sala de lo Social, de 22 de noviembre de 2005; Indica la STSJ, Sala de lo Social, de Madrid, de 3 de marzo de 2008, que «disfrazar una relación laboral con el ropaje de una beca constituye una actuación en fraude de ley que lleva como consecuencia la nulidad del acto constitutivo del fraude y la producción de efectos del acto que se trata de encubrir, pues el artículo 6.4 del Código Civil dispone que "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir". Y este efecto se produce tanto si el beneficiario de la actuación fraudulenta es persona privada como si es la Administración, sujeta al ordenamiento jurídico por mandato constitucional».

<sup>115</sup> STS, Sala de lo Social, de 4 de abril de 2006, reiterada por la de 29 de marzo de 2007 y de 22 de noviembre de 2005. Siendo reproducida por las SSTSJ, Sala de lo Social, de Madrid, de 24 y 31 de marzo de 2008, y la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 8 de julio de 2008; Como precisa la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Sala de lo Social, de 11 de abril de 2007, «hay que hablar de una relación laboral cuando concurren las notas de ajeneidad y dependencia del artículo 1.1 del ET porque la prestación de servicios contratada se realiza dentro del ámbito de realización y dirección de una empresa con sometimiento al círculo rector disciplinario-organizativo de la misma (...) e igualmente aun siendo necesaria la existencia de prestación de un servicio o de una actividad a cambio de una remuneración a favor de la persona para la que se presta, su característica esencial lleva aparejada esa subordinación o dependencia del que presta el servicio a favor de la persona que lo retribuye, siendo necesario que concurra en la persona del trabajador la actividad reglada en virtud de ese círculo organicista rector y disciplinario del empleador, siempre matizando que la dependencia como concepto jurídico no queda aquí configurado como una subordinación rigurosa intensa o máxima, pudiéndose reestructurarse por la flexibilidad, bastando que en el ámbito de organización y dirección de otra persona concurren las circunstancias que exigen la relación entre las partes sin que desnaturalicemos absolutamente el contrato de trabajo trayendo hacia el mismo derechos de relaciones en las que no se dan los presupuestos fácticos que caracterizan la vida del contrato de trabajo. No en vano hay que recordar que la prestación de servicios para otro puede instrumentarse a través de muchos y variados tipos de contratos sin que entre las partes del mismo se cree una verdadera relación laboral puesto que para analizar la naturaleza de una relación contractual habida entre partes, ha de tenerse en cuenta (...) que la determinación de si tal relación tiene o no naturaleza laboral no depende de cómo se denomina o normalice en la concepción plasmada por aquéllos sino que compete a los órganos judiciales atendiendo al verdadero contenido obligacional determinar cuál es la auténtica naturaleza levantando el velo de su conformación jurídico-material. Pero debe de existir en esa relación individual a la que se predique la nota laboral determinadas características que la conforman de modo y manera que la retribución que debe ser común en muchos de los contratos permiten distinguir al del trabajo de otras figuras de mera liberalidad o costumbre, así como la ajeneidad que consiste en atribución ab initio de los frutos del trabajo al empresario, es decir, que el producto de aquél no pertenece al operario sino que directa-

## V. ¿PUEDE LA FORMACIÓN PRESTADA POR UN EMPRESARIO A UN TRABAJADOR LIMITAR LA LIBERTAD DE TRABAJO? ¿PUEDE LA PRESTACIÓN DE AQUELLA FORMACIÓN OBSTACULIZAR EL DERECHO A LA «LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES»? UN SUPUESTO PARADIGMÁTICO: OBLIGACIÓN DE PAGO, POR UN «JOVEN JUGADOR ("PROMESA")» A UN CLUB DE FÚTBOL, DE UNA «COMPENSACIÓN POR FORMACIÓN»

«Algunas personas creen que el fútbol es una cuestión de vida o muerte. Me decepciona mucho esa actitud. Puedo asegurarle que es mucho, mucho más importante que eso»<sup>116</sup>.

Afirmación que, desde luego, pone de manifiesto el relieve social que los juegos deportivos, pero especialmente uno de ellos, el fútbol, ha alcanzado, al menos en las naciones, países, Estados y sociedades del área de la cultura occidental. Así con acierto se destaca por la sentencia objeto de comentario, que las circunstancias de la vida demuestran «la considerable importancia social que revisten dentro de la Unión Europea la actividad deportiva y, más especialmente, el fútbol», auténtico «fenómeno social»<sup>117</sup>.

Al extremo que «el fútbol profesional no es sólo una actividad económica sino también un asunto de importancia social considerable en Europa. Dado que se percibe en general como ligada al deporte aficionado y participe de muchas de las virtudes de éste, hay un consenso público amplio en que la formación y la contratación de jóvenes jugadores debe ser fomentada antes que desalentada. Más específicamente, el Consejo Europeo de Niza en 2000 reconoció que «la Comunidad debe

mente se incorpora al patrimonio del empleador, diciendo literalmente que se trabaja para otro por cuenta de otro engarzando la idea con la ausencia de riesgo (...) y la dependencia (que) caracteriza esencialmente el contrato de trabajo, debiendo entenderse como el hecho de encontrarse el trabajador sujeto a esa esfera organizativa, rectora y disciplinaria, que normalmente se pueden exteriorizar mediante la inserción en el esquema jerárquico de una empresa al acatamiento de sus órdenes, mandatos y directrices la subordinación a otras personas, el sometimiento a normas disciplinarias, la realización de trabajos en centros o dependencias de la empresa, la sujeción a jornadas, horarios, etc. Del mismo modo, además de esas notas apuntadas, existen otras que constituyen manifestaciones de la dependencia cuales son la concurrencia de exclusividad (...), el tratarse de un contrato *intuitu personae* (...) y la no aportación de medios materiales para la prestación de servicios (...). Es evidente, por lo tanto, que no ya sólo nuestro ET (...), sino a través de numerosas resoluciones judiciales se exige para la relación laboral una serie de notas ya mencionadas, dependencia, ajeneidad, carácter personalísimo, jornada y horario de trabajo, lugar de trabajo, retribución, exclusividad y asiduidad y otras muchas que son siempre indicativas de la existencia de la relación laboral y la distinción de otras figuras afines que, como se apunta, (...), siempre resulta problemática su distinción. Del mismo modo hay que recordar que (la jurisprudencia) ha indicado que si bien la presunción de laboralidad que consagrada por el artículo 8.1 del ET, condiciona que la prestación de servicios sea realizada bajo las notas de dependencia y retribución, tal presunción debe de quedar constatada por la existencia de una prestación de servicios que no debe deducirse sin más, sino que se ha de hacer derivar de la existencia del contrato con la concurrencia de los elementos ya apuntados».

<sup>116</sup> «Como Bill Shankly expresó (quizá de modo apócrifo) al reflexionar sobre la relación entre los aficionados del Liverpool y del Everton», indica la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, en la Nota 2, a las conclusiones presentadas el 16 de julio de 2009 en el asunto de referencia C-325/08, Olympique Lyonnais contra Olivier Bernard y Newcastle United; *Vid.* BARBIERI, P. C., *Fútbol y Derecho*, UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, Buenos Aires, 2000.

<sup>117</sup> Con respecto al deporte en general indica GARCÍA SILVELO, E. A., *La extinción de la relación laboral de los Deportistas profesionales*, THOMSON-ARANZADI, Navarra, 2008, pág. 33, lo siguiente: «Es patente en los últimos tiempos el desarrollo vertiginoso de todo lo relacionado con el deporte, llegando a constituir muchas de sus facetas un auténtico "fenómeno social"».

tener en cuenta las funciones social, educativa y cultural del deporte, que conforman su especificidad, a fin de salvaguardar y promover la ética y la solidaridad necesarias para preservar su papel social»<sup>118</sup>. Por ello debe considerarse afortunada la siguiente observación:

«Para quienes siguen "el hermoso juego", éste es una pasión, incluso una religión. Muchedumbres de aficionados entregados viajan a lo largo de la Unión para apoyar a su equipo en cada encuentro; y los probables logros de los nuevos fichajes potenciales (las transferencias posibles y los talentos formados en el club) son cuestión de importancia febril. Para los jóvenes con cualidades, el ser detectados por un descubridor de talentos y la oferta de un aprendizaje (es decir, un contrato de formación) en un buen club es la llave mágica que abre la puerta a una carrera profesional. Sin embargo, antes o después el sueño de la gloria futbolística está necesariamente unido a la dura realidad de ganar los ingresos más altos posibles durante un tiempo limitado como jugador profesional en el club que está dispuesto a ofrecer la mejor retribución en conjunto. Al mismo tiempo los clubes son comprensiblemente reacios a ver a "sus" mejores jóvenes promesas, en cuya formación han invertido mucho, contratados por otros clubes. Cuando el club del aprendizaje es pequeño y relativamente pobre y el club que consigue al jugador es grande y mucho más rico esas operaciones representan una amenaza real para la supervivencia (tanto económica como deportiva) del club más pequeño»<sup>119</sup>.

Por lo que ha de reconocerse que el «objetivo consistente en alentar la contratación y la formación de los nuevos jugadores es legítimo», apostilla la sentencia objeto de comentario. «Cuando una actividad deportiva tiene carácter de actividad por cuenta ajena retribuida o de prestación de servicios retribuida (que es el caso de los deportistas semiprofesionales y profesionales) entra, en particular, en el ámbito de aplicación de los artículos 45 y siguientes del TFUE, o de los artículos 56 y siguientes del TFUE», precisando la misma resolución jurisdiccional, que «el artículo 45 del TFUE no rige solamente la actuación de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena».

Efectivamente, la afirmación referida en el apartado anterior no constituye de una novedad doctrinal introducida por la sentencia que se comenta, sino que según reiterada jurisprudencia comunitaria las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación de personas y de libre prestación de servicios no rigen solamente la actuación de las autoridades públicas, sino que se extienden asimismo a las normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena y las prestaciones de servicios<sup>120</sup>.

No obstante ha de repararse en que la actividad deportiva o la práctica del deporte sólo esta disciplinada por el Derecho comunitario en la medida en que constituya una actividad económica. El

<sup>118</sup> Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, en la conclusión 47, de las presentadas el 16 de julio de 2009 en el asunto de referencia C-325/08, Olympique Lyonnais contra Olivier Bernard y Newcastle United. Aquella ilustre miembro del Alto Tribunal comunitario, que añade lo siguiente: «Además, el Libro blanco sobre el deporte de la Comisión y la resolución del Parlamento sobre éste ponen ambos considerable énfasis en la importancia de la formación».

<sup>119</sup> Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, en la conclusión 1, de las presentadas el 16 de julio de 2009 en el asunto de referencia C-325/08, Olympique Lyonnais contra Olivier Bernard y Newcastle United.

<sup>120</sup> *Id.*, a título de ejemplo, la STJUE de 18 de julio de 2006, asunto C-519/04, David Meca Medina, Igor Majcen, contra Comisión de las Comunidades Europeas y República de Finlandia.

Derecho de la Unión Europea regula la «actividad de jugadores de fútbol profesionales o semiprofesionales, puesto que éstos ejercen una actividad por cuenta ajena o efectúan prestaciones de servicios retribuidas»<sup>121</sup>.

Consecuentemente las normas comunitarias relativas a las libertades de circulación no afectan a las normas relativas a cuestiones de índole exclusivamente deportiva y, en cuanto tales, ajenas a la actividad económica<sup>122</sup>, por lo que se plantea la dificultad de escindir los aspectos económicos y los aspectos deportivos de una actividad deportiva, máxime si se tiene en cuenta que las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación de personas y de libre prestación de servicios no se oponen a reglamentaciones o prácticas justificadas por motivos no económicos, relativos al carácter y al marco específicos de determinados encuentros deportivos<sup>123</sup>.

Sin embargo «la mera circunstancia de que una norma tenga carácter puramente deportivo no excluye del ámbito de aplicación de la legislación comunitaria a la persona que practica la actividad regulada por esa norma o al organismo que la adopta. Si aquella actividad deportiva entra en el ámbito de aplicación de la legislación comunitaria relativa a la libertades de circulación, entonces las condiciones de su práctica están sujetas a todas las obligaciones que resultan de las mismas en el Derecho comunitario. Por consiguiente, las normas que regulan dicha actividad deben cumplir los requisitos de aplicación de estas disposiciones que, en particular, buscan garantizar la libre circulación de los trabajadores»<sup>124</sup>.

Por ello, indica la sentencia objeto de comentario, y «como sea que las condiciones de trabajo se rigen, en los diferentes Estados miembros, bien por disposiciones de carácter legislativo o reglamentario bien por convenios y otros actos celebrados o adoptados por personas privadas, la limitación de las prohibiciones previstas por el artículo 45 del TFUE a los actos de la autoridad pública podría crear desigualdades en su aplicación»<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> SSTJUE, 12 de diciembre de 1974, asunto 36/74, Walrave y Koch, y de 14 de julio de 1976, asunto 13/76, Donà, y de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, Union royale des sociétés de football association ASBI y Jaen-Marc Bosman contra Royal Club Liégeois SA; «La actividad lúdica, origen del deporte, va dejando paso a la consideración de otros parámetros diferentes al exclusivamente deportivo, más cercanos al aspecto económico. Precisamente, puede que fuera esa consideración originaria de la actividad esencialmente lúdica la que, entre otras razones, llevara al deporte durante cierto tiempo a mantenerse apartado del ámbito del Derecho, careciendo, por tanto, de una regulación emanada de los poderes públicos. El único contenido reglamentario que afectaba directamente al deporte se encontraba en las disposiciones privadas de las diferentes Federaciones que, en la práctica, y ante la inactividad del legislador, constituyeron durante muchos años el marco regulador de la actividad deportiva», indica GARCÍA SILVELO, E. A., *op. cit.* (*La extinción de la relación laboral de los Deportistas profesionales*), pág. 33, desarrollando una panorámica histórica sobre la regulación del deporte en las páginas siguientes, indicando en pág. 38 como «no será hasta la famosa sentencia del Tribunal Central de trabajo de 24 de junio de 1971 y siempre tras las más contundentes aportaciones doctrinales, cuando el panorama se torne más positivo para la laboralización de los deportistas profesionales (...) Se dicta así la Ley 16/1976».

<sup>122</sup> STJUE, 12 de diciembre de 1974, asunto 36/74, Walrave y Koch.

<sup>123</sup> STJUE de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, Union royale des sociétés de football association ASBI y Jaen-Marc Bosman contra Royal Club Liégeois SA.

<sup>124</sup> Como precisa la STJUE de 18 de julio de 2006, asunto C-519/04, David Meca Medina, Igor Majcen, contra Comisión de las Comunidades Europeas y República de Finlandia, en la que se indica que también habrán de cumplir las disposiciones comunitarias en materia de libertad de establecimiento, libre prestación de servicios, y de libre competencia.

<sup>125</sup> «En el caso (objeto de atención) el "estatuto" (tenía) el carácter de un convenio colectivo nacional, por lo que (entraba) en el ámbito de aplicación del artículo 45 del TFUE», precisa la sentencia que se comenta. En el mismo sentido STJUE de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, Union royale des sociétés de football association ASBI y Jaen-Marc Bos-

Punto en el que cabe recordar, en lo referente a la cuestión de si una normativa nacional puede constituir una restricción en el sentido del artículo 45 del TFUE, que, según indica la sentencia objeto de comentario, «el conjunto de disposiciones del TFUE relativas a la libre circulación de personas tiene por objeto facilitar a los nacionales de los Estados miembros el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio de la Unión, y se opone a las medidas nacionales que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro»<sup>126</sup>.

Consecuentemente aquellas disposiciones nacionales que impidan o disuadan a un trabajador nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen restricciones de dicha libertad aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados<sup>127</sup>, «a menos que el obstáculo potencial al ejercicio de la libre circulación sea demasiado aleatorio e indirecto»<sup>128</sup>.

Un jugador de fútbol «promesa», cuya norma nacional le obligue al término de su periodo de formación a celebrar su primer contrato como jugador profesional con el club que le ha formado, bajo obligación de indemnización, puede verse perjudicado y limitado por semejante normativa nacional, la cual disuadiría a ese jugador de ejercer su derecho a la libre circulación. Incluso si fuera cierto que aquella normativa nacional no «impidiese formalmente» que ese jugador de fútbol firmase un contrato como jugador profesional con un club de otro Estado miembro. Porque en todo caso haría menos atractivo el ejercicio de ese derecho<sup>129</sup>.

No pudiendo por menos de concluirse, que un régimen normativo de tales características «constituye una restricción de la libre circulación de los trabajadores garantizada dentro de la Unión en virtud del artículo 45 del TFUE», afirma el Tribunal de Justicia comunitario en la sentencia que se comenta.

En relación con las compensaciones entre clubes de fútbol, mediando la contratación de jugadores «promesa», destaca la sentencia objeto de comentario, que «es imposible prever con certeza el futuro deportivo de los jóvenes jugadores. Sólo un número limitado de ellos llega a jugar como profesionales, de modo que no puede haber seguridad de que un jugador en formación resultará ser un activo valioso bien para el club formador o para cualquier otro club». Por tanto, continúa precisando la meritada resolución jurisdiccional, se produce una cierta contradicción en tanto que:

man contra Royal Club Liégeois SA; Vid. BANPLAIN, R. y CANDELA SORIANO, M.<sup>a</sup> M., *El caso Bosman. ¿El fin de la era de los traspasos?*, CIVITAS, Madrid, 1997.

<sup>126</sup> SSTJCE de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, Union royale des sociétés de football association ASBI y Jaen-Marc Bosman contra Royal Club Liégeois SA, de 17 de marzo de 2005, asunto C-109/04, Kranemann, y de 11 de enero de 2007, asunto C-208/05, ITC.

<sup>127</sup> SSTJCE de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, Union royale des sociétés de football association ASBI y Jaen-Marc Bosman contra Royal Club Liégeois SA, de 17 de marzo de 2005, asunto C-109/04, Kranemann, y de 11 de enero de 2007, asunto C-208/05, ITC; Vid. LEAL AMADO, J., «O caso Bosman e as cláusulas de nacionalidade», RJUM, año I, núm. 1, 1998; ZAINHAGHI, S., «Os atletas profissionais de futebol no Direito do Trabalho», Sao Paulo, 1998; PARRISH R., «The EU's Draft Constitutional Treaty and the future of EU Sports Policy», TISLJ, num. 3, 2003

<sup>128</sup> Precisa la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, en la conclusión 39, de las presentadas el 16 de julio de 2009 en el asunto de referencia C-325/08, Olympique Lyonnais contra Olivier Bernard y Newcastle United.

<sup>129</sup> Vid. CADENAL CARRO, M., «La libre circulación de los deportistas profesionales: diez consideraciones sobre la sentencia del "caso Bosman"», AS, T. I., 1996.

- a) Por una parte, las reglas que establecen indemnizaciones a cargo del «jugador promesa» si contrata por otro club distinto del «club formador», «no son quizá decisivas para incentivar a los clubes a contratar y formar a jóvenes jugadores. No obstante esas reglas garantizan que los clubes no sean disuadidos de contratar y formar por la posibilidad de que su inversión en la formación beneficie a otro club, sin compensación para los primeros»<sup>130</sup>.
- b) Por otra parte, y conforme con la legislación y jurisprudencia comunitaria, ya referidas, reguladoras de la libertad de circulación de trabajadores<sup>131</sup>, «las reglas nacionales que exigen el pago de una compensación por transferencia, formación o promoción entre clubes con ocasión de la transferencia de un futbolista profesional son en principio un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores. Incluso cuando se aplican también a las transferencias entre clubes del mismo Estado miembro esas reglas pueden restringir la libre circulación de los jugadores que deseen ejercer su actividad en otro Estado miembro», consecuentemente «las normas que establecen que un jugador profesional de fútbol no puede ejercer su actividad en el seno de un nuevo club establecido en otro Estado miembro si dicho club no ha pagado al antiguo la compensación por transferencia constituyen un obstáculo a la libre circulación de los trabajadores»<sup>132</sup>.

Situación contradictoria, que la sentencia objeto de comentario pretende solventar. Para ello parte de que «la normativa comunitaria atinente a la libre circulación de trabajadores no rige solamente la actuación de las autoridades públicas, sino que se extiende asimismo a normativas de otra naturaleza que tengan por finalidad regular colectivamente el trabajo por cuenta ajena, incluidas las reglas de las asociaciones de fútbol»<sup>133</sup>, y que la admisibilidad de una medida o norma que obstaculice esa libre circulación de los trabajadores:

- «Sólo puede justificarse si persigue un objetivo legítimo compatible con el (Derecho comunitario) y se justifica por razones imperiosas de interés general».
- Siendo en tal caso también necesario «que la aplicación de la medida de que se trate sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo».

<sup>130</sup> Afirma la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, en la conclusión 46, de las presentadas el 16 de julio de 2009 en el asunto de referencia C-325/08, Olympique Lyonnais contra Olivier Bernard y Newcastle United.

<sup>131</sup> Efectivamente, una medida que obstaculiza la libre circulación de los trabajadores sólo puede justificarse si persigue un objetivo legítimo compatible con el (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y se justifica por razones imperiosas de interés general. En tal caso, también es necesario que la aplicación de la medida de que se trata sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo, destacan las SSTJUE de 31 de marzo de 1993, asunto C-12/92, Kraus, de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, Union royale des sociétés de football association ASBI y Jaen-Marc Bosman contra Royal Club Liégeois SA, de 17 de marzo de 2005, asunto C-109/04, Kranemann.

<sup>132</sup> Indica la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, en la conclusión 40, de las presentadas el 16 de julio de 2009 en el asunto de referencia C-325/08, Olympique Lyonnais contra Olivier Bernard y Newcastle United.

<sup>133</sup> Afirma la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, en la conclusión 37, de las presentadas el 16 de julio de 2009 en el asunto de referencia C-325/08, Olympique Lyonnais contra Olivier Bernard y Newcastle United, que, además, indica, en su conclusión 30: «Las características especiales del deporte en general, y del fútbol en particular, no me parecen de importancia principal al considerar si existe una restricción prohibida de la libertad de circulación».

Por ello y considerando que «en lo que atañe al deporte profesional, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de afirmar que, habida cuenta de la considerable importancia social que revisten dentro de la Unión la actividad deportiva y, más especialmente, el fútbol, ha de reconocerse que el objetivo consistente en alentar la contratación y la formación de los nuevos jugadores es legítimo»<sup>134</sup>:

«Para examinar si un sistema que restringe el derecho a la libre circulación de esos jugadores ("promesa") puede garantizar la realización (del legítimo objetivo de alentar la contratación y la formación de los nuevos jugadores) y no va más allá de lo necesario para lograrlo, es preciso tener en cuenta, las características especiales del deporte en general, y del fútbol en particular, así como las funciones social y educativa de estos últimos».

La sentencia objeto de comentario busca fundamentar semejante afirmación en el artículo 165 del TFUE, apartado 1, según el cual «la Unión contribuirá al desarrollo de una educación de calidad fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, apoyando y completando la acción de éstos en el pleno respeto de sus responsabilidades en cuanto a los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística (contribuyendo) a fomentar los aspectos europeos del deporte, teniendo en cuenta sus características específicas, sus estructuras basadas en el voluntariado y su función social y educativa»<sup>135</sup>.

El precitado obstáculo para la libre circulación de trabajadores, que suponen las compensaciones entre clubes de fútbol, se agrava con la siguiente observación que formula la sentencia objeto de comentario en los siguientes términos:

«Si una regla que exige que el nuevo empleador pague una cantidad de dinero al antiguo empleador es así pues, en principio, un obstáculo a la libertad de circulación de los trabajadores, lo será igualmente o incluso en mayor grado si el propio trabajador es el obligado al pago en alguna medida. Éste tendrá que convencer a su nuevo empleador para que se haga cargo de su obligación o tendrá que cumplirla con sus propios recursos que probablemente sean inferiores a los de un empleador. El obstáculo potencial al ejercicio de la libre circulación no es de ninguna forma incierto ni indi-

<sup>134</sup> STJCE de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, Union royale des sociétés de football association ASBI y Jaen-Marc Bosman contra Royal Club Liégeois SA.

<sup>135</sup> Que añade en sus siguientes apartados lo siguiente: «2. La acción de la Unión se encaminará a: desarrollar la dimensión europea en la enseñanza, especialmente a través del aprendizaje y de la difusión de las lenguas de los Estados miembros, favorecer la movilidad de estudiantes y profesores, fomentando en particular el reconocimiento académico de los títulos y de los periodos de estudios, promover la cooperación entre los centros docentes, incrementar el intercambio de información y de experiencias sobre las cuestiones comunes a los sistemas de formación de los Estados miembros, favorecer el incremento de los intercambios de jóvenes y de animadores socioeducativos, y fomentar la participación de los jóvenes en la vida democrática de Europa, fomentar el desarrollo de la educación a distancia, desarrollar la dimensión europea del deporte, promoviendo la equidad y la apertura en las competiciones deportivas y la cooperación entre los organismos responsables del deporte, y protegiendo la integridad física y moral de los deportistas, especialmente la de los más jóvenes. 3. La Unión y los Estados miembros favorecerán la cooperación con terceros países y con las organizaciones internacionales competentes en materia de educación y de deporte y, en particular, con el Consejo de Europa. 4. Para contribuir a la realización de los objetivos contemplados en el presente artículo: el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptarán medidas de fomento, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros».

recto. La exigencia del pago de una suma de dinero es una consideración inmediata e importante para cualquier trabajador que piense en rehusar una oferta de empleo para aceptar otra»<sup>136</sup>.

Por otra parte, afirma la sentencia comentada:

- «Hay que reconocer al respecto que la perspectiva de percibir compensaciones por formación es efectivamente idónea para alentar a los clubes de fútbol a buscar jugadores con talento y llevar a cabo la formación de los jóvenes jugadores»<sup>137</sup>. (En efecto), «los beneficios derivados de las inversiones realizadas por los clubes formadores con ese fin se caracterizan por su naturaleza aleatoria, dado que esos clubes soportan los gastos correspondientes al conjunto de los jóvenes jugadores a los que contratan y forman, en su caso durante varios años, en tanto que sólo una parte de esos jugadores desarrolla al término de su formación una carrera profesional, bien en el club formador, bien en otro club (...) los gastos causados por la formación de jóvenes jugadores sólo se compensan parcialmente, como regla general, por los beneficios que el club formador puede obtener de esos jugadores durante el periodo de formación»<sup>138</sup>.
- En esas circunstancias, «los clubes formadores podrían desalentarse de invertir en la formación de los jóvenes jugadores si no pudieran recuperar las cantidades gastadas a tal efecto en el caso de que un jugador celebrara al término de su formación un contrato como jugador profesional con otro club. Ése es en especial el supuesto de los pequeños clubes formadores cuyas inversiones realizadas en el ámbito local en la contratación y formación de los jóvenes jugadores revisten una importancia considerable para la realización de la función social y educativa del deporte», apostilla la sentencia que se comenta.

A la vista de todas aquellas consideraciones, consideradas conjuntamente y ponderadas, concluye la resolución del Alto Tribunal comunitario, objeto de comentario, lo siguiente:

«Que un sistema que prevé el pago de una compensación por formación en el caso de que un joven jugador celebre al término de su formación un contrato como jugador profesional con un club distinto del que le ha formado puede, en principio, justificarse por el objetivo consistente en fomentar la contratación y la formación de jóvenes jugadores. No obstante, dicho sistema tiene que ser efectivamente apto para lograr ese objetivo, y proporcionado en relación con éste, teniendo debidamente en cuenta los gastos soportados por los clubes para formar tanto a los futuros jugadores profesionales como a los que jamás llegarán a serlo»<sup>139</sup>.

Pero en el caso objeto de atención, resultaba que la exigencia de una indemnización al «jugador promesa» no se caracterizaba por el pago al club formador de una compensación por formación,

<sup>136</sup> Destaca la Abogada General, Sra. Eleanor Sharpston, en la conclusión 41, de las presentadas el 16 de julio de 2009 en el asunto de referencia C-325/08, Olympique Lyonnais contra Olivier Bernard y Newcastle United.

<sup>137</sup> Siguiendo la doctrina sentada en su Sentencia de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, Union royale des sociétés de football association ASBI y Jaen-Marc Bosman contra Royal Club Liégeois.

<sup>138</sup> Conforme a la doctrina sentada en su Sentencia de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, Union royale des sociétés de football association ASBI y Jaen-Marc Bosman contra Royal Club Liégeois.

<sup>139</sup> De conformidad con la doctrina ya sentada en su Sentencia de 15 de diciembre de 1995, asunto C-415/93, Union royale des sociétés de football association ASBI y Jaen-Marc Bosman contra Royal Club Liégeois.

sino de una indemnización a la que se exponía el propio joven jugador «promesa» a causa del incumplimiento de sus compromisos contractuales y cuyo importe era independiente de los gastos reales de formación soportados por ese club.

De ello y de acuerdo con la conclusión antes referida, deduce el Tribunal de Justicia comunitario en la sentencia objeto de comentario, consecuencias estimables que, aun cuando referidas al supuesto concreto considerado en el proceso principal, pueden considerarse extrapolables y con validez general. A su tenor, dado que la «indemnización no se calculaba en relación con los costes de formación que el club formador había soportado, sino en relación con la totalidad del perjuicio sufrido por ese club (y) además el importe de ese perjuicio se determinaba sobre la base de una evaluación fundada en criterios no precisados por adelantado», resultaba consecuentemente que «la perspectiva de percibir tal indemnización (iba) más allá de lo necesario para fomentar la contratación y la formación de los jóvenes jugadores y para financiar esas actividades».

Por todo ello finaliza la resolución objeto de comentario indicando que «el artículo 45 del TFUE no se opone a un sistema que, para realizar el objetivo consistente en fomentar la contratación y la formación de los jóvenes jugadores, garantiza la indemnización del club formador en el caso de que un joven jugador firme al término de su periodo de formación un contrato como jugador profesional con un club de otro Estado miembro, siempre que ese sistema sea apto para garantizar la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para lograrlo. No (siendo) necesario para garantizar la realización del citado objetivo un régimen según el cual un jugador "promesa" que (firme) al término de su periodo de formación un contrato como jugador profesional con un club de otro Estado miembro se (exponga) a la condena al pago de una indemnización cuyo importe no (guarde) relación con los costes reales de formación».

## VI. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de comentario aborda un tema capital en la «sociedad del conocimiento», cuales el de la formación mediante la prestación de trabajo. Es cierto que la actuación en el mercado genera «costes», y que si el empresario atiende a la formación de los trabajadores que prestan servicios en la organización productiva (empresa) que dirige, se genera un «gasto» sólo asumible en tanto que por incurrir en el mismo se esperen determinados «ingresos» futuros.

Pero no es menos cierto que, por una parte la «formación» general del trabajador, mediada la prestación de su trabajo, constituye una «carga» u obligación del empresario vinculada al derecho de los trabajadores a su promoción profesional, y que, por otra parte, sin esa formación o actualización de los trabajadores, cualquier «empresa» quedaría obsoleta (máxime en la época que nos ha tocado vivir), y no podría permanecer en el mercado, y que por ello, y en esa medida, debe conceptuarse como un gasto general más, vinculado a la explotación.

De ahí que no pueda exigirse la «permanencia del trabajador en la empresa», que es tanto como su renuncia temporal a la libertad de trabajo, cuando haya recibido, a costa del empresario, la perti-

nente «especialización profesional» y haya concluido el consecuente «pacto de permanencia», o la pertinente indemnización para cuando haya incumplido dicho pacto: todo ello sin consideración a que aquellos «pactos de permanencia» puedan tacharse de anticuados, incluso de «arcaicos», inadecuados y un obstáculo al progreso, tanto individual como general.

No obstante, cuando no se trata de una «especialización profesional», sino de procurar formación profesional, la cuestión de la posible conclusión entre el club de fútbol y el joven trabajador «promesa» de un «pacto de permanencia», dista de tener una respuesta clara, porque se parte de la idea de que es la sociedad (Estado) la que debe proporcionar semejante formación, sin perjuicio de que en ella puedan participar los particulares ejerciendo una actividad empresarial de enseñanza (y por tanto con gasto para los particulares que acudan a ella, alternativamente a la ofrecida por el Estado), mediante un programa o sistema formativo predeterminado y público, y hay argumentos suficientemente sólidos para sostener semejante planteamiento.

De ahí que la sentencia que es objeto de comentario, aun no siendo impecablemente coherente en su argumentación, y manifieste constantes dudas, llegue a un resultado que, en una perspectiva pragmática, puede considerarse aceptable, cuando afirma que:

- Es admisible un sistema formativo profesional tal que, para realizar el legítimo objetivo consistente en fomentar la contratación y la formación de los jóvenes jugadores («habida cuenta de la considerable importancia social que revisten dentro de la Unión la actividad deportiva y, más especialmente, el fútbol, ha de reconocerse que el objetivo consistente en alentar la contratación y la formación de los nuevos jugadores es legítimo»), garantice una indemnización del club formador en el caso de que un joven jugador concluya («firme»), al término de su periodo de formación, un contrato como jugador profesional con otro club, siempre que ese sistema sea apto para garantizar la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para lograrlo.
- Pero que no se debe hacer pechar al jugador de fútbol (antiguo «jugador promesa» ya transformado, por medio de la formación, en jugador plenamente profesional), con el pago de esa indemnización, por no ser necesario para garantizar la realización del citado objetivo, un régimen según el cual un jugador «promesa» (que firma al término de su periodo de formación un contrato como jugador profesional con otro club) se exponga a la condena al pago de una indemnización cuyo importe no guarda relación con los costes reales de su formación.