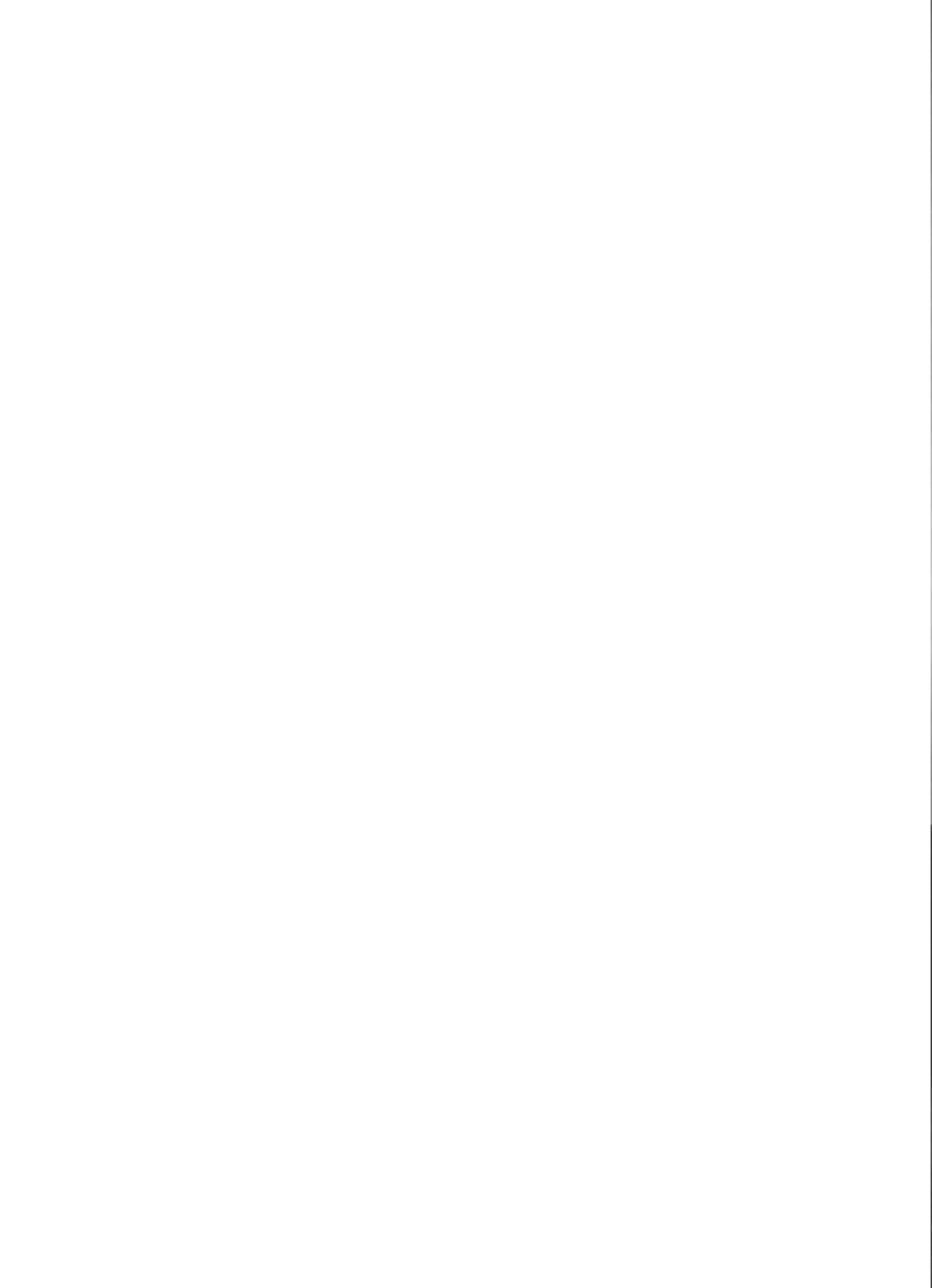


ASPECTOS XURÍDICOS DAS
RELACIÓNS LABORAIS
NA EUROARREXIÓN
GALICIA-NORTE DE PORTUGAL

Estudos CGRL

XUNTA DE GALICIA



ASPECTOS JURÍDICOS DAS
RELAÇÕES LABORAIS
NA EUROARREXIÓN
GALICIA-NORTE DE PORTUGAL

■ JAIME CABEZA PEREIRO

■ JAVIER GÁRATE CASTRO

■ JÚLIO GOMES

CONSELLO GALEGO DE RELACIÓNS LABORAIS

Sección de Informes e Publicacións

Informe elaborado a iniciativa propia polo Consello Galego de Relacións Laborais, conforme ao disposto no artigo 3º.2 a) da Lei 7/1998, do 12 de xullo, de creación do Consello Galego de Relacións Laborais. A realización do informe foi aprobada na sesión ordinaria do Pleno do día 2 de marzo de 2005 e a súa publicación na do 21 de decembro do mesmo ano.

A reprodución deste Informe está permitida citando a súa procedencia.

Primeira edición: xullo de 2006

Edita: **CONSELLO GALEGO DE RELACIÓNS LABORAIS**
 Algalia de Abaixo, 24 - 15781 Santiago de Compostela
 Tel.: 981 54 16 01 - Fax: 981 54 16 10

Impresión: Plana Artes Gráficas, S.L.

D. Legal: C-1806-06

ISSN: 1699-6755

Este estudo pode consultarse tamén no sitio web do Consello: <http://cgrl.xunta.es>

PRESENTACIÓN

O pleno do Consello Galego de Relacións Laborais acordou, en sesión plenaria e de conformidade coa súa normativa reguladora, a realización dun estudo sobre aspectos sociolaborais das relacións Galicia-Norte de Portugal.

A realidade socioeconómica galega e a súa propia situación xeográfica, configuran un fluxo constante de intereses, persoas, capitais e mercancías entre toda a comunidade autónoma e a metade norte de Portugal.

Esta realidade trae como consecuencia numerosos interrogantes e non poucos problemas no que respecta á observancia das normas laborais, de seguridade social e de prevención de riscos dos traballadores/as desprazados, sendo sobre estes aspectos sobre os que pretende dar luz o presente estudo.

Como toda a actividade do Consello Galego de Relacións Laborais, este estudo nace cunha vocación de utilidade pública, de axuda e de servizo a traballadores/as e empresarios/as afectados ou con vinculacións e intercambios co país veciño.

Como non, agradezo en nome do Consello o fino e acertado traballo presentado polos autores, que unha vez máis fai honor e merecemento á confianza neles depositada, así como espero e desexo que cumpra coa vocación para a que foi concibido.

Demetrio Ángel Fernández López
Presidente do Consello Galego de Relacións Laborais

INTRODUCCIÓN

Con este estudo tratamos de dar resposta a unha encomenda do pleno do Consello Galego de Relacións Laborais, consistente en describir as principais institucións xurídico-laborais concernidas nas relacións individuais e colectivas, así como de Seguridade Social, no marco xeográfico da Eurorrexión de Galicia-Norte de Portugal. Na selección de temas cruzáronse varios criterios e opinións. Desde o punto de vista dos autores, quixemos abordar as preocupacións que podiamos intuír como principais para os interlocutores sociais galegos, tanto a CEG como as centrais sindicais UGT, CCOO e CIG. E, desde a perspectiva destas, estivemos atentos ás súas peticións concretas que foran expostas nas reunións preparatorias e de seguimento que tivemos ocasión de celebrar. Con esta bagaxe, podemos afirmar que os contidos que se desenvolven seguidamente deben servir para dar resposta aos interrogantes máis habituais derivados do cruzamento entre dous ordenamentos laborais distintos, aínda que unidos non só por unha tradición xurídica común, senón tamén –e sobre todopola aplicación preferente das institucións do Dereito Social Comunitario.

A obra está concibida desde Galicia e desde a perspectiva dos seus actores sociais. De aí que non resulte simétrica. Analízase cun detalle suficiente o ordenamento laboral portugués, pero non así o español, porque non aspiramos a convertela nun breviario de Dereito do Traballo. Si, nun instrumento de consulta para as empresas, organizacións de empresarios, traballadores e traballadoras, así como organizacións sindicais que necesiten información sobre a regulación do contrato de traballo, das relacións colectivas e de certos aspectos da Seguridade Social portuguesa. En consecuencia, dedícase a segunda parte –cuxa redacción correspondeu ao profesor da Universidade Católica Júlio Gomes- a esta materia, con especial dedicación ao réxime do contrato de traballo, pero tamén á liberdade sindical e á negociación colectiva, e a dous aspectos básicos de Seguridade Social, como son o réxime de cotización e de prestación por desemprego, así como ás competencias da Administración pública portuguesa.

En canto á primeira parte, diriximos a atención a cuestións fundamentais no movemento de traballadores e empresas entre Galicia e o Norte de Portugal. En primeiro lugar, ao tema dos traballadores fronteirizos, sobre o que apenas existen estudos xurídicos relevantes e, lamentablemente, non se trata con suficiente atención desde as diversas instancias aplicativas. Os seus aspectos relativos á libre circulación de traballadores, á Seguridade Social ou á tributación abórdanse cun grao de detalle

cando menos suficiente. En segundo, os tópicos da competencia xudicial e a lei aplicable ao contrato de traballo. Ambos, clave de bóveda do Dereito Internacional Privado, ofrecen unha gama de problemas moi rica nun ámbito xeográfico caracterizado por fluxos de traballadores e traballadoras pertencentes a ámbitos produtivos particularmente complexos. Os dous, abordeinos persoalmente, e deles me responsabilizo de modo moi especial, sen prexuízo de que asuma totalmente a obra.

O terceiro tópico tratado na primeira parte, acaso o máis prolixo en casuística e o máis regulado, é o dos desprazamentos trasnacionais de traballadores. A Directiva Comunitaria 96/71/CE deu lugar a senllas normas de transposición, a española e a portuguesa -certamente incompleta esta última- que xeran todo un compendio de obrigas para a parte empregadora e de garantías para os traballadores, cunha sanción administrativa revestida dun considerable nivel de dificultade. O capítulo III, dedicado a este tema, foi concibido e desenvolvido por Javier Gárate Castro. Non me cabe dúbida de que o lector apreciará todo o seu rigor posto ao servizo desta materia concreta.

Só me queda engadir que o pleno do Consello Galego de Relacións Laborais deu a súa aprobación ao informe que constitúe a base deste libro. E agradecer, unha vez máis, a confianza que as partes sociais manteñen en nós, e que esperamos ter respondido coa suficiente dedicación e interese.

Jaime Cabeza Pereiro

PRÓLOGO

Un dos sectores máis afectados pola existencia dunha fronteira é, sen dúbida, o mercado laboral. En moitos casos as fronteiras provocan unha certa deshumanización dos territorios próximos, ben por razóns xeográficas ou xeopolíticas, noutros ocorre o contrario e as relacións de veciñanza e os intercambios materiais e inmateriais desbordan os límites administrativos. O caso de Galicia e Norte de Portugal cabe situalo máis ben na segunda das posibilidades. En efecto, a fronteira luso-galaica é a máis poboada de toda a península ibérica —166,5 h/km² no Norte e 92,7 en Galicia, fronte aos 44,5 de Huelva e os 77,6 do Algarve ou os 32 da fronteira castelán-norteña—. As semellanzas idiomáticas e culturais animan todos estes intercambios ao igual que as infraestruturas. A primeira autoestrada fronteiriza entre España e Portugal uniu, en 1993, a Valença con Tui e mesmo existiu a posibilidade de que o primeiro TGV fronteirizo unira Porto e Vigo tal e como se acordara no Cume Ibérico de novembro de 2003. Desde que España e Portugal se integran na CE, en 1986, a solitaria ponte de ferro que atravesaba o Miño entre Tui e Valença flanqueada por senllos cuarteliños policiais viuse acompañada de catro máis, todas francas.

O proceso de construción europea está baseado nunha serie de principios básicos. Un deses principios é o da libre circulación. Os traballadores transfronteirizos ocupan un lugar central na posta en práctica efectiva desa liberdade e a tutela dos dereitos dos que son titulares estivo sempre presente nas preocupacións dos actores políticos e dos axentes sociais, non só comunitarios, ao longo dos últimos cincuenta anos. Recentemente, en novembro de 2003, a Asociación de Rexións Fronteirizas de Europa (ARFE), fundada en 1971, celebraba a súa Conferencia anual en Karlovy Vary (República Checa) e aprobaba unha *Declaración final sobre mercado de traballo transfronteirizo e cualificación*, dado que este fora o tema estrela da Conferencia. Nese documento figura un detallado plan de actuación, coas estruturas eurorrexionais e o EURES como actores fundamentais, e unhas conclusións que en síntese veñen a dicir: a) maior flexibilidade na aplicación das distintas directivas, axudas á formación e ao mercado de traballo a ambos os dous lados da fronteira en beneficio dun auténtico mercado de traballo transfronteirizo, así como dunha mobilidade e cualificación transfronteirizas; b) mellora da coordinación transfronteiriza en cuestións relativas ao mercado laboral, á cualificación e á política económica; c) desenvolvemento de redes transfronteirizas coa participación de patronais, sindicatos, administracións, eurorrexións, etc.; d) creación de centros de ensinanza e formación transfronteirizos; e) obtención do recoñecemento transfronteirizo dunha cualifica-

ción profesional, a ser posible a escala europea; f) eliminación das barreiras na área social, no terreo da formación, en cuestións fiscais, etc. para os traballadores transfronteirizos; e, por último, g) establecemento de determinadas áreas de captación transfronteirizas (zonas ou polígonos industriais transfronteirizos, parques naturais, proxectos urbanísticos, etc.) que permitan, coas súas actividades, a creación de novos postos de traballo. Algúns anos antes, en 1995, co mercado único apenas estreado, a propia ARFE modificou a súa *Carta das rexións fronteirizas e transfronteirizas* de 1981 para incluír seis medidas necesarias para que a cooperación transfronteiriza fora un dos piares da Europa unida do futuro. Unha desas seis medidas era a solución dos problemas dos traballadores fronteirizos e entre as accións propostas daquela estaban: a) aplicación da *Carta Social Europea* en todos os Estados e rexións fronteirizas; b) transposición do *Libro Branco da Comisión Europea relativo á política social europea* nas lexislacións nacionais; c) elaboración de códigos transfronteirizos rexionais relativos aos dereitos e deberes das persoas que traballan, estudan, compran, viven nas fronteiras; d) eliminación das disparidades nos campos da seguridade social, da fiscalidade, etc.

Pero se actores non comunitarios se preocupan polos problemas derivados dos mercados laborais transfronteirizos, as institucións comunitarias levan moitos anos lexislando con mellor ou peor fortuna, dentro das competencias que lles outorgan os diferentes Tratados desde Roma a Ámsterdam, para que o dereito á libre circulación poida ter unha tutela efectiva por parte das autoridades.

A presente obra, coordinada polo Catedrático de Dereito do traballo e da seguridade social e Profesor Jean Monnet da Universidade de Vigo, Jaime Cabeza Pereiro, chega nun momento moi oportuno, neste “Ano europeo da mobilidade dos traballadores” segundo designación acordada pola Comisión Europea. Nela éntrase de cheo nalgúns dos problemas máis relevantes que o traballo transfronteirizo na nosa Eurorrexión pode presentar. Obras así son imprescindibles para construír cidadanía e só con cidadáns hai demos e con el posibilidades de acceder ao soño dos pais fundadores naqueles días aurais da primavera de Europa: a unidade e a paz.

Os autores responden con brillantez a preguntas fundamentais comezando pola máis básica: ¿que é un traballador transfronteirizo? Un concepto máis complexo que o da persoa que residindo nun lado da fronteira traballa no outro. Máis complexo porque dese concepto derívanse unha serie de consecuencias nos eidos da libre circulación de traballadores, da seguridade social, da fiscalidade, etc. A lectura atenta desta obra ofrece camiños polos que profundar con proveito no dereito laboral e da seguridade social de aplicación en España e Portugal sen esquecer o marco comunitario que cos seus regulamentos e directivas sobrevoa sobre os sistemas xurídicos nacionais. Aquí, como noutros moitos casos, a subsidiariedade vai da man da primacía do dereito comunitario para que, ao final, os suxeitos dese dereito, é dicir os cidadáns, poidan facelo efectivo, isto é, esixir o seu cumprimento diante dun tribunal. En efecto, o

dereito derivado comunitario precisa ser complementado cunha serie de acordos bilaterais entre os países para poder alcanzar plena eficacia. Como é sabido, Suíza e os países comunitarios que a rodean acollen o 41% do traballo transfronteirizo en Europa, pois ben, xa en 1973 se asinou un acordo, entre a República francesa e o cantón de Xenebra para crear unha comisión consultiva para os problemas de veciñanza, nomeadamente os ocasionados pola dobre imposición dos traballadores transfronteirizos, e un órgano, o Comité rexional franco-xinebrino, instituído en 1974, para ir resolvendo eses problemas. As boas prácticas da gobernanza multinivel en vigor mesmo antes de que se teorizase sobre elas.

Outra parte fundamental desta obra tan útil para os actores políticos e os axentes sociais implicados e para os académicos interesados nestas cuestións dedícase a analizar aspectos tan cruciais como quen é o xuíz competente nos litixios derivados da existencia dun mercado laboral transfronteirizo entre Galicia e o Norte de Portugal; que lei se aplica, dado que non sempre ten porque ser a do país na que estea situada a actividade económica; que acontece cos traballadores desprazados temporalmente ao outro país pero que non son, propiamente, traballadores transfronteirizos, e que lei lles é de aplicación durante ese período de tempo. Todas estas son cuestións palpitantes e que animan a debruzarse na lectura destas páxinas escritas pensando na sociedade e non na torre de marfil na que, as veces, habitamos as xentes vinculadas á investigación universitaria. Este é un motivo máis para darlle os parabéns ao coordinador, aos autores e ao Consello Galego de Relacións Laborais por esta iniciativa.

Iniciativa que non pretende ser flor dun día nas inquedanzas investigadoras da Universidade de Vigo. En efecto, desde hai dous anos o Consello Universitario Europeo vén distinguindo a esta institución coa súa confianza outorgándolle a cofinanciación necesaria e a capacidade de xestión de varias accións Jean Monnet, pronto xa Programa comunitario na nova etapa 2007-2013, para que unha parte dos seus profesores se dediquen á docencia e á investigación en temas comunitarios. A Universidade de Vigo é, nestes momentos, a segunda española tras da Complutense madrileña en número de accións activas dentro do Proxecto Jean Monnet. A confianza depositada en nós ben merece ser correspondida con obras coma esta que agora sometemos ao soberano escrutinio do lector ou con iniciativas como o Master en políticas comunitarias, desenvolvemento e cooperación transfronteiriza que a Universidade de Vigo, en colaboración coa do Minho (Braga) e con EUREST, vai ofertar para o vindeiro curso 2006-2007.

Luis Domínguez Castro
Jean Monnet Chair

índice

PRESENTACIÓN	5
INTRODUCCIÓN	7
PRÓLOGO	9

PARTE I

MARCO COMUNITARIO –E CONVENCIONAL- DAS RELACIÓNS LABORAIS NO MARCO DE EURORREXIÓNS	19
--	----

CAPÍTULO PRIMEIRO:

■ OS TRABALLADORES TRANSFRONTEIRIZOS	21
I. CONSIDERACIÓNS PREVIAS	23
1. O CONTEXTO TRANSFRONTEIRIZO DE ANÁLISE	24
2. O MARCO INSTITUCIONAL	26
II. SOBRE A LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABALLADORES E OS PROBLEMAS TRANSFRONTEIRIZOS ..	27
1. O REGULAMENTO 1612/1968, DE 15 OUTUBRO	27
2. A NORMATIVA INTERNA ESPAÑOLA	28
3. A NORMATIVA INTERNA PORTUGUESA	29
4. XURISPRUDENCIA SOBRE DISCRIMINACIÓN DE TRABALLADORES TRANSFRONTEIRIZOS EN TORNO AO CRITERIO DA RESIDENCIA	29
5. DOCTRINA SOBRE VANTAXES SOCIAIS	30
6. PROBLEMAS DE COTIZACIÓN E DE TRIBUTACIÓN DE RENDEMENTOS DE TRABALLO ..	32
7. DEREITOS ACCESORIOS AO CONTRATO DE TRABALLO	34
8. OUTRAS CUESTIÓNS	35
III. AS REGRAS DE SEGURIDADE SOCIAL APLICABLES AO TRABALLADOR TRANSFRONTEIRIZO ..	37
1. CONSIDERACIÓNS XERAIS	37
2. PRESTACIÓNS EN ESPECIE POR ENFERMIDADE OU MATERNIDADE	38
3. E EN METÁLICO POR ENFERMIDADE	39
4. REGRAS ESPECIAIS DAS PRESTACIÓNS EN ESPECIE. EN CASO DE INCAPACIDADE PERMANENTE E XUBILACIÓN	40
5. PRESTACIÓNS POR DESEMPREGO	42
6. PRESTACIÓNS FAMILIARES: REGRA ANTICÚMULO	46
7. REFERENCIA A TRABALLADORES NON FRONTEIRIZOS QUE CESARAN NA SÚA ACTIVIDADE NUN ESTADO E RESIDAN NOUTRO	46
IV. A TRIBUTACIÓN NO ÁMBITO FRONTEIRIZO	48
1. CONSIDERACIÓNS XERAIS	48
2. O CONVENIO DE MADRID DE 26 OUTUBRO 1993	49
V. REGRAS SOBRE LEI APLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDADE SOCIAL A OUTROS COLECTIVOS DE TRABALLADORES	52

CAPÍTULO SEGUNDO:

■	COMPETENCIA XUDICIAL E LEI APLICABLE AO CONTRATO DE TRABALLO	57
I.	COMPETENCIA XUDICIAL	59
1.	O CONVENIO DE BRUXELAS E O REGULAMENTO 44/2001	59
2.	A DOCTRINA DO TRIBUNAL DAS COMUNIDADES	61
	A) O xuíz do lugar de execución do contrato	61
	B) Desenvolvemento de actividades en varios Estados	62
	C) Contratos sucesivos vinculados	63
	D) Irrelevancia das obrigas accesorias fronte ás principais	65
	E) Relacións para-laborais	65
3.	A DOCTRINA XUDICIAL INTERNA ESPAÑOLA	66
	A) Preferencia do Regulamento 44/2001 sobre o art. 25 LOPJ	66
	B) Casuística	66
II.	LEI APLICABLE AO CONTRATO DE TRABALLO	69
1.	AS NORMAS DE CONFLITO ESPAÑOLAS E PORTUGUESAS	69
2.	O CONVENIO DE ROMA	70
3.	A LEI APLICABLE AO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALLO	71
	A) O art. 6 do convenio de Roma	71
	B) Norma coa cal o contrato estea máis estreitamente ligado	74
	C) Límites entre desprazamento temporal e permanente	74
	D) Lei do Estado do establecemento que contratara o traballador	78
	E) Casos de aplicación da cláusula “de escape” o “de excepción” do convenio de Roma. Buques e abandeiramentos	79
4.	APLICACIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS	84

CAPÍTULO TERCEIRO:

■	REGULACIÓN ESPAÑOLA E PORTUGUESA DOS DESPRAZAMENTOS TEMPORAIS DE TRABALLADORES A OUTRO ESTADO. A SÚA COMPARACIÓN CO RÉXIME DISPOSTO POLA DIRECTIVA 96/71/CE	89
I.	INTRODUCCIÓN	91
II.	DESPRAZAMENTOS AFECTADOS	94
1.	SOBRE A TEMPORALIDADE DO DESPRAZAMENTO	94
2.	A EXISTENCIA DUNHA RELACIÓN LABORAL, DURANTE O DESPRAZAMENTO, ENTRE O DESPRAZADO E A EMPRESA QUE DESPRAZA	96
3.	PRESUPOSTO OBXECTIVO	97
	A) Os lugares do establecemento da empresa que despraza e do desprazamento	97
	B) Os motivos do desprazamento ou as actividades empresariais ás que deben figurar unida (operacións de “prestación de servizos transnacional”)	100
4.	IRRELEVANCIA DA NACIONALIDADE DO TRABALLADOR DESPRAZADO	102

5. EXCLUSIÓNS	106
III. OBRIGAS DOS EMPRESARIOS.	107
1. A GARANTÍA DA APLICACIÓN AO TRABALLADOR DESPRAZADO DA PROTECCIÓN SUPERIOR QUE CORRESPONDA, DE ACORDO COA LEXISLACIÓN LABORAL DO ESTADO DE DESTINO, A DETERMINADAS CONDICIÓN DE TRABAÑO E EMPREGO.	107
A) Sobre a determinación da regulación que outorga a maior protección.	107
B) Delimitación da garantía	110
a) <i>Na Directiva 96/71/CE. Breve referencia ás condicións de seguridade social, non contempladas nin afectadas polas disposicións da Directiva</i>	110
b) <i>No Dereito portugués</i>	116
c) <i>No Dereito español</i>	122
a') Condicións de traballo comprendidas na garantía.	122
b') Fontes reguladoras das anteriores condicións de traballo	129
c') Supostos onde se reduce a extensión ordinaria da garantía	130
d') Regras especiais para os desprazamentos de traballadores decididos por empresas de traballo temporal, para poñer aos afectados a disposición de empresas usuarias establecidas ou que exerzan a súa actividade en España	132
e') Unha referencia aos desprazamentos a outros Estados decididos por empresas establecidas en España, incluídos os que afecten a traballadores cedidos por empresas de traballo temporal	136
2. OBRIGAS TENDENTES A ASEGURAR O CUMPRIMENTO DA GARANTÍA	138
A) Comunicación do desprazamento	138
B) Comparecencia administrativa e achega de documentación	140
IV. MEDIDAS ADMINISTRATIVAS PARA A EFECTIVIDADE DAS OBRIGAS EMPRESARIAIS	142
1. A SÚA CONFIGURACIÓN NA DIRECTIVA 96/71/CE	142
2. A REGULACIÓN NO DEREITO PORTUGUÉS. UNHA TRANSPOSICIÓN INCOMPLETA OU DE MÍNIMOS.	144
3. DEREITO ESPAÑOL.	144
A) A cooperación administrativa gratuíta	145
B) Información sobre as condicións de traballo garantidas aos traballadores desprazados	146
C) Inspección e sanción.	147
a) <i>Nos desprazamentos temporais de traballadores a España</i>	147
a') Función inspectora	147
b') Infraccións e sancións administrativas	147
b) <i>Nos desprazamentos temporais de traballadores a outros Estados da Unión Europea ou signatarios do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo, realizados por empresas establecidas en España.</i>	152
V. UN APUNTAMENTO SOBRE A COMPETENCIA XUDICIAL.	153

PARTE II

O ORDENAMENTO LABORAL PORTUGUÉS. 159

CAPÍTULO PRIMEIRO:

■	TEMPO DE TRABALLO	159
I.	CONCEPTOS	161
II.	LÍMITES Á DURACIÓN DO TRABALLO	163
III.	HORARIO DE TRABALLO	166
IV.	PERÍODO DE DESCANSO	167
V.	EXENCIÓN DO HORARIO DE TRABALLO	168
VI.	RÉXIME DE TRABALLO A QUENDAS	170
VII.	TRABALLO NOCTURNO E TRABALLADOR NOCTURNO	171
VIII.	HORAS EXTRAORDINARIAS	173
IX.	DESCANSO SEMANAL	178
X.	FESTIVOS	178

CAPÍTULO SEGUNDO:

■	LUGAR DE TRABALLO	181
I.	DEFINICIÓN	183
II.	MODIFICACIÓN	184
III.	TRASLADO TEMPORAL	187
IV.	PROCEDEMENTO	188

CAPÍTULO TERCEIRO:

■	OBXECTO DO CONTRATO DE TRABALLO/IUS VARIANDI	191
I.	DETERMINACIÓN DO OBXECTO	193
II.	MODULACIÓNS	196
III.	CAMBIO DE CATEGORÍA POR NECESIDADES URXENTES OU ESTRITAS	199
IV.	A MOBILIDADE FUNCIONAL	200

CAPÍTULO CUARTO:

■	SEGURIDADE, HIXIENE E SAÚDE NO TRABALLO	203
I.	RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR E DEBERES DO TRABALLADOR	205
II.	DEREITOS DOS TRABALLADORES	205
III.	PAPEL DA INSPECCIÓN XERAL DE TRABALLO	206
IV.	ORGANIZACIÓN DA PREVENCIÓN E REVISIÓNS MÉDICAS	207

CAPÍTULO QUINTO:

■	SUSPENSIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO	209
I.	TIPOLOXÍA	211
II.	POR FEITO REFERIDO AO TRABALLADOR	212

III.	POR FEITO REFERIDO AO EMPREGADOR	214
	1. SITUACIÓN DE CRISE EMPRESARIAL.....	214
	2. CASO FORTUÍTO E FORZA MAIOR.....	216
IV.	LICENZAS E PREXUBILACIÓN.....	217

CAPÍTULO SEITO:

■	EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO	219
I.	DISPOSICIÓNS XERAIS	221
II.	A CADUCIDADE.....	222
	1. A IMPOSIBILIDADE SOBREVIDA	223
	2. O TERMO	226
	3. MORTE DO EMPREGADOR, EXTINCIÓN DA PERSONALIDADE XURÍDICA EMPREGADORA E PECHE TOTAL E DEFINITIVO DA EMPRESA.....	229
	4. XUBILACIÓN, VELLEZ OU INVALIDEZ DO TRABALLADOR	233
III.	O ACORDO REVOGATORIO	235
IV.	O DESPEDIMENTO	238
	1. CONCEPTO	238
	2. POR FEITO IMPUTABLE AO TRABALLADOR	238
	A) Consideracións xerais.....	238
	B) Concepto	240
	C) Referencia á causa xustificada	243
	D) Relación exemplar de faltas	247
	3. O PROCEDEMENTO DISCIPLINARIO	254
	A) Procedemento ordinario.....	254
	B) Simplificado para as microempresas.....	256
	C) Suspensión preventiva do traballador	257
	4. CONSECUCIAS DA DECLARACIÓN DE ILICITUDE	257
	A) Indemnización de danos e readmisión	257
	B) Salarios de tramitación.....	259
	C) Readmisión <i>versus</i> indemnización	261
	D) Cálculo da indemnización	264
	5. RÉXIME ESPECIAL PARA O CONTRATO TEMPORAL	266
V.	O DESPEDIMENTO COLECTIVO E A EXTINCIÓN DOS POSTOS DE TRABALLO	267
	1. DELIMITACIÓN	267
	2. O DESPEDIMENTO COLECTIVO.....	268
	A) Concepto	268
	B) A indemnización	269
	C) Procedemento	269
	3. A EXTINCIÓN DO POSTO DE TRABALLO	271
	A) Concepto	271
	B) Procedemento	272
VI.	INADAPTACIÓN SOBREVIDA.....	273
	1. MODALIDADES	273

2. REQUISITOS	276
3. PROCEDEMENTO	277
VII. EXTINCIÓN DO CONTRATO POR INICIATIVA DO TRABALLADOR.	278
1. MODALIDADES. AS CAUSAS XUSTIFICADAS	278
2. PROCEDEMENTO EXTINTIVO	279
3. EFECTOS	280
4. DENUNCIA DO CONTRATO. DIFERENCIA CO ABANDONO.	281

CAPÍTULO SÉTIMO:

■ GARANTÍAS LEGAIS DA LIBERDADE SINDICAL.	283
I. LIBERDADE SINDICAL	285
II. ORGANIZACIÓNS SINDICAIS.	286
III. MEMBROS DA DIRECCIÓN DAS ORGANIZACIÓNS SINDICAIS E DELEGADOS SINDICAIS	287

CAPÍTULO OITAVO:

■ COMPETENCIAS DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS EN MATERIA LABORAL.	291
I. COMPETENCIAS NA FISCALIZACIÓN DAS CONDICIÓN DE TRABALLO	293
II. COMPETENCIAS NAS RELACIÓNS COLECTIVAS DE TRABALLO	296

CAPÍTULO NOVENO:

■ CUESTIÓNS SOBRE O CONVENIO COLECTIVO APLICABLE	299
I. ÁMBITO XEOGRÁFICO DE APLICACIÓN	301
II. ÁMBITO SUBXECTIVO DE APLICACIÓN	301
III. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN.	302
IV. CONFLITO ENTRE CONVENIOS	302

CAPÍTULO DÉCIMO:

■ PRESTACIÓN POR DESEMPREGO	305
I. MEDIDAS XERAIS ACTIVAS E PASIVAS	307
II. CONTRIBUCIÓNS Á SEGURIDADE SOCIAL	309

CAPÍTULO UNDÉCIMO:

■ CONTRIBUCIÓNS Á SEGURIDADE SOCIAL.	313
I. LEI DE BASES DA SEGURIDADE SOCIAL	315
II. INSCRICIÓN DAS ENTIDADES EMPREGADORES NA SEGURIDADE SOCIAL.	316
III. TIPOS DO RÉXIME XERAL DE SEGURIDADE SOCIAL DE TRABALLADORES POR CONTA ALLEA	316

PARTE PRIMEIRA

MARCO COMUNITARIO - E CONVENCIONAL -
DAS RELACOES LABORAIS NO MARCO
DE EURODIRECOES





OS TRABALLADORES
TRANSFRONTERIZOS

CAPÍTULO PRIMERO

I. CONSIDERACIÓNS PREVIAS

Non existe no ordenamento comunitario, nin tampouco no español, un concepto de traballador transfronteirizo válido para todos os ámbitos xurídicos. En termos xerais, caracterízase por traballar nun Estado e residir noutro. Fronte ao traballador emigrante, que abandona o seu Estado de orixe, xa sexa coa súa familia, xa sen ela, para residir e traballar noutro distinto, o transfronteirizo mantén o seu vínculo de residencia, aínda que engade a el un distinto, co do Estado do lugar de traballo, que difire do de residencia¹. Máis alá destes trazos, o concepto varía dun Estado membro a outro e mesmo dentro das lexislacións internas en atención á materia de que se trate².

O tópico ten unha transcendencia que abrangue aspectos diferentes³. En particular, a libre circulación de traballadores, cuxos principios resultan, en liñas xerais, tamén aplicables ao traballo fronteirizo. Tamén, e con moita intensidade, a Seguridade Social dos traballadores emigrantes, cuxo Regulamento inclúe regras especiais aplicables a este. E así mesmo, o ámbito tributario, cuns convenios bilaterais sobre dobre imposición que precisan regras especiais para os traballadores cuxa residencia e traballo presenta conexións con máis dun Estado membro. A todo o cal pode engadirse un vasto capítulo sobre outros aspectos puntuais que afectan aos devanditos traballadores, moitos deles reconducibles ao concepto de “vantaxes sociais” descrito no propio Regulamento sobre libre circulación de traballadores.

Convén precisar, antes de internarse no estudo destas materias, que a doutrina xudicial do Tribunal de Luxemburgo está orfa de casos relativos á rexión transfronteiriza entre Galicia e o Norte de Portugal. Máis ben, o groso das cuestións prexudiciais –a práctica totalidade delas– polarízanse xeograficamente nas fronteiras entre Francia, Alemaña e o BENELUX⁴. Sen esquecer o esquivo tema das relacións fronteirizas entre os Estados da Unión Europea lindantes coa República Helvética e esta, ámbito no que se concentra máis do 41 por 100 do traballo fronteirizo que afecta a

1 Véxase esta descrición no documento do Parlamento Europeo *Os traballadores transfronteirizos na Unión Europea*, Dirección General de Estudios. Documento de trabajo. Serie Asuntos Sociales –W 16^a–, de maio 1997. Por certo, neste documento omítense os datos sobre os traballadores transfronteirizos na fronteira entre España e Portugal, por non se coñecer datos concretos.

2 Véxanse algúns trazos ao respecto en PUSCA, A., *European Union: challenge and promises of a new enlargement*, Idea (2004) p. 270.

3 Non está de máis recordar que a Comisión Europea designou o ano 2006 como “Año europeo da mobilidade dos traballadores”. Véxase información ao respecto na páxina web <http://europa.eu.int/eures>.

4 Con máis amplitude o documento *Os traballadores...*, cit., expresa que existen nove Estados europeos nos que o fenómeno dos traballadores fronteirizos ostenta unha grande importancia económica, social e humana. Cinco deles –Francia, Italia, Bélxica, Alemaña e Austria– son “subministradores” de man de obra e os catro restantes –Suíza, Holanda, Luxemburgo e Mónaco, ademais de Alemaña, que é ambivalente– son os principais receptores.

residentes ou a traballadores da Comunidade⁵. Pero iso non quere dicir que a fronteira da nosa Eurorrexión sexa impermeable, senón máis ben todo o contrario. Máis ben, as cuestións haberá que situalas no ámbito da falta de coñecemento dos dereitos por parte de traballadores e empresas, ou mesmo do escaso grao de formalización das relacións que se establecen.

Mesmo debe subliñarse que a doutrina xudicial interna tampouco coñece de asuntos laborais relativos á relación fronteiriza que aquí interesa. Das poucas ocasións nas que emerxe esta cuestión, o traballador implicado resulta sempre un nacional marroquí que prestaba servizos en Ceuta ou Melilla⁶.

1. O CONTEXTO TRANSFRONTEIRIZO DE ANÁLISE

Dos datos que poden obterse da rede EURES, pode destacarse que o censo de traballadores fronteirizos en 2003 se elevaba a 1629 portugueses traballando en Galicia e 2580 galegos traballando en Portugal⁷, dos cales 650 desenvolvían a súa actividade no ámbito da saúde. Claro que estes datos non indican necesariamente a condición técnica de traballadores fronteirizos das persoas computadas, máxime, como se dixo, cando non existe un concepto técnico de aplicación unánime en todos os ámbitos xurídicos. Máis ben pode concluírse que se trata dunha aproximación cuantitativa a nacionais de cada un dos dous Estados –Reino de España e República de Portugal– prestando servizos na rexión transfronteiriza e no país do que non son nacionais⁸.

Coa mesma intención aproximativa, pode engadirse que é máis avultado o número de traballadores galegos prestando servizos no norte de Portugal, ata o punto de que aproximadamente o 60 por 100 do total dos fronteirizos son galegos que traballan no Estado veciño. De entre os distritos fronteirizos de maior acollida, destacan Viana do Castelo, que agrupa o 47 por cento dos traballadores fronteirizos galegos e Ourense, que ocupa o 75 por 100 dos fronteirizos portugueses en Galicia. Por secto-

5 Así o sostén GOTTHOLMSEDER, G., *Taxation of frontier workers-A fiscal border for unskilled workers?*, Department of Economics and Statistics, University of Innsbruck, Austria, July 2005, onde manifesta que dos máis de 310000 traballadores empregados nun país distinto no que residen, ao redor de 150000 teñen en Suíza o seu Estado de residencia ou de traballo. Por certo, debe recordarse que o 1 xuño 2002 entrou en vigor o Acordo de 21 xuño 1999 entre a Comunidade Europea e a Confederación Suíza sobre libre circulación de persoas, polo que aos cidadáns suízos e aos membros das súas familias lles é aplicable o mesmo tratamento que aos cidadáns membros da Unión Europea e aos seus familiares.

6 Vg., SSTSJ Andalucía/Málaga de 20 novembro 1992 (AS 5471), de 28 outubro 1993 (AS 4428), de 12 xullo 1994 (AS 2958), de 28 novembro 1995 (AS 4242) e de 23 febreiro 1996 (AS 296).

7 *Censo de traballadores transfronteirizos Norte de Portugal-Galicia 2003*, na web <http://www.eures-nortedeportugal-galicia.org>.

8 *Ibid.*

res, os galegos ocúpense fundamentalmente no Norte de Portugal no sector das industrias transformadoras e nos ámbitos da saúde e da acción social⁹. Pola súa banda, os portugueses traballan en Galicia fundamentalmente en empregos poucos cualificados vinculados a ámbito produtivo¹⁰.

E, noutro plano de análise, resultan moi reveladoras as afirmacións de expertos sobre as trabas que obstaculizan unha maior expansión do fenómeno do traballo fronteirizo. Polo que se refire a problemas estritamente laborais, apúntase o alto desemprego que caracteriza o mercado de traballo en Galicia –o desemprego galego case cuadriplica o existente no Norte de Portugal-, as elevadas taxas de temporalidade –destaca en exceso o contrato para obra ou servizo determinado- e de precariedade a que se ven sometidos os traballadores portugueses no noso país e a elevada porcentaxe do traballo oculto. En canto á zona fronteiriza do interior, debe destacarse o forte despoboamento e a perda de vitalidade demográfica derivada do progresivo envellecemento, coa notable excepción do eixe entre Chaves e Verín. E ademais, como factor moi determinante, destaca a importante diferenza salarial que provoca que as empresas galegas sexan máis proclives a contratar portugueses que á inversa, aínda que cos importantes freos derivados da precariedade dos traballos ofrecidos e do baixo perfil formativo da oferta de emprego, así como a baixa cualificación dos destinatarios. En termos xerais, estas circunstancias, ás que se une o

9 Polo que respecta aos ámbitos fronteirizos próximos á costa, os residentes en Tui desprázanse a Monçao para traballar na industria (aproximadamente o 8 por 100), a Paredes de Coura para ocuparse na hostalaría e o comercio (outro 8 por 100), a Valença tamén na hostalaría e o comercio (por enriba do 15 por 100), a Viana do Castelo no sector servizos, con forte incidencia do ámbito da saúde (pouco máis do 8 por 100) e a Vilanova de Cerveira (a porcentaxe máis importante, distribuíndose entre alimentación, hostalaría e comercio, industria e servizos). Os fronteirizos residentes en Vigo distribúense fundamentalmente entre Monçao (industria), Ponte dá Lima (industria), Valença (industria e servizos), Viana do Castelo (sector primario, hostalaría e comercio) e Vilanova de Cerveira (industria, basicamente). Véxanse estes datos no documento *Estudio sobre los obstáculos a la movilidad de los trabajadores fronterizos en la Eurorregión Galicia-Norte de Portugal*, na web <http://www.eures-nortedeportugal-galicia.org>. Neste documento contéñense múltiples datos estatísticos de notable interese.

10 *Censo de traballadores...*, cit. Como datos desagregados, pode engadirse o seguinte: polo que respecta a Caminha, o 10 por 100 dos traballadores desprázanse á Garda, predominantemente á industria e á enerxía, o 20 por 100 a Gondomar, basicamente á construción, o 10 por 100 a Tui, ao sector servizos, e o 60 por 100 restante a Vigo, sobre todo á construción, pero tamén á hostalaría e ao comercio. En canto a Monçao, pouco máis do 10 por 100 trasládase á Garda, para traballar no sector primario, unha porcentaxe parecida a Tui, ao sector servizos e por enriba do 50 por 100 a Vigo, basicamente á construción, industria e enerxía, sen esquecer a unha porcentaxe por enriba do 20 por 100 que se despraza a localidades externas á zona fronteiriza. Os fronteirizos de Viana do Castelo desprázanse ás zonas fronteirizas de Galicia para traballar sobre todo en construción, hostalaría e comercio, pero tamén noutros sectores –servizos, industria e enerxía e sector primario, basicamente-. En Vilanova de Cerveira, os que traballan en Gondomar fano na construción –aproximadamente o 10 por 100 do total-, os que prestan servizos en Nigrán ocúpense sobre todo na industria e enerxía e os que o fan en Vigo normalmente son empregados da construción e da industria (*Estudio sobre los obstáculos...*)

dinamismo da cidade de Vigo, que non conta con parangón portugués na zona fronteiriza, determinan que haxa certo asentamento –aínda que tardío- de empresas galegas en Portugal, pero que non suceda no mesmo grao á inversa. Existen, claro está, outros factores moi determinantes, como son o deficiente estado da rede de comunicacións, en especial a ferroviaria, e os altos custos das telecomunicacións, sobre todo das telefónicas. Tamén debe destacarse o retraemento das empresas portuguesas, que deciden en termos estratéxicos por outras rexións nas que o dinamismo produtivo é moito maior¹¹. E, por suposto, o diferente prezo do chan, que incentiva máis o investimento empresarial de galegos en Portugal e menos a de portugueses en Galicia.

Non obstante estas deficiencias, ás que habería que unir un forte descoñecemento polos traballadores do marco legal aplicable¹², en liña de tendencia asístese a un incremento das empresas portuguesas que se instalan en Galicia, así como a un aumento dos traballadores galegos que se empregan na zona portuguesa da rexión transfronteiriza, coa conseguinte tendencia á equiparación de fluxos. Si que é verdade que a cualificación resulta dispar, maior entre os galegos que prestan servizos en Portugal que á inversa¹³.

2. O MARCO INSTITUCIONAL

No desenvolvemento das relacións transfronteirizas entre Galicia e o Norte de Portugal exerceron un moi notable protagonismo as iniciativas comunitarias, agrupadas en torno ás tres sucesivas edicións do Interreg (1990-1993, 1994-1999 e 2000-2006) cunha forte dotación económica¹⁴. En torno a un Documento Único de Programación formulado conxuntamente polo Reino de España e a República de Portugal, as autoridades rexionais de ambos os dous Estados son depositarias da confianza na concepción e xestión das iniciativas comunitarias dentro dos seus respectivos territorios.

Pero non pode desdeñarse a entrada en vigor, con data de 1 xaneiro 2004, do Tratado de Valencia, de outubro 2002, sobre cooperación transfronteiriza entre entidades e instancias territoriais, asinado por España e Portugal baixo os auspicios de

11 Véxanse estas ideas, con máis extensión, no nivel de análise de expertos, no documento *Estudo sobre os obstáculos...*

12 *Ibid.*

13 Sobre estas cuestións esténdese o documento *Estudo sobre las tendencias de la movilidad en la Euroregión Galicia-Norte de Portugal*, na web <http://www.eures-norteportugal-galicia.org>.

14 En termos xerais, para o período 2000-2006, a achega da UE para o Interreg III entre o Reino de España e a República de Portugal ascende a 807 millóns de euros, aos que hai que sumar a contribución pública de ambos os dous Estados -269 millóns de euros- e a privada -56 millóns de euros-. A comisión de traballo Galicia-Norte de Portugal xestiona un dos seis subprogramas do programa operativo España-Portugal.

Convenio Marco do Consello de Europa sobre cooperación transfronteiriza entre comunidades ou autoridades territoriais –Convenio de Madrid- aberto á sinatura o 21 maio 1980, asinado no ámbito do Consello de Europa¹⁵. En liñas xerais, pode afirmarse que o Tratado de Valencia dota da suficiente cobertura xurídica o réxime da cooperación transfronteiriza territorial hispano-portuguesa entre as autoridades territoriais.

II. SOBRE A LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABALLADORES E OS PROBLEMAS TRANSFRONTEIRIZOS

1. O REGULAMENTO 1612/1968, DE 15 OUTUBRO

A referencia fundamental do Regulamento 1612/1968, de 15 outubro, do Consello, relativo á libre circulación dos traballadores dentro da Comunidade¹⁶ atópase no seu preámbulo, cando alude á materia nos seguintes termos: “considerando que tal dereito [á libre circulación]¹⁷ debe recoñecerse indistintamente os traballadores permanentes, de tempada, fronteirizos ou que exerzan as súas actividades con ocasión dunha prestación de servizos”. O Cal supón, en liña de principio, que o desenvolvemento dun traballo nun Estado distinto ao do lugar de residencia constitúe manifestación desta grande liberdade comunitaria¹⁸. En consecuencia, o dereito de acceso a un traballo por conta allea e ao seu exercicio deberá garantírselles aos traballadores fronteirizos coa mesma prioridade que a un nacional do Estado do emprego, e sen que se lles poidan aplicar requisitos que, de feito, exclúanos ou limiten as súas posibilidades de traballar por conta dunha empresa nos termos dos arts. 3 a 6 do Regulamento. E sen que nas condicións de traballo poida haber diferenza de trato, en especial en materia de retribución, de despedimento e de reintegración profesional ou novo emprego, de modo tal que debe beneficiarse das mesmas vantaxes

15 No seu ámbito insírese a Conferencia de Poderes Locais e Rexionais de Europa. A maioría dos Estados do Consello de Europa –trinta e tres de corenta e cinco- ratificaron o Convenio de Madrid. Sobre todo este marco xurídico, véxanse máis datos en SOBRIDO PRIETO, M., *El Tratado hispano-portugués sobre la cooperación transfronteriza territorial*, na web www.reei.org.

16 DOL nº 257, de 19 outubro 1968.

17 Que, segundo o anterior “considerando”, constitúe “un dereito fundamental para os traballadores e a súa familia”, de modo tal que “a mobilidade de man de obra na Comunidade debe ser para o traballador un dos medios que lle garantan a posibilidade de mellorar as súas condicións de vida e de traballo, e facilitar a súa promoción social, contribuíndo ao mesmo tempo a satisfacer as necesidades da economía dos Estados membros”. Así mesmo, “convén afirmar o dereito de todos os traballadores dos Estados membros a exercer a actividade da súa elección dentro da Comunidade”.

18 Afirmación esta que foi confirmada pola doutrina do Tribunal comunitario. Por exemplo, no asunto 292/86, *Gullung*, sentenza de 19 xaneiro 1998 declárase que a circunstancia de que un traballador conserve a nacionalidade do Estado de emprego, se reside noutro distinto, non empece que para este o devandito traballador exerxe o dereito de libre circulación.

sociais e fiscais que os traballadores nacionais, así como acceder en iguais condicións á formación profesional –art. 7-. Así mesmo, non pode haber diferenzas no exercicio dos dereitos sindicais e electorais –art. 8-, nin nas posibilidades de acceso á propiedade da vivenda que necesite –art. 9-. Polo demais, tamén as familias –cónxuxe e fillos menores de vinteún anos ao seu cargo, así como ascendentes e ambos os dous igualmente ao seu cargo- dos traballadores transfronteirizos por conta allea ou por conta propia son titulares dos dereitos recoñecidos no Tít. III da Primeira Parte do Regulamento¹⁹.

Unha segunda alusión, implícita, atópase no Tít. II da segunda parte, esta de carácter instrumental. Entre os “mecanismos de compensación” que nel se prevén, o art. 17.1 b)²⁰ dispón que “ os servizos territorial responsables das rexións limítrofes de dous ou máis Estados membros intercambiarán regularmente os datos relativos ás ofertas e demandas de emprego segundo as modalidades das súas relacións cos outros servizos de emprego do seu país, procederán directamente entre eles a unificar as operacións de posta en relación e de compensación das ofertas e demandas de emprego”. Ademais, “se é necesario, os servizos territorial responsables das rexións limítrofes desenvolverán igualmente estruturas de cooperación e servizos co fin de ofrecer: aos usuarios, a maior cantidade posible de datos prácticos sobre os diversos aspectos da mobilidade, e aos interlocutores sociais e económicos, aos servizos sociais (en particular públicos, privados e de utilidade pública) e ao conxunto das institucións interesadas, un conxunto de medidas coordinadas en materia de mobilidade”.

2. A NORMATIVA INTERNA ESPAÑOLA

Polo que respecta a certos aspectos adxectivos da libre circulación, hai que facer referencia á norma interna española. En concreto, ao RD 178/2003, de 14 febreiro, de entrada e permanencia en España de nacionais de Estados membros da Unión Europea e doutros Estados parte no Acordo sobre o Espazo Económico Europeo²¹. Nesta norma, e sen prexuízo de que se lles apliquen as regras xerais dos emigrantes comunitarios e do Espazo Económico Europeo, regúlanse algunhas cuestións que afectan directamente o traballo transfronteirizo. Entre elas: 1) que poden residir en

19 Debe destacarse o dereito do cónxuxe a desempeñar no Estado de emprego unha actividade por conta propia e o dos fillos menores de vinteún anos a desenvolver unha actividade por conta allea, en ambos os dous casos aínda que non sexan nacionais dun Estado membro –art. 11 do Regulamento, que por certo quedou derogado a 30 abril 2006, por efecto da Directiva 2004/38/CE, de 29 abril. É importante, como máis adiante se vai describir, poñer de manifesto que o requisito de ser nacional dun Estado membro que se lle impón ao traballador que exerce o dereito de libre circulación non se impón sen embargo aos membros da súa familia.

20 En redacción procedente do art. 1.5 do Regulamento 2434/1992, de 27 xullo, do Consello, de modificación do Regulamento 1612/1968 (DOL nº 245, de 26 agosto 1992).

21 BOE de 22 febreiro 2003.

España sen necesidade de tarxeta de residencia as persoas titulares dun documento de identidade ou dun pasaporte válidos e en vigor que sexan nacionais de Estados membros da Unión Europea ou doutros Estados parte do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo que traballen en España mantendo a súa residencia no territorio dalgún deses Estados e ao que regresan todos os días ou, polo menos, unha vez por semana –art. 6.1 c)²²-. 2) Que teñen dereito a residir permanentemente en España os nacionais doutro Estado membro que, despois de tres anos de actividade por conta allea ou propia e de residencia continuada en territorio español, desempeñen a súa actividade noutro Estado membro e manteñan en España a súa residencia, regresando polo menos unha vez por semana –art. 7.1 c)-. 3) Que os traballadores fronteirizos nacionais doutros Estados distintos do español, para expedir a correspondente tarxeta de residencia, deben acompañar un certificado de residencia, documentos sobre a súa actividade laboral e acreditación de que regresan todos os días ou, polo menos, unha vez por semana ao Estado de residencia. En termos xerais, pois, téndese a facilitar a situación dos traballadores fronteirizos, sen prexuízo de garantirlles o dereito a que expidan unha tarxeta de residencia en que conste a súa específica condición, logo da acreditación dos requisitos necesarios para iso.

3. A NORMATIVA INTERNA PORTUGUESA

Así mesmo, debe aludirse á normativa interna portuguesa, constituída na actualidade polo Decreto-Lei nº 60/93, de 3 marzo²³, cuxo art. 5.1 c) establece un dereito simétrico de residencia definitiva ao contido no art. 7.1 c) do RD 178/2003, de 14 febreiro, sen que haxa outras referencias explícitas aos fronteirizos, sen prexuízo de novo de que lles apliquen as regras xerais concernentes aos emigrantes comunitarios.

4. XURISPRUDENCIA SOBRE DISCRIMINACIÓN DE TRABALLADORES TRANSFRONTEIRIZOS EN TORNO AO CRITERO DA RESIDENCIA

Obviamente, ao traballador fronteirizo aplícaselle a regra xeral de sometemento, en canto á súa relación de emprego se refire, á lexislación do Estado onde presta servizos²⁴. E, en termos xerais, a doutrina do Tribunal de Luxemburgo non detectou casos de discriminación directa no acceso ao emprego e nas condicións de traballo dos traballadores fronteirizos. Iso non obstante, destacou algúns efectos adversos que lles carrega o feito da disociación entre o lugar de prestación de servizos e o lugar de

22 O apartado segundo do art. 6 establece que “non obstante, en calquera dos supostos do apartado anterior nos que o interesado solicite a devandita tarxeta de residencia, os órganos administrativos terán a obriga de informar ao interesado sobre a súa non esixencia. Pero, se a pesar diso, o interesado presenta a correspondente solicitude, expediráselle a tarxeta de residencia que corresponda ou un certificado de residencia”.

23 Modificado por Decreto Lei 250/98, de 11 agosto.

24 Sobre este tema, *vide infra*.

residencia, á vista dunha normativa aparentemente neutra pero que, en virtude dese impacto adverso, debe ser corrixida. Xa se anticipou que non existen sentenzas que se refiran á Eurorrexión Galicia-Norte de Portugal, pero unha análise destas dá pautas sobre cómo debe entenderse, moi en particular, o concepto “vantaxes sociais” do art. 7.2, que, na práctica, foi o máis controvertido en torno ao traballo fronteirizo²⁵. A xurisprudencia comunitaria terciou neste concepto, que asimilou a calquera vantaxe que, con independencia de que estean vinculadas a un contrato de traballo ou non, se recoñezan con carácter xeral os traballadores nacionais en virtude da súa condición obxectiva de traballadores ou polo mero feito de residir no territorio nacional, e cuxa extensión a traballadores nacionais doutros Estados resulte conveniente para facilitar a súa mobilidade dentro da Comunidade²⁶. Por conseguinte, en ocasións, a aplicación do criterio da residencia para atribuír dereitos ou prerrogativas pode encerrar unha discriminación encubrida por nacionalidade. Porque, como se puxo de manifesto, é obvio que o requisito de residencia no territorio en que se aplica a lei que concede a prestación, aínda que formalmente sexa aplicable aos nacionais, afecta fundamentalmente ás persoas que teñen a nacionalidade doutros Estados membros e, moi en particular, aos fronteirizos quen, por definición, teñen a súa residencia noutro Estado membro, no que xeralmente residen así mesmo os membros da súa familia²⁷.

Sobre o particular, non debe esquecerse que o Tratado da Unión, no parágrafo primeiro do seu art. 12 -na primeira parte, onde enuncia os “principios” - establece a prohibición, “no ámbito de aplicación do presente Tratado, e sen prexuízo das disposicións particulares previstas neste”, de toda discriminación por razón de nacionalidade.

5. DOCTRINA SOBRE VANTAXES SOCIAIS

Tamén en referencia ao concepto “vantaxes sociais” do art. 7.2 do Regulamento 1612/1968, debe terse en conta que xoga como segundo elemento de cobertura con carácter subsidiario á aplicación do Regulamento 883/2004, de 29 abril, de coordinación da Seguridade Social²⁸. En efecto, para as prestacións excluídas do ámbito de aplicación deste último, cabe a apelación do devandito art. 7.2, porque o concepto de vantaxe social é máis amplo que o concepto de prestación de Seguridade Social²⁹.

25 Sobre este concepto, vg., RECIO LAZA, A. M^a., *La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria*, La Ley-Actualidad (Madrid, 1997) pp. 74-5.

26 Asunto C-310/91, *Schmid*, sentenza de 27 maio 1993. Tamén, asunto C-57/96, *Meints*, sentenza de 27 novembro 1997.

27 Asunto C-337/97, *Meeusen*, sentenza de 8 xuño 1999.

28 Transitoriamente, á do Regulamento 1408/1971, de 14 xuño.

29 Neste sentido, apartado 104 das conclusións da avogada xeral Juliane Kokott, presentadas en 20 outubro 2005 no asunto C-286/03, *Silvia Hosse*.

A exposición de certos exemplos do corpo de doutrina xudicial existente pon de manifesto o potencial que leva implícito a aplicación do Regulamento 1612/1968 aos traballadores fronteirizos e, moi en particular, do seu art. 7.

O primeiro deles alude á situación dun traballador agrícola cuxo contrato se rescindiu polo feito de deixarse en barbeito terras do seu antigo empresario. Conforme á normativa holandesa de aplicación, tería dereito a unha indemnización por fin de contrato, que se lle denegou non obstante por incumprimento do requisito de ter a súa residencia en territorio dos Países Baixos, pois residía en territorio alemán. Formulada en termos litixiosos a controversia, e someténdose cuestión prexudicial á Corte Comunitaria, esta declarou que o termo “vantaxe social” do art. 7 do Regulamento 1612/1968 non podía interpretarse restritivamente, senón que debe englobar “todas as vantaxes que, con independencia de que estean vinculadas a un contrato de traballo ou non, recoñézanse con carácter xeral aos traballadores nacionais en virtude da súa condición obxectiva de traballadores ou polo mero feito de residir no territorio nacional e cuxa extensión aos traballadores nacionais doutros Estados membros pareza, en consecuencia, apropiada para facilitar a súa mobilidade dentro da Comunidade”. Concluíndose, polo tanto, que a indemnización controvertida se axustaba a esta descrición, de modo tal que non podía esixirse a residencia dunha persoa que prestase servizos en condición de traballador fronteirizo³⁰.

Un segundo exemplo atópase nos réximes profesionais de Seguridade Social previstos na República francesa. De acordo con certos sistemas convencionais de cesamento anticipado na actividade outorgábanse puntos gratuítos con cargo a cotizacións pagadas por empresarios e traballadores aos que cesasen na súa actividade a partir dos cincuenta e cinco anos de idade. Dos devanditos puntos gratuítos, que atribuían uns maiores dereitos de xubilación complementaria, excluíase, por disposición do convenio colectivo aplicable, aos traballadores fronteirizos residentes en Bélxica que prestaran servizos como tales en territorio francés. Ante semellante situación, o Tribunal das Comunidades argumenta que as vantaxes concedidas aos traballadores do sector de que se trata por cesamento anticipado na actividade forman parte das condicións de despedimento. E debe terse en conta que o art. 7.4 do Regulamento 1612/1968 establece a nulidade de toda cláusula de convenio referente ás condicións de despedimento que implique condicións discriminatorias para os traballadores nacionais doutros Estados membros. Polo tanto, dito sistema convencional de aplicación de puntos gratuítos, ao excluír aos traballadores transfronteirizos que residen en Bélxica, infrinxe o art. 7 do Regulamento 1612/1968 e, por extensión, o art. 39 do Tratado Constitutivo³¹.

30 Asunto C-57/96, *Meints*, cit.

31 Asunto C-35/97, *Comisión das Comunidades Europeas contra República Francesa*, sentenza de 24 setembro 1998.

Tamén se rexistran problemas derivados do distinto tratamento que as institucións públicas do Estado de prestación de servizos dispensen aos traballadores que non residen neste ou aos seus familiares³². Un caso moi ilustrativo produciuse en relación coas bolsas de estudo que concedía certa institución pública do Estado no que dúas persoas –daquela, un matrimonio un de cuxos membros era o único titular do capital social dunha sociedade mercantil e o outro traballador a tempo parcial da devandita sociedade³³– desenvolvían a súa actividade, pero no cal non tiñan fixada a súa residencia. Como queira que a filla de ambos os dous se postulou para unha bolsa, o goberno neerlandés denegouna aducindo que non se cumpría o requisito de residir en territorio holandés. Pero tal denegación ignorou, como conclúe a sentenza, que a bolsa constitúe unha vantaxe social no sentido do art. 7.2 do Regulamento 1612/1968, da cal non pode polo tanto excluírse aos familiares dun traballador fronteirizo. De modo que “o fillo a cargo dun nacional dun Estado membro que exerce unha actividade por conta propia noutro Estado membro se ben conservando a súa residencia no Estado do cal é nacional, pode obter un financiamento dos seus estudos nas mesmas condicións que as que se aplican aos fillos dos nacionais do Estado de establecemento e, en particular, sen que poida impoñerse un requisito suplementario relativo á residencia do fillo”³⁴.

6. PROBLEMAS DE COTIZACIÓN E DE TRIBUTACIÓN DE RENDEMENTOS DE TRABAJO

Outro tema interesante fai alusión aos dereitos laborais postos en relación con certas contribucións sociais de cualificación discutible. O tema de conflito referíase a unha contribución establecida en 1990 na República Francesa, a *Contribution Sociale Généralisée* (CSG) que debían sufragar todas as persoas que residisen en Francia e que percibisen certos rendementos económicos, incluídos, pois, os traballadores fronteirizos que prestasen servizos noutros Estados membros. Así as cousas, a dúbida formulada estribaba en se a devandita contribución ostentaba a condición de cotización social ou a de imposto. Se se optase pola primeira alternativa, como defendía a Comisión Europea, habería que estar ás regras do Regulamento 1408/1971 e, en consecuencia, excluír do seu pagamento aos traballadores que, residindo en territorio francés, desenvolvesen a súa actividade noutro Estado

32 Dende a sentenza que resolveu o asunto 94/84, *Deak*, de 20 xuño 1985, quedou claro que o principio de igualdade de trato do art. 7 do Regulamento 1612/1968 destínase tamén a impedir discriminacións efectuadas en prexuízo dos descendentes que estean a cargo dun traballador.

33 Como queira que o Regulamento 1612/1968 se aplica a traballadores por conta allea, a Corte tivo que enfrontarse en primeiro lugar á cuestión de se o réxime de traballo do segundo membro da parella cabía encadrarse no concepto de traballador. Ao cal contestou que “o feito de que unha persoa estea unida en matrimonio ao director e único propietario do capital da sociedade para a cal exerce unha actividade real e efectiva non se opón a que a citada persoa poida ser cualificada de traballador no sentido do artigo 48 do Tratado e do Regulamento nº 1612/1968, sempre que tal persoa desempeñe a súa actividade no marco dun vínculo de dependencia”.

34 Asunto C-337/97, *Meeusen*, cit.

membro³⁵. Se pola segunda, como sostiña o Goberno francés, sería competencia exclusiva súa a política orzamentaria e social derivada do tributo. Ante tal disxuntiva, a Corte dá a razón á Comisión, pois “a CSG garda unha relación directa e suficientemente relevante coas leis que regulan as ramas de Seguridade Social...Ó contrario que os gravames destinados a facer fronte aos gastos xerais das Administracións Públicas, vai destinada específica e directamente ao financiamento da Seguridade Social en Francia...” E sen que a devandita conclusión poida desvirtuarse “pola circunstancia de que o pagamento da CSG non faculta para percibir ningunha contrapartida directa e identificable en concepto de prestacións...”³⁶. Partindo desta premisa, a Corte argumenta que, aplicándose a devandita contribución a todos os residentes en Francia, os que traballan noutro Estado membro e contribúen polo tanto ao financiamento da súa Seguridade Social, non poden ser obrigados a financiar no Estado de residencia parte do sistema deste. O contrario sería discriminatorio, pois os que pagan o CSG na súa condición de residentes que desenvolven a súa actividade profesional en Francia tan só cotizan no réxime de Seguridade Social francés.

Por suposto, certas prácticas fiscais que se aplican por igual aos traballadores fronteirizos e aos que non ostentan esta condición poden constituír outras tantas infraccións involuntarias do art. 7.2 do Regulamento 1408/1971. Un caso moi elocuente refírese a certo traballador fronteirizo con residencia en Francia e prestación de servizos en Alemaña. De acordo co convenio de dobre imposición franco-alemán, orixinariamente asinado o 21 xullo 1959, a retribución bruta dos traballadores situados na circunstancia descrita estaba suxeita a imposición en Francia, onde o tipo de imposición era máis baixo que en Alemaña. De modo que a retribución neta do traballador afectado era máis alta que a dos seus colegas residentes en Alemaña. Cando o seu contrato se rescindiu recoñecéuselle certa axuda económica conforme a lexislación alemá, pero para achar a base de cálculo correspondente deduciuse, mediante un cálculo ficticio, unha cantidade destinada ao imposto alemán sobre salarios. Non sendo discutible que a devandita axuda económica se inclúe no ámbito do art. 7.4 do Regulamento 1612/1968, este precepto prohibe non só as discriminacións

35 De acordo con inconcusa doutrina do Tribunal de Xustiza de Luxemburgo, o feito de gravar un traballador por un mesmo rendemento con cargas sociais derivadas da aplicación de varias lexislacións nacionais, cando só ostenta a condición de asegurado con respecto a unha delas, sométeo a unha dobre cotización contraria ao art. 13 do Regulamento 1408/1971 (vg., asunto *Perenboom* C-102/76, sentenza de 5 maio 1977 e asunto *Aldewereld* C-62/93, sentenza de 29 xuño 1994).

36 Asunto C-169/98, *Comisión das Comunidades Europeas contra República Francesa*, sentenza de 15 febreiro 2000. Esta sentenza tivo unha fonda repercusión en Francia. Como puxo de manifesto algún autor, as disposicións do Regulamento 1408/1971 non conteñen definición específica das cotizacións á Seguridade Social. E a conclusión á que chega o fallo contradí a doutrina do Consello Constitucional francés, de acordo coa cal as cotizacións se dirixen a xerar dereitos as prestacións do sistema. Polo tanto, implica a esixencia dunha mínima adaptación por parte das institucións internas (*vide*. PRÉTOT, X., *La Cour de justice des Communautés européennes, le travailleur frontalier et le contribution sociale généralisée*, Droit Social, nº 5, 2000, pp. 529 ss.)

manifestas, senón tamén calquera forma de discriminación encuberta. E, claramente, “a ficción consistente en ter en conta o imposto alemán sobre os salarios inflúe negativamente na situación dos traballadores fronteirizos”, pois prexudica ás persoas sometidas a tributación noutro Estado membro cuxos tipos impositivos sexan inferiores. Sen que valla a argumentación das dificultades administrativas que leva consigo ter en conta o feito fronteirizo, pois as mesmas non poden xustificar a vulneración de preceptos do Tratado. Nin tampouco o feito de que as persoas afectadas poderían obter do fisco alemán o reembolso correspondente, pois esta circunstancia non enerva o prexuízo dos traballadores fronteirizos. A dedución ficticia, en definitiva, “conduce, de feito, a privar estes últimos dunha parte dos ingresos netos que percibía cando traballaban...en Alemaña”³⁷.

7. DEREITOS ACCESORIOS AO CONTRATO DE TRABAJO

Adicionalmente, debe facerse referencia a unha cuestión que levantou unha considerable polémica, consistente na utilización por parte dos traballadores fronteirizos de vehículos de empresa para os seus asuntos persoais. Xa hai algúns anos puxéranse de relevo algúns problemas derivados da dobre imposición en canto ao imposto de matriculación e de certas prohibicións para que o traballador fronteirizo circulase libremente no seu Estado de residencia co vehículo de empresa comprado e matriculado onde a empresa que os contratou ten o seu domicilio. En particular, as autoridades competentes dalgúns Estados membros (vg., Alemaña ou Dinamarca) tan só autorizan aos devanditos traballadores a utilizar o automóbil de empresa para desprazarse polo camiño máis curto entre o seu domicilio e a fronteira próxima ao lugar de traballo, prohibíndose outros desprazamentos, xa sexa por motivos profesionais ou privados. E aínda cando a posibilidade de goce privado do vehículo constituía un incentivo que lles concede o empresario³⁸. Ante esta situación, a Comisión presentou recurso de incumprimento do art. 39 do Tratado Constitutivo contra o Reino de Dinamarca³⁹.

Antes do ano 1999, un residente danés só podía utilizar neste país un vehículo matriculado no mesmo, e a súa utilización requiría a previa obtención das correspondentes placas de matrícula, logo do pagamento dun imposto. Excepcionalmente, podíase autorizar a utilización en Dinamarca dun automóbil matriculado no estranxeiro, sempre e cando se utilizase fundamentalmente fóra do Reino e existisen razóns concretas para non esixir a matriculación danesa. Tal autorización excepcional só se concedía para fins privados, aínda que en determinados casos cabía utilización do vehículo con fins profesionais. Iso non obstante, a práctica administrativa consistía en denegar a autorización para desprazamentos comerciais a Dinamarca.

³⁷ Asunto C-400/02, *G. Merida*, sentenza de 16 setembro 2004.

³⁸ Documento do Parlamento Europeo *Los trabajadores fronterizos en la Unión Europea*, cit.

³⁹ Asunto C-462/02, sentenza de 15 setembro 2005.

E, en particular, denegárase a posibilidade de utilizar con fins privados os vehículos de empresa, salvo as viaxes do condutor de ida e volta entre a fronteira e a residencia principal con ocasión das fins de semana, vacacións e períodos festivos. Tras unha reforma entrada en vigor a mediados de 1999, o vehículo matriculado no estranxeiro xa non tería con carácter xeral que levar placas danesas. E, polo que aquí interesa, os residentes en Dinamarca poderían ser autorizados para utilizar para usos profesionais e privados un automóbil posto á súa disposición por unha empresa ou un establecemento permanente situado no estranxeiro, sempre que a actividade na devandita empresa ou establecemento constituísen a profesión principal do interesado.

Tales réximes sucesivos foron axuizados na sentenza que resolveu o devandito recurso, pois o art. 39 do Tratado –libre circulación de traballadores– prohibe toda normativa interna que, malia ser aplicable con independencia da nacionalidade dos traballadores afectados, obstaculiza a súa libre circulación. Polo que respecta ao réxime orixinal previo a 1999, prexudica aos traballadores fronteirizos porque non lles permite utilizar con fins profesionais e privados un automóbil de empresa matriculado no Estado de traballo. Ademais, é obvio que podía disuadir un empresario de contratar un traballador danés residente no seu país, a causa da obriga de matricular en Dinamarca o vehículo de empresa. E, en canto aos traballadores, se ven prexudicados, mesmo despois da reforma, a causa da obriga de pagar un imposto de matriculación temporal polo uso do devandito vehículo de empresa, sen que puidesen utilizalo se a actividade fronteiriza non fose a principal⁴⁰. E, se as distorsións que lle causa este réxime ao empresario compelen a empresa a pagar un salario menor ao traballador residente en territorio danés, este pode verse disuadido de aceptar emprego fóra deste. Porque, como declara a sentenza, “o feito de que un traballador áchese en desvantaxe no plano das condicións laborais en relación cos seus colegas que residan no país do seu empresario afecta directamente ao exercicio do seu dereito de libre circulación dentro da Comunidade”. De aí que se conclúa que “a normativa danesa, tanto na súa versión inicial coma na súa versión modificada, constitúe unha restrición á libre circulación dos traballadores”.

8. OUTRAS CUESTIÓNS

Á marxe xa da doutrina da Corte comunitaria, detectouse algún problema máis. Por exemplo, en relación co subsidio parenteral de educación francés denégase aos traballadores fronteirizos que residen noutro Estado membro distinto de Francia. O Cal produciu que a Comisión incoara un procedemento de infracción contra a devandita República, pois a condición de residencia prevista na lexislación interna pode ser contraria ás disposicións comunitarias relativas á libre circulación de traballadores, por constituír unha discriminación indirecta por razón de nacionalidade abolida polo art. 39 do Tratado CE e polo art. 7 do Regulamento 1612/1968. Parece evidente que

⁴⁰ A xustificación que achega o Goberno danés a esta esixencia, derivada da necesidade de previr abusos, non convence ao Tribunal, que nega a posibilidade de establecer unha presunción xeral de abusos.

o subsidio parenteral de educación forma parte das condicións de traballo ao conferir aos seus beneficiarios a posibilidade de interromper a súa actividade profesional durante un período determinado co fin de ocuparse da educación dun neno. E, ademais, o subsidio económico constitúe un beneficio social a teor do art. 7.2 do referido Regulamento. En resumidas contas, a cláusula de residencia parece ter como consecuencia a exclusión dun determinado número de traballadores que traballan en Francia pero residen noutro Estado membro, como é o caso dos fronteirizos⁴¹.

En fin, outra distorsión que foi obxecto de coñecemento polos órganos comunitarios alude a certos permisos por motivos políticos –vg., por exercicio dun cargo representativo nunha Corporación Local-. Pode suceder que unha persoa exerza os seus dereitos representativos no seu Estado de residencia e que no Estado de traballo non se lle recoñezan permisos retribuídos coa mesma extensión que no de residencia, de modo que pode atoparse en posición de desvantaxe en relación cos seus colegas que están empregados no Estado onde exercen a súa actividade política⁴².

Evidentemente, ningún dos casos analizados se refire á rexión fronteiriza entre Galicia e o Norte de Portugal. Iso non implica, dende logo, que non se produzan múltiples situacións nas cales os traballadores fronteirizos resulten prexudicados, senón máis ben que ata a data arrostran estas discriminacións indirectas sen que se teñan formulado os oportunos recursos ou reclamacións xudiciais ou extraxudiciais. Que comecen a producirse será sintoma dun máis fluído e normalizado desenvolvemento do feito fronteirizo. O reto, mentres tanto, está en detectar estes impactos adversos que sofren os que traballan nun lado da fronteira e residen no outro.

Mesmo pode aludirse a algunha circunstancia prexudicial que non hai moito tempo foi eliminada con carácter xeral. Trátase das transaccións bancarias no ámbito de rexións fronteirizas, pois transferir fondos entre contas de ambos os dous lados dunha fronteira resultaba caro. Non obstante, o 1 xullo 2003 entrou en vigor o Regulamento 2560/2001, de 19 decembro 2001⁴³, relativo ás transferencias transfronteirizas en euros. De acordo con esta norma derivada, os gastos que cobra unha entidade por unha transferencia transfronteiriza en euros dun importe de doce mil cincocentos euros como máximo deberán ser iguais aos que cobra a devandita entidade por transferencias similares en euros efectuadas no Estado membro en que estea establecida. Trátase dun principio de “non discriminación tarifaria” que suprime o efecto fronteirizo⁴⁴.

41 Véxase este tema na Comunicación do Parlamento Europeo aos Estados membros de 14 febreiro 2005 en relación coa petición 527/2003, presentada por Hervé e Carine D'Hussy, de nacionalidade belga, sobre a suposta discriminación da que son vítimas os traballadores fronteirizos (CM\556350ES.doc).

42 *Ibid.*

43 DOL nº 344 de 28 decembro 2001.

44 Comunicación...en relación coa petición 527/2003..., cit.

III. AS REGRAS DE SEGURIDADE SOCIAL APLICABLES AO TRABALLADOR TRANSFRONTEIRIZO

1. CONSIDERACIÓNS XERAIS

Como xa se adiantou, a diferenza doutros ámbitos, a normativa de Seguridade Social derivada si conta cunha definición *ad hoc* de traballador fronteirizo. En concreto, o art. 1 f) do Regulamento 883/2004, de 29 abril⁴⁵ establece que “para os fins do presente Regulamento enténdese por...traballador fronteirizo toda persoa que realice unha actividade por conta allea ou propia nun Estado membro e resida noutro Estado membro ao que regrese normalmente a diario ou polo menos unha vez por semana”⁴⁶. Polo tanto, e como primeira evidencia, merece destacarse o feito de que a definición é válida tanto no ámbito do emprego por conta allea como do traballo por conta propia.

É un dato suficientemente coñecido que a normativa comunitaria derivada de Seguridade Social non persecue a harmonización dos distintos sistemas estatais, senón a coordinación entre estes⁴⁷. Esta circunstancia produce abundantes problemas, que afectan en xeral a todos os traballadores emigrantes, pero que poden incidir de modo máis particular nos transfronteirizos. Entre outras dificultades, os requisitos de acceso ás prestacións non son os mesmos nos diversos ordenamentos. Máis en termos xerais, a intensidade da protección varía substancialmente, así como a propia conformación desta, e mesmo diverxen as continxencias protexidas. Pero, máis alá destas dificultades, un problema común, que preocupa en particular no ámbito do traballo fronteirizo, é o da lei aplicable. Como se puxo de manifesto, é indispensable unha individualización clara e precisa da lexislación aplicable aos traballadores que exercen o dereito de libre circulación. Esixencia que o Regulamento resolve cunhas regras moi detalladas, as cales tenden a evitar que as persoas que exercen esta liberdade fundamental poidan atoparse de alta simultaneamente en dous ou máis réximes nacionais de Seguridade Social, ou que se atopen desprotexidos de calquera sistema. En termos xerais, a norma aplicable virá dada polo criterio do lugar de prestación de servizos (*lex loci laboris*)⁴⁸. E o mesmo sucede cos traba-

45 DOL nº 166, de 30 abril 2004. Coas precisiones que introduce o seu art. 90, derroga o anterior Regulamento 1408/1971.

46 Convén poñer de manifesto unha idea: o art. 91 do Regulamento 883/2004, de 29 abril, expresa que entra en vigor aos vinte días da súa publicación no Diario Oficial. Non obstante, engade que “será aplicable a partir da data de entrada en vigor do Regulamento de aplicación”. Ata a data, non foi substituído o Regulamento 574/1972, polo que se establecen as modalidades de aplicación do Regulamento 1408/1971. De modo que aínda é aplicable o 1408/1971, do 14 de xuño. Iso entendido, preferimos realizar as remisións ao novo Regulamento 883/2004, por máis que aínda rexe o anterior e as referencias ás modalidades aplicativas deben efectuarse ao R 474/1972.

47 Un estudo superficial, pero ilustrativo, sobre esta en SERRANO GARCÍA, J.M^a., *Trabajadores comunitarios y Seguridad Social*, ed. Altabán (Albacete, 2005).

48 Sobre estes temas, máis en detalle, LIMARDO, E., *A sicurezza sociale comunitaria tra riforme istituzionali e allargamento dell'Unione Europea*, Il Diritto del Lavoro, 2004 (xaneiro abril) pp. 104 ss.

lladores transfronteirizos: encádranse no sistema de Seguridade Social do Estado de emprego, aínda que con certas exencións de contribuír a algúns elementos do sistema cuxo sostemento coas súas cotas sería inequitativo⁴⁹. Non obstante, é necesario apuntar algunhas regras particulares.

2. PRESTACIÓNS EN ESPECIE POR ENFERMIDADE OU MATERNIDADE

As primeiras refírense ás prestacións en especie en caso de enfermidade ou de maternidade⁵⁰. De acordo co art. 17 do Regulamento 883/2004, de 29 abril, “a persoa asegurada ou os membros da súa familia que residan nun Estado membro distinto do Estado competente gozarán no Estado membro de residencia das prestacións en especie facilitadas, por conta da institución competente, pola institución do lugar de residencia, segundo as disposicións da lexislación que esta última aplique, coma se estivesen aseguradas en virtude da devandita lexislación”. É dicir, as persoas aseguradas en Estado distinto do que residan, así como os membros das súas familias, reciben a asistencia sanitaria da institución do lugar de residencia, aplicándose as normas desta, aínda que o pagamento corresponde ao Estado onde o traballador por conta propia ou por conta allea se atope asegurado. Esta regra, que despraza a atención sanitaria ao Estado de residencia, matízase no art. 18: a persoa asegurada tamén pode obter a prestación en especie do Estado de aseguramento –que seguirá sendo o pagador– mentres se atope neste, e neste caso a normativa aplicable será a deste, coma se residisen nel. Polo que respecta aos familiares, e para o caso exclusivo dos relativos a traballadores fronteirizos, tamén teñen dereito ás prestacións en especie durante a súa estancia no estado membro competente. Agora ben, este dereito dos familiares só é enteiramente válido, no caso das relacións entre o Reino de España e a República de Portugal, cando o Estado de aseguramento sexa este último, pois se é o Reino de España hai que estar ao Anexo III do Regulamento, que o inclúe entre os Estados con restrición de dereitos ás prestacións en especie para membros da

49 Neste sentido, CREMERS, J., *The free movement of workers in Europe. Outstanding problems*, 1999, na web <http://www.library.fes.de/pdf-files/netzquelle/01538.pdf>.

50 Nos últimos anos produciuse unha doutrina xudicial de sumo interese en torno á dimensión da prestación en especie de asistencia sanitaria como libre prestación de servizos. Trátase dun tema que pode afectar dun modo moi particular ás persoas traballadoras que ostenten a condición de transfronteirizas e aos seus familiares, pero que, por formularse con carácter xeral en torno á interpretación dos regulamentos comunitarios, non é cuestión de tratala aquí en detalle. Abonde referirse a pronunciamentos recentes, a partir do C-158/1996, *Kohll*, sentenza de 28 abril 1998. Entre as sentenzas máis recentes, cabe referirse á de 12 xullo 2001, asunto C-368/98, *Vanbraekel*, de 23 outubro 2003, asunto C-56/01, *Inizan*, de 12 abril 2005, asunto C-145/03, *Séller* e de 16 maio 2006, asunto C-372/04, *Watts*. Particular interese ten para o Dereito español a solución do asunto C-466/04, *Acereda Herrera*, sobre o que o avogado xeral presentou as súas conclusións o 19 xaneiro 2006, pois formula as relacións do art. 22.1 e 2 do Regulamento 1408/1971 co art. 5 do RD 63/1995, de 20 xaneiro, sobre ordenación de prestacións sanitarias do Sistema Nacional de Saúde. De acordo coas devanditas conclusións, a autorización de desprazamento para recibir asistencia sanitaria noutro Estado membro ao amparo do art. 22 do Regulamento comunitario non leva necesariamente aparellada a asunción dos gastos de desprazamento, estancia e manutención.

familia dun traballador fronteirizo. Así pois, cando o Estado de prestación de servizos sexa España, a persoa asegurada que se atope nel pode recibir asistencia sanitaria coma se residise nel, pero non así os seus familiares. Para estes rexe a regra xeral de estancia fóra do Estado membro competente: terán dereito ás prestacións en especie necesarias dende un punto de vista médico durante a súa estancia, tomando en consideración a natureza das prestacións e a duración prevista da estancia. É dicir, só os familiares dos traballadores residentes en España que estean asegurados en Portugal ostentan neste un dereito íntegro á prestación en especie de asistencia sanitaria. Pola contra, os familiares dos residentes en Portugal asegurados en España só reciben nesta asistencia sanitaria coma se fosen residentes en calquera outro Estado comunitario que requirisen a devandita asistencia con ocasión dunha estancia en España.

Así pois, a regra básica consiste en que os traballadores fronteirizos e os seus familiares reciben a prestación en especie no Estado no que residen sometidos á súa lexislación, aínda que a conta do Estado onde presten servizos. Pero tamén poden recibir a asistencia sanitaria neste último, mentres se atopen nel, e coa mesma extensión que os seus residentes. Tamén os seus familiares, salvo que se trate, no caso da fronteira entre o Reino de España e a República de Portugal, de familiares do traballador residente en Portugal que se atopan en España.

3. E EN METÁLICO POR ENFERMIDADE

En relación coa prestación en metálico derivada de enfermidade –a cal, de acordo co art. 21 do Regulamento 883/2004 abónase pola institución competente do Estado de emprego-, o art. 18 do Regulamento 574/72, de 21 marzo, polo que se establecen modalidades de aplicación do Regulamento 1408/1971⁵¹ regula certas notificacións ou certificacións médicas que achega o traballador á institución do Estado de residencia a partir dos recoñecementos médicos no Estado de emprego, sen prexuízo de que poida suceder que non se recoñecera medicamento ao traballador neste último, e neste caso, a institución competente se atopará vinculada fáctica e xuridicamente polas comprobacións realizadas pola institución do lugar de residencia, tanto en canto ao nacemento coma á duración da incapacidade temporal⁵².

Sobre o dereito ás prestacións en metálico derivadas de enfermidade pronunciouse a moi interesante sentenza *Silke Gaumain-Cerri* e outros⁵³. Nos asuntos nela axuizados fórmuláronse cuestións relativas ao concepto de prestación de enfermidade, considerán-

51 DOL de 4 maio 1972.

52 Asunto 22/86, *Rindone*, sentenza de 12 marzo 1987. Tamén o empresario atopará vinculado nos termos do art. 18 do Regulamento 574/72 (asunto C-45/1990), *Paletta*, sentenza de 3 xuño 1992.

53 Asuntos acumulados C-502/01 e C-31/02, sentenza de 8 xullo 2004. Sobre esta sentenza, MERCADER UGUINA, J.R., *Concepto y concepciones de la dependencia*, RL, nº 17-18, p. 80.

dose como tal, en interpretación ampla, unha prestación consistente na asunción, pola entidade que asegura o risco de dependencia, das cotizacións sociais correspondentes ao seguro de vellez do terceiro que presta asistencia domiciliaria a unha persoa dependente, susceptible de incluírse entre as prestacións en metálico. A partir do cal, o Tribunal recorda que o art. 19, apartados 1, letra b), e 2 do art. 19 do Regulamento 1408/1971 –actual art. 21 do Regulamento 883/2004– garante aos membros da familia dun traballador que reside no territorio dun Estado membro distinto do Estado competente o dereito a recibir deste prestacións en metálico do seguro de enfermidade. E, nestas condicións, que a entidade xestora competente se negue a asumir o pagamento das referidas cotizacións baseándose unicamente en que o terceiro que presta a asistencia de dependencia non reside tampouco no territorio do Estado da devandita entidade xestora, supón outorgar un trato diferente a persoas que se achan nunha mesma situación. No devandito contexto, e á vista do obxectivo da actividade desenvolvida por tal terceiro, o criterio da súa residencia non establece unha diferenza obxectiva de situacións que xustifique un trato distinto, senón que supón unha diferenza de trato que constitúe unha discriminación prohibida polo Dereito comunitario.

Trátase, evidentemente, dunha situación fáctica moi puntual, pero que manifesta a súa aplicabilidade a situacións doadamente imaxinables na rexión fronteiriza que é obxecto deste estudo. Imaxínese, por exemplo, o feito de que a entidade xestora española negácese a aboar o suplemento da pensión de grande invalidez pola única circunstancia de que o beneficiario non residise en territorio do Reino de España, ou que se negase a sufragar o custo de internamento nunha institución asistencial pública polo feito de pertencer ao sistema portugués de Seguridade Social. Todo iso sen prexuízo da repercusión que poida levar consigo a entrada en vigor da Lei de Dependencia⁵⁴, hoxe en día en fase de proxecto de lei. Aínda que a natureza xurídica dos servizos e prestacións de dependencia resulta unha cuestión moi escura no texto proxectado, parece que o máis conveniente consiste en considerar uns e outras como dentro da asistencia social ou dos servizos sociais internos ao sistema de Seguridade Social. Se iso é así, haberá que ter en conta a doutrina da anteriormente citada sentenza resolutoria do asunto *Silke Gaumain-Cerri*.

4. REGLAS ESPECIAIS DAS PRESTACIÓNS EN ESPECIE: EN CASO DE INCAPACIDADE PERMANENTE E XUBILACIÓN

Aínda que a regra dos arts. 17 e 18 ten a virtude de evitar problemas de accesibilidade, porque o transfronteirizo pode acudir á institución do Estado competente –non así, con carácter xeral os seus familiares, no caso de residentes en Portugal que ostenten a condición de traballadores fronteirizos que prestan servizos no Reino de España–, formuláronse os devanditos problemas de accesibilidade no caso dos recoñecementos médicos derivados das prestacións de incapacidade permanente. Porque,

⁵⁴ Publicado no Boletín Oficial do Congreso dos Deputados de 5 maio 2006.

en ocasións, acaso ás persoas afectadas lles resulte máis conveniente acudir á institución sanitaria do Estado de actividade. Este tema formulouse directamente no asunto *Voeten e Beckers*⁵⁵, referido a senllos extraballadores fronteirizos que residían en Bélxica e prestaran servizos por conta allea en Holanda, os dous beneficiarios de pensións de invalidez. De acordo co art. 51 do Regulamento 574/72, de 21 marzo, o control médico da invalidez debe desenvolverse, por requirimento da entidade debedora, polo Estado de residencia cando o interesado reside en Estado distinto do da devandita entidade debedora da prestación, sen prexuízo de que esta dispoña dun médico designado por ela que controle o estado do beneficiario. Noutras palabras, o recoñecemento da institución competente só é adicional ao básico que se realiza no Estado de residencia. Nos casos axuizados na devandita sentenza, os interesados dispoñían de centros de recoñecemento médico máis accesibles do seu lugar de residencia situados no Estado da institución debedora que no seu propio, e formulouse a posibilidade de que os devanditos controis se realizasen en tales centros. Ante tales circunstancias, o Tribunal comezou a súa argumentación recordando que o art. 51 do Regulamento 574/1972 é tamén aplicable aos traballadores fronteirizos aínda no caso de que a residencia do interesado se ache máis próxima da institución do Estado competente que a do lugar de residencia. A partir do cal, argumenta sobre os motivos que inducen ao lexislador comunitario a optar polos organismos do Estado de residencia: por un lado, evitar desprazamentos inútiles e que poidan entrañar un risco para a súa saúde. Se este fose o argumento, sería inoperante en casos como os formulados. Non obstante existen outras razóns, como a do interese do beneficiario en ser recoñecido polos servizos médicos cos que se acha máis familiarizado e que utiliza o seu mesmo idioma. Claro que, precisamente porque as circunstancias poden variar, o dereito de control médico previo no Estado de residencia é renunciabile, de modo que cabe que o beneficiario responda á convocatoria do Estado competente para o primeiro control. Pero sempre que a renuncia sexa libre e inequívoca.

Por outra parte –continúa a argumentación do asunto *Voeten e Beckers*–, o art. 40 do mesmo Regulamento 574/72 obriga á institución competente, para determinar o grao de invalidez, a tomar en conta os informes médicos reunidos pola institución de calquera outro Estado membro. Pero iso non quere dicir que o informe médico que realiza a institución debedora deba ir precedido necesariamente doutro que leve a cabo a institución do Estado de residencia. Pero, co fin de evitar a repetición de recoñecementos que se produciran noutros Estados membros, a institución competente debe tomar en consideración os documentos e informes emitidos pola institución de calquera outro Estado membro.

Así pois, en termos xerais, a prestación en especie será facilitada polo Estado de residencia do beneficiario, con independencia de cál sexa o Estado que deba cargar cos seus custos, cuestión esta que resolven, con regras prolixas, os arts. 23 e seguintes

55 Asunto C-279/97, sentenza de 10 decembro 1998.

do Regulamento 883/2004. Sen prexuízo, como se dixo, do dereito do traballador fronteirizo –e dos seus familiares, coa limitación descrita- a obter esa mesma prestación cando se atopen no Estado competente.

Pero, ademais, existen regras especiais para os traballadores fronteirizos xubilados, contidas no art. 28 do Regulamento, que se sintetizan nas seguintes afirmacións: 1. - Este colectivo conserva o dereito, en caso de enfermidade, a seguir percibindo prestacións en especie no Estado membro no que se exercera a última actividade como traballador por conta allea ou por conta propia, sempre que as mesmas poidan considerarse continuación dun tratamento iniciado no devandito Estado membro, xa se trate de “continuación” nas probas, o diagnóstico ou o tratamento. 2. - Se nos cinco anos anteriores á causación da pensión de xubilación ou de incapacidade exercesen por conta propia ou allea unha actividade como fronteirizos durante polo menos dous anos terán dereito á prestación en especie coma se estivesen en activo, eles e os membros da súa familia, sempre que a República de Portugal e o Reino de España así o decidan⁵⁶. 3. - O dereito do apartado anterior extínguese cando o interesado queda suxeito á lexislación dun Estado membro por exercer unha actividade como traballador por conta allea ou por conta propia. 4. - En todo caso, o custo das prestacións en especie descritas neste parágrafo correrá a cargo da institución competente responsable do custo das prestacións en especie facilitadas ao titular dunha pensión, ou aos seus supérstites nos seus respectivos Estados membros de residencia.

5. PRESTACIÓNS POR DESEMPREGO

E outro ámbito que conta con regras especiais que se aplican especificamente aos traballadores fronteirizos é a da prestación por desemprego. En canto ás prestacións de enfermidade, maternidade, paternidade e asimiladas rexen as regras antes enunciadas para as prestacións en especie –art.17 e concordantes- e para as prestacións en metálico –art. 21-. Pero, xa en referencia específica á prestación de desemprego, hai que estar ás complexas regras do art. 65 do Regulamento 883/2004, referido ás persoas desempregadas que residen nun Estado membro distinto do Estado competente. Os seus mandatos poden resumirse a partir das seguintes ideas: en caso de desemprego parcial ou intermitente, o traballador seguirá ligado ao Estado de emprego. Polo tanto, deberá poñerse a disposición do seu empresario ou dos seus servizos de emprego e recibirá prestacións en iguais condicións que se residise no Estado de emprego. Pola contra, se o desemprego é total, e durante a prestación de servizos residía en Estado distinto daquel onde traballou, ou volveu a el ao finalizar a súa relación laboral, someterase aos servizos de emprego do Estado de residencia, sen

⁵⁶ Ambos os dous están incluídos no Anexo V do Regulamento, que habilita a devandita posibilidade, sempre condicionada a que opten por tal posibilidade. Á vista do art. 28.3 sería discutible que puidesen ter este dereito os familiares dos exfronteirizos residentes en Portugal, pola remisión que fai o art. 18.2. Non obstante, unha interpretación sistemática dos preceptos parece sustentar máis unha resposta afirmativa.

prexuízo de que, como medida complementaria, poida poñerse tamén a disposición dos do Estado da última actividade profesional. Pola contra, e a salvo dos traballadores fronteirizos, os que non regresan ao seu Estado de residencia tras a perda do seu emprego porán a disposición dos servizos de emprego do Estado membro á lexislación do cal estiveran sometidos en último lugar –isto, é, a do lugar de emprego-. En canto á prestación económica, se durante o seu emprego residían en Estado distinto do Estado membro competente ou volveron a el ao extinguirse o seu contrato, percibirana conforme á lexislación do Estado de residencia coma se estivesen sometidos a el durante o seu último período de actividade. Ademais, as prestacións serán outorgadas pola institución do lugar de residencia. Agora ben, a este respecto só se aplica a regra en toda a súa extensión no caso dos traballadores fronteirizos, pois os que non ostenten a devandita condición, recibirán, en primeiro lugar, as prestacións de acordo coa lexislación do Estado no que prestaran servizos exportadas durante un período de tres meses de acordo coas regras do art. 64 –que a continuación se analizan- suspendéndoselles mentres tanto a percepción de prestacións conforme á lexislación do Estado de residencia. As prestacións, ademais, correrán a conta da institución do Estado que fainas efectivas, sen prexuízo de que a do Estado a cuxa lexislación estiveran os interesados sometidos en último lugar deba reembolsar á do lugar de residencia o importe total das prestacións facilitadas por aquela durante os tres primeiros meses, ou os cinco, cando o desempregado complete polo menos doce meses de emprego ao longo dos vinte e catro meses anteriores no Estado a cuxa lexislación estivera sometido en último lugar.

Así pois, o traballador fronteirizo cobra a prestación de desemprego da institución correspondente ao Estado de residencia, e a custa desta⁵⁷, sen prexuízo do dereito desta a resarcirse de tres –ou cinco meses- a conta da institución do Estado do último emprego. Polo demais, a súa obriga é poñerse a disposición dos servizos de emprego do Estado de residencia, sen prexuízo de que poida adicional e facultativa someterse tamén aos servizos do Estado do último traballo. A regra do Regulamento explícase por razóns prácticas e de funcionamento, que poñen de manifesto que unha conexión como a establecida resulta máis axeitada e conforme co interese dos traballadores fronteirizos⁵⁸. Y, ademais, exclúe a aplicabilidade da lexislación do Estado de emprego, de modo tal que o desempregado unicamente pode solicitar a correspondente prestación no de residencia⁵⁹. En realidade, a regra do art. 65.2 e concordantes do Regulamento, aplicable aos fronteirizos, constitúe unha ficción xurídica conforme á cal debe considerarse que os mesmos permaneceran sometidos á lexislación do Estado de residencia mentres ocupaban o seu último emprego.

57 Insistindo nesta regra, asunto 67/79, *Fellinger*, sentenza de 28 febreiro 1980.

58 Véxase esta explicación, entre outras, en sentenza de 29 xuño 1988, Asunto 58/87, *Rebmann*, e de 8 xullo 1992, asunto C-102/91, *Knoch*.

59 Asunto 1/1985, *Miethe*, sentenza de 12 xuño 1986.

É máis, a doutrina xudicial puxo de manifesto que o período de percepción por parte do traballador fronteirizo da prestación por desemprego por conta da institución do seu Estado de residencia ten que terse en conta por esta tamén aos efectos das prestacións de vellez, “coma se o devandito traballador estivese suxeito á lexislación que aplica a referida institución durante o seu último emprego”⁶⁰.

Agora ben, podería suceder que o traballador fronteirizo durante a situación de desemprego cambiase a súa residencia ao Estado o último emprego, e neste caso volvería a ser responsable do pagamento da prestación, pois a condición de fronteirizo do beneficiario non extinguiña a súa obriga, senón que simplemente a suspendera⁶¹.

Máis alá destes problemas, o art. 64 refírese á posibilidade de que o perceptor da prestación poida desprazarse a outro Estado membro e conservar a súa prestación durante un período máximo de tres meses, cos requisitos e trámites que neste se establecen. No devandito precepto non se fai referencia expresa aos fronteirizos, nin para aplicarllles o seu réxime nin para excluílos. Silencio que provocou certas dúbidas, pois neles lle concita a especial situación de que a entidade pagadora da prestación non é a dependente do Estado do lugar da última ocupación, senón a de residencia do desempregado, de modo que se suxeriu que acaso fose excesivamente oneroso esixirle á entidade pagadora o sometemento ao devandito precepto. Ante as reticencias do Reino dos Países Baixos a aboar a prestación aos fronteirizos residentes que presertaran servizos noutro Estado membro e que se desprazaban fóra de Holanda para buscar emprego, a Comisión iniciou procedemento por incumprimento do Estado que culminou en sentenza de 6 novembro 2003⁶².

O Tribunal recorda que, dado que o Estado de residencia é o competente para o abono da prestación, consecuentemente é o único que se acha en condicións de garantir unha posible conservación desta cando o beneficiario se despraza a outro Estado membro para buscar o el un emprego. Dende este punto de vista, nada permite considerar que o art. 64 do Regulamento 883/2004 non se aplica aos traballadores fronteirizos, pois o obxectivo da norma derivada comunitaria consiste para estes efectos en asimilar o réxime de prestacións por desemprego destes traballadores ao dos que desenvolveran o seu último emprego no Estado de residencia⁶³. Máxime se se recorda que o precepto controvertido ten como particular obxectivo facilitar a mobilidade dos demandantes de emprego e contribuír á garantía da libre circulación de traballadores.

60 Asunto C-101/04, *Noteboom*, sentenza de 20 xaneiro 2005.

61 Asunto 145/84, *Cochet*, sentenza de 7 marzo 1985.

62 Asunto C-311/01, *Comisión contra Reino dos Países Baixos*.

63 Neste sentido, asunto C-201/91, *Grisvard e Kreitz*, sentenza de 1 outubro 1992.

Polo tanto, unha interpretación que tivese como consecuencia excluír do dereito do referido art. 64 a este colectivo de traballadores en paro total situaríalles nunha situación desfavorable en relación coa xeneralidade dos desempregados. Ademais, impediríaselles desprazarse a outro Estado membro para procurar nova ocupación, ao non poder dispoñer en tal caso da prestación derivada de paro forzoso. En suma, penalizárielles por exercer o dereito de libre circulación. Así pois, o Estado de residencia segue sendo o responsable do abono da prestación do fronteirizo desprazado a un terceiro Estado para procurar emprego.

Suscitáronse importantes dúbidas en torno á diferenza entre desemprego total ou parcial. En canto aos traballadores fronteirizos, xa se puxo de manifesto que, en caso de desemprego parcial ou intermitente, seguen ligados ao Estado de emprego, e só cando é total acóllense ao de residencia. Pero a apreciación de qué desemprego trátase non pode deixarse ao azar dos criterios de Dereito interno⁶⁴. En consecuencia, a Comisión Administrativa das Comunidades Europeas para a Seguridade Social dos traballadores emigrantes ditou a Decisión nº 205, de 17 outubro 2005⁶⁵, “relativa ao alcance de concepto desemprego parcial respecto aos traballadores fronteirizos”. Con ela trátase de adoptar “criterios uniformes e equilibrados”, á vista das diferenzas constatadas entre as prácticas das institucións internas de Seguridade Social. En síntese, a Decisión establece que a natureza do desemprego –total ou parcial– “dependerá da existencia ou do mantemento do vínculo contractual laboral entre as partes, e non da duración dunha suspensión temporal da actividade do traballador”⁶⁶.

Convén destacar, porque así resaltouno o Tribunal de Xustiza das Comunidades, que no ámbito do desemprego, o titular do dereito é o traballador nacional dun Estado no que rexe o Regulamento Comunitario. Por máis que a tendencia actual se dirixe a eliminar a diferenza entre dereitos orixinais –correspondentes á persoa que exerce o dereito de libre circulación de traballadores– e dereitos derivados –os membros da súa familia–, pois tal distinción compromete con carácter xeral a vixencia práctica do propio principio, os membros da súa familia quedan excluídos do Regulamento cando se trate de disposicións concretas que se aplican só aos traballadores, como é

64 Neste sentido, asunto C-448/1998, *R.J. de Laet*, sentenza de 15 marzo 2001.

65 Diario Oficial da Unión Europea de 18 maio 2006.

66 Continúa a Decisión concretando esta regra como segue: “se un traballador fronteirizo continúa empregado por unha empresa nun Estado membro distinto daquel no territorio da cal reside, pero a súa actividade está suspendida polo que pode reincorporarse en calquera momento ao seu posto de traballo, considerarase que o devandito traballador atópase en desemprego parcial, e as prestacións correspondentes serán recoñecidas pola institución competente do Estado membro de emprego...Se un traballador fronteirizo, que carece de calquera vínculo contractual laboral, xa non ten ningún vínculo co Estado membro de emprego (por exemplo por resolverse o contrato ou por extinguirse a relación contractual laboral) considerarase que se atopa en desemprego total..., e as prestacións serán recoñecidas pola institución do lugar de residencia e ao seu cargo”.

o caso paradigmático do desemprego. Así o recoñeceu explicitamente a doutrina do Tribunal⁶⁷, concluíndo que non ostenta o dereito a percibir prestacións de desemprego do Estado de residencia unha traballadora extracomunitaria que traballara como fronteiriza en territorio doutro Estado membro.

6. PRESTACIÓNS FAMILIARES: REGRA ANTICÚMULO

E tamén poden suscitarse interesantes problemas de lei aplicable, no caso de que os traballadores por conta propia ou allea residan nun Estado diferente do de prestación de servizos, en relación coas prestacións familiares. Porque pode suceder que, de acordo coa lexislación do Estado de emprego e do de residencia, en ambas as dúas teña dereito ás devanditas prestacións, de modo que deben aplicarse as regras relativas á prohibición de acumular prestacións nestes casos (regras anticúmulo). Ao respecto, expresou a doutrina xudicial comunitaria que “cando a lexislación do Estado membro de emprego e a do Estado membro de residencia dun traballador por conta allea lle recoñecen cada unha, polo mesmo membro da súa familia e para o mesmo período, dereitos a prestacións familiares, o Estado membro competente para aboar as referidas prestacións é, en principio, o Estado membro de emprego”⁶⁸.

* * *

En suma, pois, as regras de Seguridade Social aplicables aos traballadores fronteirizos, aderezadas por unha moi elaborada doutrina xudicial do Tribunal de Xustiza, resultan dunha notable complexidade. Non obstante, parten do principio de que non poden resultar prexudicados nas prestacións que perciben do Estado competente polo feito de residir en territorio doutro Estado membro. E de que hai certas prestacións que, polas súas específicas connotacións, sérveas o Estado de residencia en lugar do Estado de emprego, xa sexa con posterior reembolso ou sen el. As que dispensa o Estado de residencia son, basicamente, a prestación en especie de enfermidade e a prestación por paro forzoso total derivado da perda dun emprego.

7. REFERENCIA A TRABALLADORES NON FRONTEIRIZOS QUE CESARAN NA SÚA ACTIVIDADE NUN ESTADO E RESIDAN NOUTRO

E algúns problemas concretos suscítanse coas persoas que residen nun Estado distinto daquel no que prestaron servizos por conta propia ou por conta allea despois

67 Asunto C-189/00, *Ruhr*, sentenza de 25 outubro 2001.

68 Asunto C-543/03, *Dodl e Oberhollenzer*, sentenza de 7 xuño 2005. Aínda que contén unha ulterior precisión: “sen embargo, cando quen ten a custodia dos fillos, en particular, o cónxuxe ou a parella do devandito traballador, exerce a súa actividade profesional no Estado membro de residencia, é este o que debe aboar as prestacións familiares...calquera que sexa o beneficiario directo de tales prestacións designado pola lexislación do devandito Estado. Neste suposto, o abono das prestacións familiares polo Estado membro de emprego suspéndese ata a contía do importe das prestacións familiares que sinala a lexislación do Estado membro de residencia”.

de cesar nestes. Como regra de principio, o Regulamento establece que se lle aplique a lexislación do Estado de residencia a toda persoa á que non lle sexa aplicable outra regra, pola súa condición de traballador por conta propia ou allea, de funcionario, de perceptor dunha prestación por desemprego ou de persoa que realiza un servizo militar ou un servizo civil. Agora ben, esta regra non rexe automaticamente cando se cesa na prestación de servizos, senón só cando se cesa na afiliación obrigatoria á lexislación que rexía os devanditos servizos. Como manifestou o Tribunal de Xustiza das Comunidades, "...a devandita disposición só prevé a aplicación da lexislación do Estado membro no territorio do cal resida a persoa de que se trate cando non sexa aplicable ningunha outra lexislación e, en particular, cando lle deixe de ser aplicable aquela á que a persoa afectada estivera sometida con anterioridade"⁶⁹. Sen que iso aconteza necesariamente, dende logo, cos titulares das pensións ou das prestacións de Seguridade Social aboadas no Reino de España ou na República de Portugal.

Sendo iso así, o Tribunal declarou que é contrario ao dereito de libre circulación que unha persoa só manteña integramente a súa afiliación obrigatoria á Seguridade Social dun determinado Estado no territorio da cal prestara servizos a condición de que resida nel, sucedendo que mantén a súa afiliación obrigatoria a determinadas ramas da Seguridade Social⁷⁰.

Polo tanto, o Tribunal das Comunidades non prexulga que a lexislación de Seguridade Social dun Estado membro se teña que seguir aplicando a quen cesou na prestación de servizos por conta propia ou por conta allea. De modo que, se deixa de aplicárselle, aplicaráselle a do Estado de residencia. Pero tampouco cabe inferir que se lle aplique necesariamente esta última, porque, de acordo coa normativa interna daquel, pode serlle aplicable despois de cesar na prestación de servizos.

Pero debe facerse notar que a doutrina do Tribunal optou para estes efectos por unha noción ampla de traballador por conta propia ou allea: toda persoa que estea asegurada, aínda que só sexa contra unha continxencia, en virtude dun seguro obrigatorio ou facultativo no marco dun réxime xeral ou particular de Seguridade Social⁷¹.

69 Asunto C-347/98, *Comisión contra Bélxica*, sentenza de 3 maio 2001

70 Asunto C-227/03, *Van Pommeren-Bourgoniën*, sentenza de 7 xullo 2005.

71 Véxase esta definición no asunto C-543/03, *Dodl e Oberhollenzer*, sentenza de 7 xuño 2005, relativa a senllas traballadoras austríacas que prestaban servizos en Austria pero que residían en Alemaña, e cuxa condición de traballadoras por conta allea fora posta en entredito pola circunstancia de que gozaban dunha suspensión do contrato por maternidade. A mesma doutrina no asunto C-302/02, *Nils Laurin Effing* sentenza de 20 xaneiro 2005, referida a unha persoa que cumpría pena privativa de liberdade nun Estado diferente daquel no que desempeñara a súa última actividade profesional.

IV. A TRIBUTACIÓN NO ÁMBITO FRONTEIRIZO

1. CONSIDERACIÓN É XERAIS

Non existe unha competencia comunitaria precisa sobre evitación da dobre imposición, máis alá da xenérica chamada do art. 94 do Tratado de Roma⁷² a que “o Consello aprobará por unanimidade, a proposta da Comisión e logo da consulta ao Parlamento Europeo e ao Comité Económico e Social, directivas para a aproximación das disposicións legais, regulamentarias e administrativas dos Estados membros que incidan directamente no establecemento ou funcionamento do mercado común”. Ben é certo que o propio Tratado insta aos Estados membros a que entaboen negociacións para evitar a dobre imposición dentro da Comunidade, e neste ámbito se centraron os esforzos. E, neste preciso contexto, a diferenza de canto sucede no da Seguridade Social, non existe definición específica de traballador fronteirizo. Ademais, lamentablemente, é moi difícil avanzar en termos de harmonización no ámbito da fiscalidade directa, porque calquera decisión vinculante a escala comunitaria ten que ser adoptada polo Consello mediante a regra da unanimidade.

Como reflexión xeral, a Comisión puxo de manifesto que a tributación dos fronteirizos no Estado de residencia pode crear desigualdades importantes dentro dunha empresa. Pero a tributación no Estado de traballo pode causarlle importantes dificultades: se esta fose a opción, o contribuínte pode estar obrigado a presentar dúas declaracións fiscais e corre o risco de quedar excluído de beneficios tales como deducións familiares⁷³.

Os criterios que se establecen en relación coa tributación dos fronteirizos varían de convenio a convenio⁷⁴, aínda que existe certa uniformidade no seguimento dos criterios xerais enunciados polos modelos de convenio relativos á renda e ao patrimonio elaborados pola Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económico (OCDE), de acordo cos cales, para o caso de que unha persoa resida nun Estado e traballe noutro, a tributación corresponde ao lugar de traballo⁷⁵. Non obstante, no particular caso do traballador fronteirizo, os convenios tenden a atribuír o dereito a recadar impostos ao Estado de residencia. Pola contra, se a zona de residencia ou o de traballo se atopan máis alá da rexión fronteiriza, a regra invértese pola xeral de tributación no Estado de prestación de servizos. Neste último caso, o contribuínte atópase ante a situación de que o empresario retén por conta do Estado

72 DOC 24 decembro 2002.

73 Comunicación do Parlamento Europeo aos Estados membros de 14 febreiro 2005 en relación coa petición 527/2003..., cit.

74 Unha síntese dos principais convenios de dobre imposición no marco da Comunidade, no anexo 2 do documento *Los trabajadores fronterizos en la Unión Europea...*, cit.

75 *Ibid.*, en especial en nota 7.

de emprego o importe correspondente á súa propia lexislación nacional. Pero pode suceder que ostente, el ou a súa unidade familiar, outras rendas no Estado de residencia, e neste caso este se reservase o dereito de ter en conta o importe das remuneracións transnacionais para o cálculo do tipo aplicable ao imposto. E, por suposto, en calquera caso toma en consideración a tributación derramada nun Estado para evitar unha dobre imposición polo mesmo feito imponible. Polo demais, as regras dos convenios bilaterais restrínxense habitualmente ao sector privado, con exclusión dos servidores públicos.

En liñas xerais, non existen regras que garantan ao traballador fronteirizo o dereito ao sistema impositivo máis favorable dos implicados, entre o Estado de residencia e o de prestación de servizos⁷⁶. En termos xerais, inclúense no concepto amplo de traballadores non residentes, para os cales, de acordo con consolidada doutrina da Corte de Luxemburgo, non pode considerarse discriminatorio un tratamento fiscal diferente en relación cos residentes. Iso non obstante, se a súa situación é similar á dun residente –por exemplo, porque todas ou case todas as súas rendas se obteñen no Estado de prestación de servizos–, non pode soportar un tratamento tributario menos favorable no devandito Estado que os residentes neste. Para tal efecto, debe terse en conta a Recomendación da Comisión nº 94/079/CE, de 21 decembro 1993, de acordo coa cal as persoas non residentes deben beneficiarse do mesmo réxime fiscal que as residentes se obteñen no Estado de que se trate o 75 por 100 ou máis do total dos seus ingresos. Aínda que en tales casos o Estado de residencia pode suprimir beneficios fiscais que impliquen unha duplicidade en relación coa gozados no Estado no que xera a maioría dos seus ingresos⁷⁷.

2. O CONVENIO DE MADRID DE 26 OUTUBRO 1993

No concreto caso das relacións entre o Reino de España e a República do Portugal rexe o convenio “para evitar a dobre imposición e previr a evasión fiscal en materia de impostos sobre a renda”, asinado en Madrid o 26 outubro 1993⁷⁸. O seu art. 15 refírese á tributación dos servizos persoais dependentes. Parte do principio de que os soldos, salarios e remuneracións similares obtidos por razón do seu emprego por un traballador residente tributan no seu Estado de residencia, salvo que preste servizos no outro Estado contratante. Neste caso, as remuneracións percibidas

76 Asunto C-336/96, *Gilly*, sentenza de 12 maio 1998. Esta sentenza, referida ao convenio asinado entre a República de Francia e a República Federal de Alemaña asinado en París o 21 xullo 1959 e modificado en Bonn o 9 xuño 1969 e o 28 setembro 1989, revela as grandes similitudes entre este convenio e o hispano-portugués que se pasa a describir.

77 Os criterios desta Recomendación foron acollidos pola propia doutrina do Tribunal de Luxemburgo a partir do asunto C-279/93, *Schumacker*, sentenza de 14 febreiro 1995, e confirmados no asunto C-391/97, *Gschwind* sentenza de 14 setembro 1999 e no asunto C-87/99, *Zurstrassen* sentenza de 16 maio 1999.

78 BOE de 7 novembro 1995.

polo traballo por conta allea poden someterse a imposición no Estado de emprego. Aínda que esta posibilidade non existirá, senón que necesariamente se tributará no Estado de residencia, nas tres seguintes circunstancias: 1) se a persoa perceptora de rendas non permanece en total no Estado distinto do de residencia, nun ou varios períodos, durante máis de cento oitenta e tres días en calquera período de doce meses que comece ou finalice no período impositivo considerado. 2) Se as remuneracións se pagan por ou en nome dunha persoa empregadora que non reside no Estado de emprego. 3) Se as remuneracións non se soportan por un establecemento permanente ou unha base fixa que a persoa empregadora teña no Estado de prestación de servizos.

Ademais, existe unha regra especial para as remuneracións obtidas en virtude dun traballo desenvolvido a bordo dun buque ou aeronave explotados en tráfico internacional, ou a bordo dunha embarcación dedicada á navegación interior: nestes casos as rendas obtidas poden someterse a imposición no Estado contratante no que estea situada a sede da dirección efectiva da empresa.

E, polo que respecta especificamente aos traballadores fronteirizos, o art. 15.4 circunscribe a este concepto aos que teñan a súa vivenda habitual no Estado contratante distinto do de emprego, e volven a aquel normalmente cada día. En tal caso, as rendas de traballo hanse de someter necesariamente a imposición no Estado de residencia.

En canto ás rendas por servizos profesionais independentes –que comprenden “as actividades independentes de carácter científico, literario, artístico, educativo pedagóxico, así como as actividades independentes de médicos, avogados, enxeñeiros, arquitectos, odontólogos e contables”- só poden someterse a tributación no Estado onde se xeran por parte dun profesional que resida no outro cando conte cunha base fixa no Estado contratante onde realiza as actividades xeradoras daquelas. En tal caso, o sometemento ao Estado distinto do de residencia no que conta coa devandita base só pode producirse na medida en que os ingresos sexan imputables a esta –art. 14-.

Adicionalmente, o convenio bilateral alude a colectivos específicos de persoas que prestan os seus servizos por conta allea: conselleiros societarios, artistas e deportistas e empregados públicos, ademais de aos pensionistas. En canto ás participacións, axudas de custo de asistencia e retribucións similares dos conselleiros –art. 16-, se o perceptor reside en Estado distinto do de residencia da sociedade, pode someter as devanditas percepcións a imposición no Estado da sociedade, sempre que as mesmas se fixen e paguen pola sociedade pola súa participación nas actividades do consello de administración ou de vixilancia. Outras rendas por servizos prestados ás devanditas entidades réxense polas regras descritas do art. 15.

Polo que respecta ás rendas obtidas por unha persoa en calidade de artista do espectáculo, actor de teatro, cinema, radio ou televisión, ou músico, ou deportista, xa se realicen por conta propia ou allea, poden someterse a tributación no Estado onde se xeran. E a regra tamén afecta ao caso no que as rendas se atribúen a persoa distinta do artista ou deportista. Pero esta regra non é aplicable ao caso de que as actividades se financien principalmente mediante fondos públicos doutro Estado contratante ou dunha das súas subdivisións políticas ou administrativas ou entidades locais, e neste caso as rendas se sométense á imposición neste Estado⁷⁹.

E, en referencia ás remuneracións pagadas por un dos dous Estados contratantes ou por calquera das súas subdivisións políticas ou administrativas, ou entidades locais a unha persoa física por razón dos servizos prestados, a regra do art. 19 consiste en admitir exclusivamente a imposición no Estado beneficiario da prestación de servizos. Aínda que coa pequena excepción de que a imposición se efectúa no Estado de residencia se nel o perceptor presta os seus servizos e posúe a súa nacionalidade ou non adquiriu a condición de residente soamente para poder prestar servizos ao outro Estado. En consecuencia, tamén os fronteirizos, se prestan servizos no sector público, están por regra xeral sometidos a tributación no Estado de prestación de servizos⁸⁰.

Unha regra concreta contense, no art. 18, para as pensións, que, en xeral, así como as remuneracións análogas pagadas a un residente dun dos Estados contratantes por razón dun emprego anterior, só poden someterse a imposición no Estado de residencia. Pero a regra contraria –art. 19.2– rexe para o caso das pensións pagadas a unha persoa por un Estado contratante ou unha das súas subdivisións políticas ou administrativas por razón dos servizos públicos prestados a este, salvo se o residente no outro Estado é nacional deste, e neste caso se aplica a regra de tributación ao Estado de residencia.

Adicionalmente, debe terse en conta o art. 23 do Convenio bilateral, que se dedica á regulación dos métodos para evitar a dobre imposición, baseados na posibilidade de que os residentes nun Estado que obteñan rendas no outro poidan deducir o imposto pagado no outro Estado contratante.

79 Outro colectivo destinatario dunha regra especial –art. 20– é o dos profesores: se son ou foron inmediatamente antes residentes dun Estado contratante e perciben remuneracións polo ensino nunha universidade, colexio, escola ou outro establecemento de ensino do outro Estado contratante, por un período de residencia temporal que non exceda de dous anos, están exentos neste polas devanditas remuneracións, sempre que os establecementos educativos pertencen ao Estado ou a unha entidade sen ánimo de lucro.

80 No asunto *Gilly*, cit., o Tribunal declara que non se opón ao Tratado de Roma “un réxime tributario diferente, por unha parte, para os traballadores fronteirizos segundo que traballen no sector privado ou no sector público, segundo que teñan ou non a nacionalidade do Estado ao que pertence a Administración na que prestan servizos”.

V. REGLAS SOBRE LEI APLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDADE SOCIAL A OUTROS COLECTIVOS DE TRABALLADORES

Xa á marxe da referencia concreta aos traballadores fronteirizos, convén destacar as normas do Regulamento 883/2004, de 29 abril, relativas a dous colectivos concretos: dunha parte, as persoas asalariadas ou por conta propia que se despracen a outro Estado membro, enviadas pola súa empresa no primeiro caso e pola súa propia iniciativa no segundo. Doutra, o caso das persoas que exercen a súa actividade, por conta propia, por conta allea ou como funcionarias, simultaneamente en dous ou máis estados membros. Ás primeiras refírese ao art. 12 e ás segundas ao art. 13 do Regulamento.

Ambos os dous supostos abordan variacións sobre a regra xeral conforme á cal as persoas que se rexen polo Regulamento se someten á lexislación de Seguridade Social dun único Estado membro, que se identifica con aquel no cal desenvolven a súa actividade por conta propia ou allea, como expresa o art. 11.3 a) do Regulamento⁸¹. Dito sexa de paso, convén, polas cuestións que máis adiante se van comentar en torno á lei aplicable, reproducir a seguinte regra do art. 11.4, relativa ao traballo no mar: “aos efectos do presente título, unha actividade por conta allea ou propia exercida normalmente a bordo dun buque no mar que enarbore pavillón dun Estado membro considerarase unha actividade exercida no devandito Estado membro. Non obstante, a persoa que exerza unha actividade por conta allea a bordo dun buque que enarbore pavillón dun Estado membro e que sexa remunerado por esta actividade por unha empresa ou unha persoa que teña a súa sede ou o seu domicilio noutro Estado membro estará suxeita á lexislación deste último Estado membro se reside no devandito Estado. A empresa ou persoa que aboe a remuneración será considerada como empresario para os efectos da devandita lexislación”.

81 As letras b) a e) do Regulamento matizan algúns casos concretos, nuns termos que convén reproducir: “b) todo funcionario estará suxeito á lexislación do Estado membro do que dependa a Administración que o ocupa; c) a persoa que reciba unha prestación de desemprego de conformidade co artigo 65 en virtude da lexislación do Estado membro de residencia estará suxeita á lexislación do devandito Estado membro; d) a persoa chamada ou volta a chamar ao servizo militar ou ao servizo civil dun Estado membro está suxeita á lexislación dese Estado membro; e) calquera outra persoa á que non lle sexan aplicables as disposicións das letras a) a d) estará suxeita á lexislación do Estado membro de residencia, sen prexuízo doutras disposicións contidas no presente Regulamento que lle garantan prestacións en virtude da lexislación dun ou varios dos demais Estados membros”. Un caso no que resultou aplicable esta remisión subsidiaria ao Estado de residencia, no asunto *Nils Laurin Effing*: ao suxeito causante de certas prestacións familiares deixou de serlle aplicable a lexislación austríaca porque se trasladou a Alemaña para cumprir nun centro deste Estado a parte dunha condena privativa de liberdade que lle restaba por cumprir, tras unha primeira fase de encarceramento en Austria. Co traslado, deixou de rexerse pola lei austríaca e pasou a ampararse pola alemá. De modo que ao Tribunal de Xustiza lle pareceu plenamente lexítimo que a institución austríaca denegase a prestación familiar, pois o dereito a ela dun fillo do causante debía rexerse pola norma alemá.

Así pois, no ámbito do traballo no mar, e cando o buque enarbore o pavillón dun Estado comunitario, esa será a lei aplicable, agás que o traballador resida noutro que coincida co da sede ou domicilio da entidade ou persoa que retribúa os seus servizos, e neste caso se aplicará a devandita lexislación.

En canto ao desprazamento de traballadores por conta propia e por conta allea, a el refírese o art. 12 do Regulamento. De conformidade co seu apartado primeiro, “a persoa que exerza unha actividade asalariada nun Estado membro por conta dun empregador que exerce normalmente nel as súas actividades e á que este empregador envíe para realizar un traballo pola súa conta noutro Estado membro seguirá suxeita á lexislación do primeiro Estado membro, a condición de que a duración previsible do devandito traballo non exceda de vinte e catro meses e de que a devandita persoa non sexa enviada en substitución doutra persoa”. Pola súa banda, o apartado segundo dispón que “a persoa que exerza normalmente unha actividade por conta propia nun Estado membro seguirá suxeita á lexislación do primeiro Estado membro, a condición de que a duración previsible desa actividade non exceda de vinte e catro meses”.

Trátase dunha referencia sumamente interesante, pois establece, como regra xeral, que se mantén a aplicación da lexislación do Estado de desenvolvemento normal de actividades sempre que a duración previsible do traslado non exceda de vinte e catro mensuralidades, salvo, para o caso dos asalariados, que se trate da substitución doutra persoa. Esta regra, que simplifica a anterior do Regulamento 1408/71⁸², contén dous trazos sumamente interesantes se se contrastan coas dúbidas que *infra* abordanse en relación co Convenio de Roma e a lei aplicable ao contrato de traballo: por unha parte, a determinación cuantitativa de qué se entende por “temporalidade”, fixándose o límite nas referidas vinte e catro mensuralidades. Doutro, que o devandito lapso temporal se determina en función da “duración previsible” do desprazamento a outro Estado. É dicir, mediante unha aproximación á intención das partes como criterio *ex ante* e non mediante unha comprobación *a posteriori* do período de real desenvolvemento de actividades noutro Estado distinto do habitual.

O outro suposto que se pasa a comentar, -exercicio de actividades en dous ou máis Estados membros- conta cunha regulación algo máis complexa, ante a maior variedade de hipótese. A primeira refírese ao desenvolvemento dunha actividade por conta allea en ditos dous ou máis Estados. En tal caso, aplicarase a lexislación do Estado membro de residencia, se o interesado exerce unha parte substancial da súa actividade neste ou se depende de varias empresas que teñan a súa sede ou o seu

82 Que limitaba o período de desprazamento a doce meses, aínda que ampliable, con certas condicións, por outros doce. Sobre esta regra, RECIO LAZA, A. M^a, *op. cit.*, pp. 92-3, destacando, entre outros aspectos, certa doutrina do Tribunal das Comunidades que estende a aplicación deste suposto aos traballadores postos a disposición de empresas usuarias por parte de empresas de traballo temporal.

domicilio en diferentes Estados membros. Ou a lexislación do Estado membro no que a empresa ou o empresario que o ocupan principalmente teñan a súa sede ou domicilio, cando o traballador non exerza unha parte substancial das súas actividades no Estado membro de residencia.

A segunda alude á persoa que exerza unha actividade por conta propia en dous ou máis Estados membros. Rexerase pola lexislación do Estado de residencia, se exerce unha parte substancial da súa actividade neste, ou pola lexislación do Estado membro no que se atopa o centro de interese das súas actividades, se non reside nun dos Estados membros nos que exerce unha parte substancial da súa actividade.

A terceira situación prevista é a dunha persoa que, en diferentes Estados membros, exerce unha actividade por conta propia e outra actividade por conta allea: estará suxeita á lexislación do Estado no que desenvolva a súa actividade por conta allea e, se exerce esta en dous ou máis Estados membros, hai que estar ás regras previstas para o exercicio de actividade só por conta allea en dous ou máis Estados membros. É dicir, dáse prioridade para fixar a lei aplicable á actividade desempeñada por conta allea.

E a cuarta hipótese céntrase nos funcionarios, empregados como tales nun Estado membro, pero que ademais desenvolvan unha actividade por conta allea e/ou por conta propia en outro ou outros Estados membros. En tal caso, prevalece a condición de funcionario, de modo que se ampara na lei do Estado membro á que estea suxeita a Administración que o emprega.

E, como colofón a todas estas situacións, o apartado 5 do art. 13 reitera a regra xeral xa coñecida: “as persoas a que se refiren os apartados 1 a 4 serán tratadas, para os efectos da lexislación determinada de conformidade con estas disposicións, coma se exercesen a totalidade das súas actividades por conta allea ou propia e percibisen a totalidade dos seus ingresos no Estado membro de que se trate”.

A doutrina do Tribunal das Comunidades tivo oportunidade de terciar sobre estas situacións⁸³. Insistiu na aplicabilidade a estes supostos da lexislación dun único Estado membro que, no caso dos traballadores por conta propia é, como se dixo, a daquel no que fixara a súa residencia, se exerce nel unha parte da súa actividade⁸⁴. Pero, sendo iso así, debe estarse á ficción de que realizou toda a súa actividade no territorio do Estado designado. Polo tanto, para calcular as cotizacións sociais, vg., habería que ter en conta toda a súa actividade e todos os ingresos, por suposto tamén

83 Algunha referencia de doutrina anterior á que aquí se comenta, en RECIO LAZA, A.M^a, *op. cit.*, pp. 94 ss.

84 Asunto C-242/99, *Vogler*, auto de 20 outubro 2000.

os xerados no Estado a lexislación do cal non se aplica⁸⁵. Como declarou o Tribunal das Comunidades, en materia de Seguridade Social o principio da unicidade da lexislación aplicable ten por finalidade evitar as complicacións que poden resultar da aplicación simultánea de varias lexislacións nacionais ...[de modo que] a suxeición do traballador á lexislación do Estado no que reside, no caso de exercicio dunha ou máis actividades por conta propia no territorio dun ou varios Estados membros, non é en modo ningún irrazoable”⁸⁶.

85 Véxase esta conclusión no asunto C-249/04, *Allard*, sentenza de 26 maio 2005: “...ao aplicar unha soa lexislación social á totalidade dos ingresos dos traballadores que exercen unha actividade profesional por conta propia en varios Estados membros, o Regulamento 1408/71 persegue un obxectivo xeral consistente en garantir a libre circulación dos traballadores por conta allea e por conta propia dentro da Comunidade, respectando as características propias das lexislacións nacionais, e pretende garantir o mellor posible a igualdade de trato de todos os traballadores que desenvolven as súas actividades no territorio dun Estado membro, así como non penalizar a os traballadores que exerciten o seu dereito á libre circulación...Do anterior resulta que no cado de autos [das devanditas normas] non pode obstaculizar ou facer menos atractivo o exercicio das liberdades fundamentais garantidas polo Tratado, senón que, pola contra, contribúe a facilitar o seu exercicio”. En consecuencia, conclúe o Tribunal, os preceptos de aplicación “esixen que a imposición dunha cotización...inclúa nos ingresos profesionais os obtidos no territorio dun Estado membro distinto daquel no que é aplicable a lexislación social aínda que o pagamento desta cotización non xere, en beneficio do traballador por conta propia, ningún dereito a obter unha prestación social ou doutro tipo neste último Estado”.

86 *Ibid.*



COMPETENCIA JUDICIAL E LEI
APLICABLE AO CONTRATO
DE TRABALHO

CAPÍTULO SEGUNDO

I. COMPETENCIA XUDICIAL

Na determinación da normativa aplicable a un litixio laboral que presente elementos de estranxeiría -polo que aquí respecta, elementos que admitirían a aplicación da lexislación portuguesa ou da lexislación española- hai que estar a certas regras establecidas en convenio internacional. Pero anteriormente a dar resposta a semellante pregunta, e á marxe do tema específico do desprazamento temporal de traballadores, corresponde abordar unha cuestión distinta, aínda que concorrente: se a demanda debe presentarse ante un órgano xudicial da xurisdición española ou da xurisdición portuguesa. Tema non de todo coincidente coa da norma substantiva aplicable e que pode dar lugar a situacións complexas: a dun xuíz portugués aplicando a lexislación española ou a dun xuíz español aplicando a lexislación portuguesa.

1. O CONVENIO DE BRUXELAS E O REGULAMENTO 44/2001.

En relación, así pois, coa xurisdición competente para deducir as accións derivadas do contrato de traballo cando neste existen elementos de conexión con ambos os dous Estados, o Reino de España e a República de Portugal, hai que estar ás regras do Regulamento 44/2001, do Consello, de 22 decembro 2000, relativo á competencia xudicial, o recoñecemento e a execución de resolucións xudiciais en materia civil e mercantil⁸⁷. Esta norma derivada substitúe, polo que se refire ás relacións entre os Estados aos que se aplica -entre eles España e Portugal- ás disposicións do Convenio de Bruxelas, de 27 setembro 1968⁸⁸. A sección quinta do seu capítulo II -“competencia” leva como rúbrica “competencia en materia de contratos individuais de traballo” e comprende os arts. 18 e seguintes. Ao longo destes, establece unhas regras, a maioría das cales pretenden dar resposta aos sucesivos conflitos dos que tivo que coñecer o Tribunal de Xustiza da Unión.

O Regulamento parte da aplicación aos contratos de traballo da regra xeral do art. 4, conforme á cal “se o demandado non estiver domiciliado nun Estado membro, a competencia xudicial rexerase, en cada Estado membro, pola lei deste Estado membro...Toda persoa, sexa cal for a súa nacionalidade, domiciliada no territorio dun Estado membro, poderá invocar contra o devandito demandado, do mesmo modo que os nacionais deste Estado, as regras de competencia xudicial vixentes neste”. Tamén, da concreta regra do art. 5.5: “as persoas domiciliadas nun Estado membro poderán ser demandadas noutro Estado membro...se se tratar de litixios relativos á explotación de sucursais, axencias ou calquera outro establecemento, ante o tribunal do lugar en que se acharen sitios”. Así pois, á marxe das específicas

⁸⁷ DOC de 16 xaneiro 2001.

⁸⁸ Véxase en concreto o art. 68 do Regulamento 44/2001. Sobre o Convenio de Bruxelas, é de interese o estudo de IRIARTE ÁNGEL, J.O., *El Convenio de Bruselas del 27 de septiembre de 1968 y la competencia judicial internacional respecto de los litigios derivados del contrato individual de trabajo*, RL, 1996-I, pp. 1311 ss.

regras da devandita sección quinta, o Regulamento reconece, para os contratos de traballo, o recurso ás regras de competencia da lei de cada Estado membro para demandar a un empregador non domiciliado en ningún deles, recurso tamén hábil para as persoas domiciliadas no mesmo, pero que non sexan nacionais súas. E tamén a posibilidade de demandar as empresas domiciliadas nun Estado membro noutro Estado, sempre que neste último conten cun establecemento, axencia ou sucursal. Regra que, por canto pode interesar ás relacións laborais no espazo entre Galicia e o Norte de Portugal, permite o acceso aos órganos da xurisdición española nos litixios relativos a un contrato de traballo cando a parte empregadora sexa unha empresa domiciliada en Portugal, sempre que conte con establecemento, axencia ou sucursal en territorio do Reino de España. Ou viceversa, o acceso aos órganos portugueses en caso de empregados domiciliado en España con establecemento, axencia ou sucursal abertos en Portugal. Regra esta, polo demais, susceptible de formular certas dúbidas sobre este triplo concepto, no sentido de se se identifica necesariamente con centro de traballo, aos efectos do art. 1.5 do Estatuto dos Traballadores, ou máis ben abonda cunha unidade produtiva dotada de certa autonomía funcional.

Xa en referencia específica aos foros competenciais en materia de contrato de traballo, o art. 18.2 do Regulamento dispón que cando un traballador asine un contrato individual de traballo cun empresario que non tivese o seu domicilio nun Estado membro, pero si unha sucursal, axencia ou calquera outro establecemento nun Estado membro, considerárase, para todos os litixios derivados da explotación da sucursal, axencia ou establecemento, que ten o seu domicilio no devandito Estado membro. Polo tanto, con esta regra engádese un suposto de feito á regra xeral do art. 5.5: perde relevancia, para a aplicación das regras do Regulamento, que a empresa non estea domiciliada nun dos Estados membros, pois abonda con que teña nalgún deles sucursal, axencia ou establecemento. Polo tanto, con este último requisito o órgano xudicial español ou portugués serás competentes para coñecer dos conflitos laborais suscitados nas devanditas entidades produtivas.

O art. 19 refírese ás empresas que contan con domicilio nun Estado membro. En tal caso, poden ser demandadas no Estado onde radique o seu domicilio, pero tamén: a) ante o tribunal do lugar no que o traballador desempeñase habitualmente o seu traballo ou ante o tribunal do último lugar en que o tivera desempeñado, ou b) se o traballador non desempeñase ou non tivese desempeñado habitualmente o seu traballo nun único Estado, ante o tribunal do lugar en que estivese ou tivese estado situado o establecemento que tivera empregado ao traballador.

E o art. 20 refírese ás demandas interpostas pola parte empregadora fronte ao traballador: só cabe este tipo de demandas no Estado membro en que estes tivesen o seu domicilio, sen prexuízo da posibilidade de interpoñer reconvenção ante o tribunal que entendese dunha demanda principal de conformidade cos arts. 18 e 19.

Finalmente, o art. 21 refírese ás cláusulas de submisión expresa aos órganos xudiciais dun concreto Estado. Só serán válidas se son posteriores ao nacemento do litixio, ou anteriores, pero que permitan ao traballador formular demandas ante tribunais distintos dos indicados na sección quinta do capítulo II⁸⁹.

Debe insistirse en que as regras descritas dan resposta parcial a múltiples problemas derivados das cuestións formuladas ante o Tribunal de xustiza comunitario. Precisamente por iso, pero tamén porque tras a entrada en vigor do Regulamento houbo novos pronunciamentos xudiciais, convén facer referencia á doutrina da Corte.

2. A DOUTRINA DO TRIBUNAL DAS COMUNIDADES

A) O xuíz do lugar de execución do contrato

Así descrita a normativa derivada comunitaria, debe chamarse a atención dende o primeiro momento sobre que a referencia ao art. 4 é na práctica inútil. Porque a doutrina do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas sostén dende hai anos a súa inaplicabilidade ao contrato de traballo: “constitúe certamente xurisprudencia en materia de contratos de traballo, en primeiro lugar, que procede determinar o lugar de cumprimento da obriga pertinente non con referencia á lei nacional aplicable segundo as normas de conflito do órgano xurisdiccional que coñece do asunto, senón, pola contra, sobre a base de criterios uniformes que ao Tribunal de Xustiza lle corresponde definir fundándose no sistema e nos obxectivos do Convenio de Bruxelas”⁹⁰.

Debe poñerse de relevo, antes que nada, que as regras xerais da norma comunitaria perseguen o achado dunha conexión especialmente estreita entre a controversia e o órgano xurisdiccional que deba coñecer dela, de cara a garantir a boa administración de xustiza e permitir a substanciación adecuada do proceso. Xa en canto ao contrato de traballo, en liña de principio, o xuíz do lugar no que debe cumprirse a obriga do traballador de exercer as actividades convidadas é o máis apto para resolver os litixios derivados deste. Ademais, a regra comunitaria de competencia debe ter en conta a necesidade de garantir unha protección axeitada ao traballador, como parte contratante máis débil dende unha perspectiva social. A devandita protección queda a priori mellor garantida se os litixios relativos a un contrato de traballo son competencia dos órganos xurisdicionais do lugar no que o traballador cumpre as súas obrigas respecto á súa empresa, pois neste lugar o interesado pode, con menores gastos, acudir aos tribunais ou defenderse ante estes⁹¹.

89 Sobre a lóxica das regras de submisión expresa no ámbito do contrato de traballo, ESTEBAN DE LA ROSA, G., e MOLINA NAVARRETE, C., *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Comares (Granada, 2002) pp. 74-5. En liñas xerais, esta obra realiza unha acertada descrición das regras sobre competencia xudicial en Europa, nas súas pp. 69 ss.

90 Asunto C-125/92, *Mulox IBC*, sentenza de 13 xullo 1993.

91 Véxanse estes argumentos no asunto C-383/95, *Rutten*, sentenza de 9 xaneiro 1997.

O criterio de atribución de competencia cando a persoa traballadora demanda a súa empresa vén dado, así pois e fundamentalmente, polo foro do lugar no que o traballador exerce de feito as actividades que pactou coa súa empresa. E, no caso de que o traballador exerza a súa actividade en máis dun Estado contratante, polo do lugar onde tivese sido ou debese ser cumprida a obriga que caracterice ao contrato, que se identifica con aquel no cal o interesado cumpra principalmente as obrigas respecto á súa empresa⁹². Trátase, pois, dunha regra que na práctica aclara na actualidade o alcance do art. 19.2) a) do Regulamento 44/2001. Persegue fundamentalmente evitar unha multiplicidade de órganos xudiciais competentes, co fin de previr que se adopten resolucións xudiciais contraditorias e de facilitar o recoñecemento e execución de resolucións xudiciais fóra do territorio no que fosen distadas. Polo tanto, o art. 5.1 do Convenio de Bruxelas -ou o art. 19 do Regulamento- non poden interpretarse no sentido de que atribúen unha competencia concorrente aos órganos xurisdiccionais de cada Estado contratante en cuxo territorio un traballador desenvolve parte das súas actividades profesionais.

B) Desenvolvemento de actividades en varios Estados

En realidade, esta regra de competencia xudicial para o caso de prestación de servizos en máis dun Estado non resultou o suficientemente esclarecedora, de modo que o Tribunal tivo que precisar moito máis en posteriores pronunciamentos. Un suposto sumamente interesante referiuse a certo traballador contratado como cocifeiro, primeiro en buques ou instalacións mineiras situadas na plataforma continental adxacente aos Países Baixos e máis tarde a bordo dun buque-grúa utilizado en augas territoriais danesas para a construción dunha ponte⁹³. Para dar resposta, neste caso, ao problema do órgano xudicial competente, o Tribunal das Comunidades parte do recoñecemento de que o traballo realizado no ámbito xeográfico da plataforma continental adxacente a un Estado contratante debe considerarse realizado no devandito Estado aos efectos do art. 5 do Convenio de Bruxelas -ou, *mutatis mutandis*, en referencia actualizada, aos efectos do art. 19.2b) do Regulamento 44/2001, de 22 decembro 2000-.

A partir desta constatación, recorda que no asunto *Mulox* o traballador implicado desempeñaba a súa tarefa dende un despacho situado nun dos Estados contratantes, no que establecera a súa residencia, dende o que desempeñaba as súas actividades para a empresa e ao cal regresaba despois de cada un dos seus desprazamentos profesionais a outros países. Pola súa banda, no asunto *Rutten*, baixo unhas premisas fácticas homologables, o Tribunal declarara que o lugar no que o traballador desempeña habitualmente as súas actividades se identifica con aquel no que o traballador estableceu o centro efectivo das súas actividades profesionais, ao efecto da cal debía

⁹² Asunto *Mulox*, cit. Convén ter en conta que esta sentenza, ao igual que a maioría das que se van comentar, interpretan o antigo art. 5 do Convenio de Bruxelas. A mesma doutrina no asunto C-440/97, *GIE Groupe Concorde e outros*, sentenza de 28 setembro 1999.

⁹³ Trátase do asunto C-37/00, *Weber*, sentenza de 27 febreiro 2002.

terse en conta ademais que o interesado pasaba a maior parte do seu tempo nun dos Estados contratantes, pois nel posuía o despacho dende o que organizaba a súa actividade. Pero nada diso sucedía no caso do traballo ocupado, sucesivamente, nas augas territoriais dos Países Baixos e de Dinamarca. De calquera modo, e para evitar a dispersión xurisdiccional, facíase necesario buscar o lugar co que o litixio tivese o punto de conexión máis significativo. ao efecto da cal, o criterio aplicable debía ser o lugar no que o traballador pasaba a maior parte do seu tempo de traballo por conta da empresa. Iso é así porque no caso controvertido o traballador desenvolvera idéntica actividade en ambos os dous Estados, carecía de pertinencia calquera criterio de índole cualitativa. Este criterio temporal situaría o centro de gravidade da cuestión en determinar en qué lugar o traballador desempeñou a parte máis significativa do seu emprego, tendo en conta a totalidade do período de actividade.

Agora ben -e aquí reflexiónase sobre o inciso final do actual art. 19.2) a) do Regulamento, en canto que remite ao tribunal do último lugar en que o traballador desempeñase o seu traballo-, o período de traballo máis recente debe terse en conta sempre que o traballador, tras realizar o seu traballo durante un determinado período nun lugar concreto, exercece a continuación a súa actividade de xeito duradeiro nun lugar distinto, coa vontade clara de ambas as dúas partes contratantes de que este último estea destinado a converterse no novo lugar de traballo habitual. Chegado a este punto, o Tribunal, enfrontado co asunto *Weber*, constata que ningún dos dous lugares de traballo -plataformas continentais holandesa e danesa- presenta un vínculo suficientemente estable e intenso sobre o outro. Para resolver tal situación, recorda que no informe de experto sobre o Convenio de Bruxelas⁹⁴ manifestábase que as regras de competencia especiais só constitúen unha opción adicional para o demandante, sen que resulte afectado o principio xeral de que as persoas domiciliadas nun Estado contratante están sometidas aos órganos do devandito Estado, con independencia da nacionalidade das partes -art. 2.1 do Regulamento 44/2001-. Regra que, polo demais, reitera o propio art. 19.1). Polo tanto, no caso controvertido o traballador podía optar entre demandar ao empresario ante o Tribunal do lugar do establecemento que o contratase, de acordo co último inciso do art. 19.2 b), ou ante o órgano do Estado no territorio do cal a empresa teña o seu domicilio, no caso de que un e outro non sexan idénticos.

Despois de todas estas reflexións, algo máis se destaca no asunto *Weber*: en ningún caso ten relevancia calquera regra nacional sobre atribución de competencia, pois rexe en toda a súa extensión o Convenio de Bruxelas -enténdese, dende a súa entrada en vigor en 1 marzo 2002, o Regulamento 44/2001-.

C) Contratos sucesivos vinculados

Aínda houbo ocasión para que o Tribunal de Xustiza se pronunciase unha vez máis sobre a competencia xudicial no caso do contrato de traballo, en aplicación do art.

94 Informe *Jenard*, DOC 1990, nº 189, pp. 122 ss.

5.1 do Convenio de Bruxelas. O asunto referíase a unha traballadora dunha compañía aérea italiana, que pide unha excedencia para desprazarse a outro posto de traballo, nunha compañía alemá do mesmo sector participada pola súa empregadora de orixe italiana. Ao amparo da devandita situación de excedencia, esta comprometéase a aboar á interesada as cotizacións a un réxime de seguro voluntario en Italia e a recoñecerlle a antigüidade no momento no que retornase ao servizo activo nela, e, ademais, a custearlle certos gastos de viaxe e de aloxamento mentres permanecese prestando servizos en Alemaña. Tras varias vicisitudes, a empresa italiana é adquirida por outra entidade, que prorrogou a traballadora a excedencia, pero se negou a proseguir co pagamento dos gastos de viaxe e aloxamento. Sucedendo máis tarde que a propia empresa adquirente adoptou contra ela certas medidas disciplinarias, a traballadora impugnouas, así como a decisión da devandita empregadora de non seguir aboando os gastos de viaxe e aloxamento, ante un órgano xudicial alemán, que formulou cuestión prejudicial ao Tribunal de Xustiza sobre a recta aplicación do art. 5 do Convenio de Bruxelas⁹⁵.

Trátase, pois, dunha traballadora asinante de dous contratos sucesivos con distintas empregadoras, sendo a primeira delas plenamente consciente da sinatura do segundo, ata o punto de acceder á suspensión do orixinario. Pero a dúbida máis relevante consiste en descifrar se, suspendido o contrato en tales condicións e prestando servizos para un segundo empresario nun Estado distinto, o lugar onde os presta pode considerarse como o lugar no que desempeña habitualmente o seu traballo en virtude do seu contrato co primeiro empresario. Para dar resposta a esta pregunta, a Corte pasa revista á doutrina descrita nos parágrafos anteriores, sobre todo a correspondente aos asuntos *Mulox e Rutten*. Pero a peculiaridade do asunto *Pugliese* estribaba en que a demandante desenvolvera a súa actividade, no período ao que se refire o litixio principal, nun só lugar, que non era o estipulado no contrato de traballo celebrado co empresario demandado, senón noutro distinto, acordado cun empresario subseguinte. Polo tanto, en liña de principio, debía recoñecerse que o órgano xudicial competente debería ser un italiano –o do Estado no que se pactara a prestación de servizos coa empresa demandada-. Pero acaso esta afirmación habería que matizala en función do grao en que estivesen vinculados os dous contratos, o subscrito en Italia e o posterior asinado en Alemaña, máxime se se ten en conta a doutrina que impón unha interpretación do art. 5.1 do Convenio de Bruxelas que evite na medida do posible a multiplicidade de órganos xurisdiccionais.

En canto ao devandito grao de vinculación, o Tribunal pronúnciase en termos restritivos: só cabe formular a competencia do órgano xudicial do lugar de execución do primeiro contrato se o seu asinante pola parte empresarial ten, no momento de celebración do segundo, un interese na execución da prestación que o traballador realizará para o seu novo empresario no lugar determinado por este último. A tal fin,

95 Asunto C-437/00, *Pugliese*, sentenza de 10 abril 2003.

dito interese pode afirmarse a partir de datos diversos, como os seguintes: 1) o feito de que a celebración do segundo contrato estivese prevista cando se asinou o primeiro, 2) o feito de que o primeiro contrato se modificase habida conta da celebración do segundo, 3) o feito de que exista un vínculo orgánico ou económico entre ambos os dous empresarios, 4) o feito de que exista un acordo entre os dous empresarios polo que se establece un marco para a coexistencia dos dous contratos, 5) o feito de que o primeiro empresario conserve unha facultade de dirección sobre o traballador, ou 6) o feito de que o primeiro empresario poida decidir respecto á duración da actividade do traballador para o segundo empresario. Evidentemente, a valoración de todos estes elementos correspóndelle ao órgano xurisdiccional interno.

D) Irrelevancia das obrigas accesorias fronte ás principais

Pero este asunto contiña unha perspectiva distinta, pois parte das obrigas accesorias derivadas do contrato orixinario –pagamento pola empresa demandada dos gastos de viaxe e aloxamento– cúmpriase no Estado no que a traballadora interpuxera demanda. Por iso, fórmulase a cuestión de se o lugar de cumprimento de certas obrigas non principais pode ser determinante para fixar a competencia xudicial no marco dun contrato de traballo. A resposta do Tribunal a semellante cuestión é tallante e negativa: “a única obriga que ha de tomarse en consideración para a aplicación do artigo 5, número 1 do Convenio –do art. 19.2 a) do Regulamento 44/2001, debe dicirse agora- é a obriga do traballador de exercer as actividades acordadas co seu empresario”.

E) Relacións para-laborais

En todo caso, debe tomarse en consideración que as regras desta sección quinta son de aplicación exclusiva ao contrato de traballo. Se non concorren as particularidades específicas deste, non é adecuado centralizar no lugar de cumprimento da obriga concernida a resposta á cuestión da competencia xudicial⁹⁶. Esta afirmación formula importantes interrogantes sobre a relación realmente existente entre unha persoa que presta servizos e unha entidade que os recibe. En efecto, algún pronunciamiento expuxera esta inaplicabilidade dos criterios que rexen para o contrato de traballo nun caso relativo a un contrato de axencia mercantil, coa particularidade de que o fallo segrega a competencia xudicial, ao declarar que “o mesmo xuíz non é competente para coñecer na súa integridade dunha demanda baseada en dúas obrigas equivalentes derivadas dun mesmo contrato, cando, segundo as normas de conflito do Estado do devandito xuíz, tales obrigas deben cumprirse unha nese Estado e outra nun estado contratante distinto”⁹⁷.

* * *

96 Neste sentido, vg., asunto C 256/00, *Besix SA*, sentenza de 19 febreiro 2002.

97 Asunto C-420/97, *Leathertex Divisione Sintetici SpA*, sentenza de 5 outubro 1999.

Por outra banda, debe facerse referencia ao modo no que os órganos xudiciais internos poden controlar a cuestión da competencia xudicial. A Corte resaltou recentemente que cada xuíz unicamente pode pronunciarse sobre a súa propia competencia á luz das normas comunitarias, sen que teña potestade para facelo sobre a dun xuíz doutro Estado membro, por máis que o órgano se formule que a interposición dunha acción ante outro xuíz constituía un abuso procesual ou unha práctica de mala fe. Neste sentido, resulta moi importante ter en conta que un valor moi sensible para o Regulamento 44/2001 consiste en que a aplicación das normas procesuais internas non pode ir en detrimento da súa eficacia⁹⁸.

3. A DOCTRINA XUDICIAL INTERNA ESPAÑOLA

A) Preferencia do Regulamento 44/2001 sobre o art. 25 LOPJ

O repaso agora finalizado á doutrina da Corte Comunitaria revela moitos aspectos de interese. Entre eles que, en atención á aplicación dos preceptos do Regulamento 44/2001 acaso aparezan moitas situacións nas que un órgano xudicial dun Estado membro sexa competente, pero véxase compelido a aplicar unha norma que non é a correspondente ao seu Estado. Axiña se pasa a analizar o problema da norma aplicable, evidentemente complementario do da competencia xudicial. Pero a xurisprudencia interna xa recoñeceu a posibilidade de que un órgano xurisdiccional español deba aplicar un Dereito distinto do propio. Convén repasar esta doutrina xudicial. Non obstante, debe recordarse anteriormente, como regra de principio, que o Regulamento 44/2001 é de aplicación preferente sobre o art. 25 da Lei 6/1985, Orgánica do Poder Xudicial -LOPJ-, cuxa descrición se omite, por non resultar en ningún caso aplicable aos problemas de competencia entre órganos xudiciais españois e portugueses⁹⁹. Iso non obstante, debe recordarse que o art. 2 do Regulamento 44/2001 exclúe expresamente do seu ámbito de aplicación a Seguridade Social, de modo que para esta cobra vixencia a regra do art. 25.3 LOPJ, conforme á cal son competentes os órganos da xurisdición española “en materia de pretensións de seguridade social fronte a entidades españolas ou que teñan domicilio, axencia, delegación ou calquera outra representación en España”.

B) Casuística

Entrando xa na análise da doutrina xudicial interna, certamente a súa argumentación resulta máis sinxela, pola propia posición que ocupa en contraste co Tribunal de Xustiza das Comunidades. Pois este ha de dar resposta ás cuestións que lle formulan os órganos xudiciais dos Estados membros cando dubidan da súa propia competencia. Pola contra, os xuíces e tribunais españois só deben verificar que son competentes de acordo con algunha das regras, xa sexa xeral ou específica, do Regulamento

98 Véxase neste sentido asunto C-159/02, *Turner*, sentenza de 27 abril 2004.

99 Unha análise deste en ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C., *op. cit.*, pp. 75 ss.

Comunitario. Nesta liña, houbo pronunciamentos que, con base no foro xeral do domicilio do demandado do art. 2 do Convenio de Bruxelas –ou do mesmo precepto do Regulamento 44/2001–, afirmaron a competencia do órgano actuante¹⁰⁰. En particular, resulta de interese aos efectos que aquí importan algún pronunciamento da xurisdición española que declarou a competencia dos órganos portugueses en aplicación do devandito foro xeral¹⁰¹.

Resulta de bastante interese certa doutrina xudicial do TS¹⁰² que trata de harmonizar as regras previstas no Convenio de Bruxelas coas contidas no art. 25.1 LOPJ. Argumenta que, se o convenio establece como foro xeral o domicilio da parte demandada, para logo facultar ao demandante para que demande ante os tribunais do Estado no que presta habitualmente os seus servizos ou en que radique o establecemento que o contratase, hai coincidencia coa primeira regra do precepto xurisdicional español –competencia de xulgados e tribunais españois cando os servizos se presten en España–. E tamén coa que atribúe competencia a estes “cando o demandado teña o seu domicilio en territorio español ou unha axencia, sucursal, delegación ou calquera outra representación en España”¹⁰³. No caso de autos, o demandado era o Ministerio de Educación e Ciencia español, de modo que o foro do domicilio do demandado determinaba a competencia da xurisdición española, xa en virtude do Convenio de Bruxelas, xa do art. 25 da LOPJ.

Ademais, esta coincidencia máis que parcial entre as regras do art. 25.1 LOPJ e as do art. 5.1 do Convenio de Bruxelas manifestouse de novo por parte da doutrina xudicial, ao declarar a competencia da xurisdición española, ben ao amparo do primeiro ou do segundo dos devanditos preceptos, cando a prestación de servizos se levava a cabo en territorio español e ademais a empresa contaba con filiais no territorio do Estado¹⁰⁴.

100 STSJ de Madrid de 19 febreiro 1998 (AS 597). É curiosa unha sentenza do TSJ de Madrid de 31 maio 1999 (AS 1955) que anula unha sentenza de instancia que declarara a competencia territorial do xulgado do social de Valladolid como lugar de domicilio do demandado porque, como o domicilio da empregadora radicaba en Madrid, eran os órganos desta localidade os competentes, en aplicación do art. 2 do Convenio de Bruxelas. Nin que dicir ten que esta sentenza incorre nunha confusión de planos sobre o ámbito de aplicación do devandito Convenio sobre competencia xudicial. Na mesma liña, vg., SSTSJ de Canarias/Las Palmas de 24 novembro 2004 (AS 3693) e de 7 marzo 2005 (AS 1016) e STSJ de Madrid de 16 novembro 2004 (AS 3611), esta última desbotando a validez dunha cláusula de submisión expresa.

101 STSJ de Madrid de 21 setembro 2004 (AS 2756), nun caso no que, polo demais, incluírase unha cláusula de submisión expresa coherente co art. 2 do Convenio de Bruxelas.

102 STS de 24 abril 2000 (RJ 5504).

103 Sen prexuízo de que o art. 25.1 LOPJ inclúa outras non previstas no Convenio de Bruxelas: contrato asinado en territorio español, empresario e traballador de nacionalidade española e, no caso de contrato de embarque, contrato precedido de oferta recibida en España por traballador español.

104 STSJ de Cataluña de 23 xullo 2001 (AS 3646). Pola súa banda, unha STSJ de Madrid de 26 xuño 2001 (AS 2944) funda a competencia da xurisdición española en que a demandada tiña establecemento en España e en España estaba ademais o domicilio do traballador, aplicando o art. 5.1 do Convenio de Bruxelas.

Outro dato interesante desta sentenza do TS de 24 abril 2000 consiste na pasaxe relativa aos pactos de submisión expresa, ao amparo do art. 17 do Convenio de Bruxelas -ou, no caso do Regulamento 44/2001, e polo que interesa ao contrato de traballo, habería que estar ao art. 31 deste-. Ambas as dúas normas esixen para a súa validez que sexan posteriores ao nacemento do litixio ou que permitan ao traballador formular demandas ante tribunais distintos dos indicados nunha ou outra norma, sen prexuízo da posibilidade de ampararse nesta. Como queira que o contrato de traballo controvertido incluíra unha cláusula segundo a cal ambas as dúas partes, “de mutuo acordo, para calquera interpretación, reclamación ou litixio [sométense] á xurisdición laboral e tribunais en Bruxelas”, o TS entendeu nula a devandita cláusula, na súa interpretación de enervar calquera demanda ante os órganos da xurisdición española.

Finalmente, acaso a doutrina de máis interese desta sentenza ten por obxectivo deslindar os problemas relativos á competencia xudicial e á lei aplicable.: “unha cousa é a determinación do réxime xurídico-laboral ou conxunto de normas substantivas aplicables aos contratos de traballo nos que se inclúe un elemento de estranxeiría, cuestión regulada no Convenio de Roma de 1980 e en varias disposicións de dereito interno (art. 10.6 do Código Civil, art. 1.4 do Estatuto dos Traballadores, Lei 45/1999 do 19 de novembro), e outra cousa distinta é a determinación dos órganos xurisdicionais que haxan de resolver os litixios derivados do cumprimento e execución dos contratos de traballo”. En realidade, o deslinde é claro e a doutrina xudicial non debería resultar novidosa. Iso non obstante, ten un grande valor clarificador, á vista das notables confusións en que incorreran os órganos españois a axuizar unha ou outra materia.

Polo demais, algunha sentenza interna estableceu a aplicabilidade única do art. 25 LOPJ, pero só porque se trataba dalgunha materia expresamente excluída do Regulamento 44/2001. É o caso dunha demanda sobre prestación de maternidade, pois, tratándose de Seguridade Social, hai que estar á regra do art. 2 do devandito Regulamento Comunitario¹⁰⁵. E outras, porque se inmiscía un elemento de estranxeiría alleo ao ámbito de aplicación do Convenio de Bruxelas -*in casum*, un elemento de estranxeiría arxentina-¹⁰⁶.

Así pois, as regras sobre competencia xudicial, xa sexa as comunitarias ou as internas, dan pé a un cúmulo de alternativas ao traballador demandante para que poida interpoñer a súa demanda con certa fiabilidade ben ante os órganos da xurisdición española, ben ante os da xurisdición portuguesa.

105 STSJ de Madrid de 31 maio 2004 (AS 2347).

106 SSTS de 29 setembro 1998 (RJ 8554) e de 10 novembro 1998 (RJ 10009).

II. LEI APLICABLE AO CONTRATO DE TRABALLO

1. AS NORMAS DE CONFLITO ESPAÑOLAS E PORTUGUESAS

Os dous ordenamentos internos, tanto o portugués como o español, conteñen as súas respectivas normas para solucionar os conflitos de leis. No caso español, á marxe do art. 10.6 do Código Civil –“ás obrigas derivadas do contrato de traballo, en defecto de sometemento expreso das partes e sen prexuízo do disposto no apartado 1 do artigo 8¹⁰⁷, seralles de aplicación a lei do lugar onde se presten os servizos”- hai que ter en conta a regra do art. 1.4 do Estatuto dos Traballadores, que vén a suplantar a anterior e a ofrecer unha solución ao conflito normativo fortemente proteccionista para os traballadores españois¹⁰⁸. De acordo con este precepto, “a lexislación laboral española será de aplicación ao traballo que presten os traballadores españois contratados en España, ao servizo de empresas españolas no estranxeiro, sen prexuízo das normas de orde pública aplicables no lugar de traballo. Os devanditos traballadores terán, polo menos, os dereitos económicos que lles corresponderían de traballar en territorio español”.

Trátase dunha regra esta última difícil de cohonestar coa norma convencional que seguidamente se pasa a analizar. Moito máis homologable con ela móstrase a lexislación portuguesa, cuxo Código do Trabalho dedica a esta cuestión un longo artigo 6 que, nos seus sete apartados, dispón o seguinte: 1. - O contrato de traballo réxese pola lei escollida polas partes. 2. - A falta de opción expresa, o devandito contrato regularase pola lei do Estado coa cal presente unha conexión máis estreita. 3. - Na determinación da conexión máis estreita, entre outras circunstancias atenderase: a) á lei do Estado no que o traballador, en cumprimento do contrato, presta habitualmente os seus servizos, aínda que temporalmente atópanse desenvolvendo a súa actividade noutro Estado; b) á lei do Estado no que se sitúe o establecemento no que o traballador foi contratado, se non presta habitualmente os seus servizos nun único Estado. 4. - Os criterios enunciados no número anterior poden no ser atendidos cando, do conxunto das circunstancias aplicables á situación, resulte que o contrato de traballo presente unha conexión máis estreita con outro Estado, e neste caso se aplicará a respectiva lei. 5. - Sendo aplicable a lei dun determinado Estado en seguimento dos criterios enunciados nos números anteriores, pode outorgarse prevalencia ás disposicións imperativas da lei doutro Estado co que a situación presente unha conexión estreita se e na medida en que de acordo co dereito deste último Estado esas disposicións fosen aplicables independentemente da lei reguladora do contrato. 6. - Aos efectos do disposto no número anterior debe terse en conta a natu-

107 Conforme ao art. 8.1 do Código Civil, “as leis penais, as de policía e as de seguridade pública obrigan a todos os que se achen en territorio español”.

108 Un comentario detido a esta norma en CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español*, RL, 1996-I, pp. 1344 ss.

reza e o obxecto das disposicións imperativas, así como as consecuencias resultantes tanto da aplicación coma da non aplicación de tales preceptos. 7. - A elección polas partes da lei aplicable ao contrato de traballo non pode ter como consecuencia privar ao traballador da protección que lle garanten as disposicións imperativas do Código do Traballo portugués, no caso no que, aplicando o criterio do número 2, fose a lei portuguesa a aplicable.

2. O CONVENIO DE ROMA

Sen entrar agora na eventual e discutible eficacia das normas dun e outro Estado nas súas relacións con terceiros Estados nos que non rexa o Convenio de Roma ao que se pasa a facer referencia¹⁰⁹, no caso das controversias sobre a lei aplicable ao contrato de traballo entre o Reino de España e a República de Portugal hai que estar a este instrumento internacional. Mediante o Convenio de Funchal de 18 maio 1992, ambos os dous adheríronse ao Convenio sobre a lei aplicable ás obrigas contractuais, aberto á sinatura en Roma o 19 xuño 1980. Esta norma internacional, cuxos Estados parte son os Estados membros da Comunidade Europea, introduce normas de conflito uniformes en materia de contratos internacionais, de tal forma que os tribunais de todos eles aplicarán o Convenio de Roma á hora de decidir a lei aplicable ao suposto de que se trate.

En concreto, e á marxe dalgún comentario que haberá que facer ao art. 7 do Convenio de Roma –“leis de policía”- o precepto que debe centrar a atención é o art. 6 –“contrato individual de traballo”-. Antes de entrar na súa análise, debe destacar-

109 Expresamente rexeitada polo Tribunal Supremo español na STS de 29 setembro 1998 (RJ 8554): “O Convenio de Roma...regula con carácter universal e determina a Lei que ha de rexer unha relación xurídica que ten puntos de conexión con lexislacións de diferentes Estados. Esta regulación, conforme ao seu artigo 2, é de aplicación preferente, mesmo se a lei designada por este é a dun Estado non contratante, de modo que as normas de Dereito Internacional Privado contidas no capítulo IV do Título Preliminar do Código Civil pasan a ter un carácter residual e soamente son aplicables ás modalidades contractuais non comprendidas no Convenio de Roma e aos contratos outorgados con anterioridade á súa entrada en vigor”. Para un caso dun contrato anterior, STSJ de Madrid de 25 abril 2005 (AS 268). E tamén STS de 17 xaneiro 2005 (RJ 776), aplicándose, en consecuencia, o art. 1.4 ET. Unha doutrina moi diferente, incompatible coa manifestada na devandita sentenza, enúnciase nunha STSJ de Madrid de 7 outubro 1999 (AS 3338): “Sen embargo, diso [do art. 2 do Convenio de Roma] non se deduce necesariamente que o Convenio resulte aplicable a conflitos que non afecten a dous, polo menos, Estados da Unión Europea. Os Convenios internacionais aplicanse aos Estados que manifestan o seu consentimento a eles nas formas previstas no dereito internacional, non a Estados que non son parte nos Convenios. O Convenio de Roma aplicarase cando no contrato en cuestión concorran vínculos cos ordenamentos xurídicos de varios Estados da Unión, relativos á nacionalidade, ao lugar de celebración, ao lugar de execución ou outros elementos que o Convenio considere. Partindo de tal premisa, o que dispón o art. 2 citado é que, se as regras do Convenio condicen á elección da Lei dun Estado que non é membro (o que pode acontecer, por exemplo, porque as partes se someteran expresamente a esa Lei) iso non exclúe a aplicación do Convenio. Por esta razón, no presente caso, en que os elementos a considerar non vinculan a varios Estados membros da Unión Europea, non é de aplicación o Convenio de Roma, senón as regras de conflito do dereito español, non derogadas enteiramente, xa que conservan a súa aplicabilidade cando non se trate de conflitos que afecten a varios Estados da Unión”.

se que dende hai uns tres anos comezou un debate sobre a conveniencia de modificar en profundidade o Convenio de Roma, coa publicación dun *Green Paper* sobre a conversión deste nun instrumento comunitario e sobre a súa modernización¹¹⁰, algunhas de cuxas opinións se plasmarán seguidamente. Porque, ata a data, o Convenio de Roma non ostenta a condición de normativa comunitaria senón, como máximo, “paracomunitaria”, como se reflite no feito de que o Tribunal de Xustiza das Comunidades non é competente para pronunciarse sobre el¹¹¹. Aínda que debe terse en conta a proposta, presentada pola Comisión, de Regulamento do Parlamento e do Consello sobre a lei aplicable ás obrigas contractuais Roma I)¹¹². A ela realizárase algunha remisión nas páxinas que seguen.

3. A LEI APLICABLE AO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALLO

A) O art. 6 do Convenio de Roma

Xa entrando no comentario do seu art. 6, cuxa rúbrica é precisamente “contrato individual de traballo”, o seu apartado primeiro parte do recoñecemento do principio de liberdade de elección entre o empresario e o traballador, aínda que a xeito de subordinada concesiva para asegurar á parte débil –isto é, ao traballador– non lle será en ningún caso furtada a protección da norma cuxa aplicación lle correspondería en defecto de pacto: “non obstante o disposto no artigo 3, no contrato de traballo a elección polas partes da lei aplicable non poderá ter por resultado privar ao traballador da protección que lle proporcionen as disposicións imperativas da lei que sería aplicable, a falta de elección, en virtude do apartado 2 do presente artigo”¹¹³. Así pois, non se elimina a liberdade de opción, aínda que se limita¹¹⁴. E tal limitación mellora sen dúbida ningunha a protección dos traballadores ao outorgar rango internacional á necesaria aplicación de normas imperativas internas.

110 Trátase dun documento presentado pola Comisión o 14 xaneiro 2003 –CON(2002)654 final.

111 A sinatura, o 14 de abril de 2005, do Convenio relativo á adhesión da República Checa, da República de Estonia, da República de Chipre, da República de Letonia, da República de Lituania, da República de Hungría, da República de Malta, da República de Polonia, da República de Eslovenia e da República Eslovaca ao Convenio de Roma o 19 de xuño de 1980, acompañouse da sinatura aos Protocolos Primeiro e Segundo (ambos os dous de 1988) relativos á súa interpretación polo Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas. Todo iso fixo necesario elaborar unha versión consolidada do Convenio de Roma e deses dous Protocolos, a cal foi publicada no Diario Oficial do 30 decembro 2005. Non obstante, como queira que ambos os dous Protocolos non foron ata a data ratificados pola totalidade dos Estados membros, aínda o Convenio non é materia de coñecemento por parte da Corte Comunitaria.

112 Bruxelas, 15 decembro 2005, COM(2005)650 final.

113 Esta aplicación das normas imperativas protectoras do traballador resulta, en opinión de algún autor, insatisfactoria, porque en ocasións o Dereito polo que optaron as partes ofrece maior protección á máis débil que a lei excluída. Neste sentido, MURAT METIN, H., *The European Union's conflict of Law Rules Governing Contract Law*, Murdorch University Electronic Journal of Law, vol. 10, nº 1, 2003. Véxase un caso de exclusión de lei aplicable non validado xudicialmente en STSJ de Madrid de 13 febreiro 2006 (rec. nº 6244/05).

114 Insistindo nesta idea, *Green Papler on the conversión...*, cit., p. 35.

Aínda que, visto dende outra perspectiva, o límite á libre elección da norma aplicable serve non só á defensa da parte máis débil e ao reequilibrio de posicións entre ambas as dúas partes contratantes. Tamén persegue manter unhas condicións de ordenada competencia mediante a eliminación do *dúmping* social, en particular en sectores especialmente sensibles como é o da construción¹¹⁵.

O mantemento do principio xeral do art. 3 do Convenio de Roma como regra de posible adopción, aínda que co límite descrito, foi xustificada con base nunha pléiade de argumentos. Díxose, vg., que, no caso de que os servizos se presten en varios Estados con estándares de protección do traballador de escasa calidade, a elección da norma pode elevar a mesma¹¹⁶. Ou tamén que permite o amparo dunha normativa mellor coñecida por ambas as dúas partes, ou que incrementa a seguridade xurídica, en particular cando o contrato inclúe unha cláusula de mobilidade internacional. Ou mesmo que autoriza a empresario e traballador a optar por unha norma particularmente favorable aos intereses dos dous¹¹⁷. Por suposto, o recurso á autonomía individual da vontade resulta particularmente conveniente cando ambas as dúas partes contan con certo poder de negociación, e non hai, propiamente dita, unha parte débil. Ben ao contrario, adoita mostrar os seus perfís máis abusivos cando existe un claro desequilibrio entre empresario e traballador. E, en realidade, a autonomía na elección da norma de conflito non desempeñou un papel excesivamente intenso no ámbito do contrato individual de traballo¹¹⁸.

Polo demais, o xogo do art. 6.1 non implica a exclusión absoluta da lei elixida polas partes cando existe conflito entre esta e a protección mínima ofrecida pola norma imperativa de aplicación en defecto de pacto. Antes ben, en tales casos aplícase a lexislación elixida, agás naquelas cuestións nas cales se vulnera a devandita norma imperativa¹¹⁹. A doutrina xudicial seguiu esta liña interpretativa nalgunha ocasión. Por exemplo, para excluír a aplicabilidade da normativa do Reino Unido, pola que optaran

115 Véxase esta idea no informe do *Working Group* do Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, p. 62. Para acceder ás reflexións das institucións e grupos de traballo en torno ao *Green Paper*, pode acudirse á web http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/applicable_law/applicable_law_ec_en.htm.

116 Un caso que pode encadrarse nesta categoría en STSJ de Canarias/Las Palmas de 7 marzo 2005 (AS 1016).

117 *Vide.* estes argumentos en CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *op. cit.*, p. 1348, *ad nota* 33.

118 Véanse estas reflexións, con abundante cita doutrinal, en ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C., *op. cit.*, pp. 82 ss.

119 Véxase esta idea no Informe de GIULIANO, M. e LAGARDE, P., *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, DOC C 282, de 31 outubro 1980. Nel pon como exemplo o caso de que a norma subsidiaria de conflito ofrezca ao traballador un máis amplo período de preaviso, circunstancia que excluiría só nese punto a aplicación da norma elixida. Dito sexa de paso, neste informe recálcase a aplicabilidade do art. 6 tamén no caso de que o contrato de traballo deba reputarse nulo. Insistindo nesta idea, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *op. cit.*, pp. 1349 ss.

as partes, en canto ao réxime de contratación temporal, non causal no devandito ordenamento, e na indemnización correspondente a un despedimento improcedente¹²⁰.

Ademais, e noutra orde de consideracións, hai que facer fincapé en que entre as normas imperativas destacan moi especialmente as que se refiren á normativa de seguridade e saúde no traballo¹²¹. E que deben terse en conta tamén as pactadas colectivamente no caso de que, na lexislación aplicable en defecto de pacto os convenios teñan efecto vinculante e normativo.

En calquera caso, ostentan unha extraordinaria relevancia as regras de aplicación en defecto de elección expresa, de acordo coas cales o contrato de traballo rexerase: a) pola lei do país en que o traballador, en execución do contrato, realice habitualmente o seu traballo, aínda cando, con carácter temporal, fose enviado a outro país¹²², ou b) se o traballador non realiza habitualmente o seu traballo nun mesmo país, pola lei do país en que se atope o establecemento que contratara o traballador¹²³, a menos que, do conxunto das circunstancias, resulte que o contrato de traballo teña vínculos máis estreitos con outro país, e neste caso será aplicable a lei deste outro país¹²⁴.

120 STSJ de Madrid de 28 xullo 2004 (rec. nº 1982/04). As reflexións dalgún grupo de traballo en relación co *Green Paper* citan este mesmo exemplo en relación cos ordenamentos alemán e francés: en ambos os dous as regras de despedimento son de dereito imperativo, de modo que non poden descoñecerse mediante o expediente de pactos individuais (ver ás reflexións do *Working Group* do Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, p. 62).

121 *Ibid.* Resulta de gran relevancia esta afirmación nun informe varios anos anterior a que se incluíse o antigo art. 118 A do Tratado de Roma, con ocasión da Acta Única Europea de 1986.

122 Na proposta de Regulamento a locución “a lei do país en que o traballador” se substitúe pola “lei do país no cal ou a partir do cal o traballador”.... Con iso permítese, como expresa o propio texto da proposta, “por exemplo, aplicar a norma ao persoal que traballa a bordo de avións, se existe unha base fixa a partir da cal se organiza o traballo e onde este persoal exerce outras obrigas fronte ao empresario (rexistro, control de seguridade). O apartado 2 letra b) aplicarase entón máis raramente”. Adicionalmente, realízanse indicacións complementarias relativas a se un asalariado enviado ao estranxeiro se atopa en situación de desprazamento temporal, pero sen que se achegue unha definición rixida. Máis ben, invítase ao xuíz a que teña en conta a intención das partes. Prosegue nestes termos a letra e) substituíndo a expresión “...aínda cando, con carácter temporal, fose enviado a outro país”: “non se considera que cambie o lugar de realización habitual do traballo cando o traballador realice con carácter temporal o seu traballo noutro país. A realización do traballo noutro país considérase temporal cando se supón que o traballador vai continuar o seu traballo no país de orixe tras realizar a súa tarefa no estranxeiro. A celebración dun novo contrato de traballo co empregador orixinario ou cun empregador que pertenza ao mesmo grupo de empresas que o empregador orixinario non exclúe que o traballador realice o seu traballo noutro país de xeito temporal”.

123 Tamén a proposta de Regulamento modifica esta letra, que pasa a expresarse como segue: “se o traballador non realiza habitualmente o seu traballo en ou a partir dun mesmo país, ou se realiza habitualmente o seu traballo nun espazo non suxeito a unha soberanía nacional, pola lei do país en que se atope o establecemento que contratara o traballador”. Coa dualidade “en ou a partir de” perséguese un obxectivo próximo ao da letra anterior. E, ademais, considérase o suposto de que a *lex loci laboris* non exista porque se trate de territorio non suxeito a soberanía nacional.

124 Esta salvidade convértese na proposta de Regulamento no apartado 3 do art. 6.

Antes de comezar cos variados problemas ínsitos nesta norma de conflito, debe facerse referencia á valoración, boa en termos xerais, que a doutrina e a práctica xurídica veñen manifestando do art. 6 do Convenio de Roma¹²⁵. Ben é certo que, en moitas ocasións, a elección da lei aplicable dependerá en boa medida das circunstancias do caso, pero o referido precepto sempre serve de patrón interpretativo.

B) Norma coa cal o contrato estea máis estreitamente ligado

O art. 6.2 persegue a determinación da norma coa cal o contrato estea máis estreitamente ligado. Esta afirmación debe terse en conta como criterio interpretativo, en especial á hora de poder recorrer á cláusula “de escape” que contén o seu inciso final. Nesta liña, opta pola aplicación da norma do Estado no ámbito xeográfico do cal o traballador realice habitualmente o seu traballo. Polo tanto, a mesma regra que a anteriormente comentada en relación coa competencia xudicial internacional rexe en aplicación do Convenio de Roma. O Cal suxire, entre outras cuestións, que a doutrina xudicial que ditou sobre a devandita materia o Tribunal de Xustiza das Comunidades ten un interese evidente, cando menos como criterio de autoridade. A inspiración da opción convencional se atopa, qué dubida cabe, no principio de proximidade co contrato de traballo, pero tamén na tutela máis adecuada do traballador¹²⁶.

C) Límites entre desprazamento temporal e permanente

A lei do Estado no que o traballador desempeñe habitualmente o seu traballo aplícase, ademais, aínda que o traballador, con carácter temporal, fose enviado a outro país. Este inciso é, sen dúbida ningunha, o que máis problemas suscitou. Dun lado, formula a ardua cuestión de compatibilizar esta norma de conflito coa Directiva 96/71/CE, de 16 decembro, do Parlamento Europeo e do Consello, sobre o desprazamento de traballadores efectuado no marco dunha prestación de servizos. Doutro, os límites entre desprazamento temporal e permanente a outro Estado, aos efectos de que se aplique a normativa dun ou outro Estado membro.

Sobre a primeira cuestión, máis adiante abórdase con extensión a materia dos desprazamentos trasnacionais e a Directiva 96/71/CE. Por agora, abonde dicir que se puxo de manifesto que non existe incompatibilidade entre o Convenio de Roma e a devandita norma derivada. Ben é certo que os dous instrumentos non usan a mesma terminoloxía e que o seu obxectivo é distinto: o propósito da Directiva consiste en garantir que certas normas imperativas do Estado de desprazamento temporal se apliquen cando o traballador sexa enviado a este, en tanto que o do Convenio de Roma persegue o mantemento do status do traballador no caso de que haxa unha modificación temporal do lugar de prestación dos seus servizos. Pero o certo é que

¹²⁵ Así o recoñece o *Green Paper on the conversión...*, cit., p. 35.

¹²⁶ Aínda que hai autores que poñen en dúbida que este obxectivo de tutela se persiga con la letra a) do art. 6.2. Vg., GARDEÑES SANTIAGO, M., do grupo das Universidades Autónoma e Pompeu Fabra, de Barcelona, p. 23.

non achegan solucións contraditorias: en ningún caso a Directiva pretende alterar a norma aplicable aos traballadores desprazados, senón só determinar un núcleo de normas imperativas do Estado ao que se desprazan, calquera que sexa a lei aplicable á relación laboral. Neste sentido, e como se vai ver, a Directiva 96/71/CE atopa perfecto encaixe no art. 7 do Convenio de Roma¹²⁷. Iso si: postulouse que un futuro instrumento comunitario que o substituíse debería incluír, ao regular a lei aplicable ao contrato individual de traballo, unha referencia expresa a esta Directiva¹²⁸.

Pero máis alá desta compatibilidade xeral, si que existen friccións e situacións dúbidasas. Da propia terminoloxía utilizada pola Directiva -"desprazamento"- debe deducirse que, cando o traballador asina un novo contrato no Estado no que se ache temporalmente prestando servizos, xa non resulta aplicable a mesma. Pero, en aplicación do Convenio de Roma, resulta dúbidoso que iso sexa así: pode haber, teoricamente polo menos, envío temporal a outro Estado aínda que se conclúa outro contrato de traballo neste, como pode suceder no moi paradigmático caso de prestación de servizos indistinta no seo dun grupo de empresas¹²⁹. Nestes, as súas empresas compoñentes frecuentemente envían os seus traballadores a outras entidades, ou filiais do grupo noutro Estado. E como queira que adoita existir certa autonomía de funcionamento, é práctica común a subscripción dun segundo contrato, normalmente de duración determinada, na empresa de destino temporal. É probable que a sinatura deste segundo contrato obedeza á necesidade de obter o pertinente permiso por parte das autoridades locais do Estado no que se pase a prestar servizos. Mesmo se estendeu a práctica de que o contrato orixinario -ou nun pacto sucesivo asinado co empresario de orixe á data do desprazamento- garanta ao interesado un dereito de retorno incondicionado, unido mesmo a estipulacións sobre dereitos sociais e melloras da Seguridade Social. En tales circunstancias non é segura a desvinculación da lei do contrato orixinario, aínda que a situación, convén insistir, resulta dúbidoso. De aí que se propuxera que, con ocasión da reforma do Convenio de Roma e a súa posible conversión nun instrumento puramente comunitario, se aclare que a sinatura dun subseguinte contrato cunha empresa do mesmo grupo ao que pertence a orixinaria non exclúe a existencia dun envío temporal a outro Estado¹³⁰. E así se fai, como anteriormente se transcribiu, no art. 6.2 (a) da proposta de Regulamento sobre a lei aplicable ás obrigas contractuais. Aínda que hai opinións que sustentan a necesidade de modificar a Directiva 96/71/CE na mesma

127 Véxase neste sentido o *Green Paper...*, cit., p. 36.

128 *Working Group* do Max Planck Institute, p. 67. Así o fai a proposta de Regulamento no anexo I, en relación co art. 22 (a): "O presente Regulamento non afectará á aplicación ou á adopción de actos que emanen das Institucións das Comunidades Europeas que (a) en materias específicas, regulen os conflitos de leis en materia de obrigas contractuais; unha lista dos actos actualmente vixentes figura no anexo I".

129 Neste sentido, *Green Paper...*, cit., pp. 36-7.

130 Neste sentido pronúnciase o *Working Group* do Max Planck Institute, pp. 64-5, con descrición dun concreto asunto fallado pola Corte de Apelación de París no que se formulou este problema.

liña para facela compatible con esta futurible reforma do art. 6.2 do Convenio de Roma: prever que tamén pode considerarse que se mantén o desprazamento cando o traballador desprazado asina un novo contrato coa empresa do Estado de destino¹³¹.

E outra cuestión discutible consiste en cómo interpretar o carácter temporal do envío a outro Estado aos efectos do art. 6.2 do Convenio de Roma. A este respecto propuxéronse dúas solucións: a unha consiste en estar á vontade das partes, de tal forma que haberá que atender á duración que as partes planearon para a execución de servizos nun Estado distinto do habitual de prestación destes. Trátase do criterio denominado *ex ante*¹³². A outra, *ex post*, postula en atender á real duración ao longo da cal se suspende a realización do traballo no lugar habitual -ou, máis ben, habitual anteriormente-¹³³.

O certo, en relación con este problema, é que a ambigüidade do art. 6.2 do Convenio de Roma conduce a que corresponda aos Tribunais, a través dunha interpretación atenta á casuística, determinar o tempo a partir do cal o emprego no Estado de acollida deixa de ser temporal. Ben é certo que as opinións emitidas en torno ao *Green Paper* decantáronse na súa maioría polo criterio *ex ante*, afirmando, entre outras cousas, que era o máis respectuoso coa intención das partes, á cal había que estar como principal criterio¹³⁴. Neste sentido, o criterio de corte subxectivo preferiuse á de corte obxectivo *ex post*, ata o punto de valorar negativamente a posibilidade de introducir no art. 6.2 un límite temporal a partir do cal a mobilización do traballador debe considerarse definitiva aos efectos de modificar a lei aplicable ao contrato. Nesta liña, apuntouse que tal vez achegase seguridade, pero conduciría tamén a resultados arbitrarios e a unha rixidez contraria aos criterios que caracterizan o precepto na súa redacción vixente¹³⁵. Distinta valoración merecería o establecemento

131 Desta opinión é VINAIXA I MIQUEL, M., do grupo das Universidades Autónoma e Pompeu Fabra, de Barcelona, p. 22.

132 Por certo, o postulado polo Grupo Europeo de Dereito Internacional Privado, como se manifesta no *Green Paper*, p. 37.

133 A este criterio achacóuselle que pode levar a solucións arbitrarias e que probablemente resulta demasiado rixido á vista da diversidade de situacións que se poden formular (*Green Paper...*, p. 37).

134 Véxase esta toma de postura en *CCBE Response to the Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization*, Council of Bars and Law Societies of the European Union (Brussels, setembro 2003), na web www.ccbe.org, p. 9.

135 Neste sentido, *Working Group* do Max Planck Institute, pp. 65-6. Ponse de manifesto neste documento que algunha proposta consideraba a fixación dun límite de seis anos. Fai referencia a certos casos fallados por órganos xudiciais franceses, italianos e alemáns, a maioría dos cales enfrontáronse a desprazamentos certamente breves, de entre tres e seis meses, nos que se mantivo a aplicación da Lei do Estado de orixe. Pero que algún órgano xudicial belga fallou en torno a un traslado dunha duración de cinco anos, considerando que deixara de ser aplicable a norma do Estado no que o traballador desenvolvera a súa prestación laboral antes deste. E que a Corte de Casación francesa considerou que variara a lei aplicable cando o interesado superara o ano no Estado de destino.

dun prazo, pero a xeito de presunción que podería valorarse co restante material probatorio¹³⁶. Pola súa banda, a proposta de Regulamento pretende que o xuíz teña en conta principalmente a intención das partes, e foxe de achegar unha definición rixida de desprazamento temporal¹³⁷.

Polo que respecta á doutrina xudicial española, existe algún pronunciamento que tercia sobre o particular, nunha liña interpretativa que se inclina máis ben por unha consideración subxectiva que obxectiva e que polo tanto non liga a distinción entre “temporalidade” e “habitualidade” no ámbito do art. 6.2 do Convenio. Pero que, ao cabo, vén a fixar a diferenza no feito de que o traballador fixe a súa residencia no Estado no que pasa a prestar servizos: “a fixación da fronteira [entre habitualidade e temporalidade] é importante para deslindar cándo un traballador é enviado con carácter temporal a outro país e cándo realiza habitualmente o seu traballo noutro país. Pódese entender que a diferenza depende do teor da orde patronal de traslado, e que polo tanto non debe atenderse a ningún elemento durativo. Non é coherente esta idea co resultado que pretende prohibir o artigo 6.1 do Convenio e daría lugar a unha situación de desigualdade de trato evidente, deixando en definitiva a determinación da lexislación laboral aplicable en mans do patrón, o que parece pugnar co Convenio, que busca fixar un criterio obxectivo, en defecto de pacto. Parece por iso máis correcto traducir o termo *carácter temporal* por *carácter transitorio* e polo tanto entender que a norma simplemente establece que unha novación ubicativa provisional non afecta xuridicamente á situación ubicativa habitual. Distinguiríamos así entre un traslado que cambia o lugar de prestación habitual do servizo e un mero desprazamento que, ao acompañarse dunha idea de regreso próximo, non o fai. A distinción non dependería dunha mera noción cuantitativa (6 meses, 1 ano..., etc.) senón dun matiz cualitativo, pois o desprazamento atende, en exclusividade, á mera estancia ou situación física dun determinado espazo, mentres o traslado se relaciona coa noción de residencia que supón un acto volitivo, que busca un espazo como sede ou centro xurídico..., o que se exterioriza co plus locativo da habitualidade”¹³⁸.

A longa transcripción da doutrina do TSJ de Madrid, polo demais correspondente a dúas resolucións xudiciais illadas opta, en síntese, por un criterio volitivo centrado, como xa se apuntou, na fixación dunha nova residencia estable no Estado ao que o traballador fose desprazado. Pero nesta aproximación subxectiva ao art. 6.2 a do

136 *Ibid.*, pp. 66-7.

137 *Vide infra* a redacción deste precepto na proposta.

138 Auto do TSJ de Madrid de 29 marzo 1999 (AS 1339). Tratábase dun traballador desprazado ao Reino de España dende o Reino Unido por unha duración prevista de cinco anos, aínda que ao cabo só permaneceu pouco máis de tres anos, ata o seu despedimento. A Sala entendeu que tanto a duración prevista como a duración efectiva da prestación de servizos laborais en España parecían apuntar á idea de cambio de residencia. A mesma doutrina en STSJ de Madrid de 3 xuño 1999 (AS 1956), relativa ao mesmo suposto de feito que a anterior resolución.

Convenio de Roma tense en conta, sobre todo, a actitude do traballador desprazado, e moito menos a da empresa que emite a orde. Claro que o suposto de feito se caracterizaba por un desprazamento imposto pola empresa e non acordado por ambas as dúas partes, e neste caso habería que estar ao contido do propio acordo.

Outro suposto do que coñeceu a doutrina xudicial de suplicación refírese a un contrato indefinido no que se pactara a prestación de servizos en España durante os primeiros cinco anos. Non obstante, como queira que a relación laboral se rescindiu antes de alcanzarse o devandito prazo, o órgano xudicial entende que hai que ter en conta o criterio da realización efectiva do traballo “e non o que no futuro chegue - ou non- a ser”. Neste caso, pois, prevalece o criterio obxectivo por enriba do subxectivo, pero ante unha circunstancia fáctica moi especial¹³⁹.

D) Lei do Estado do establecemento que contratara o traballador

Menos discutido resulta o segundo criterio de fixación da lei aplicable en defecto de pacto: cando o traballador non realice habitualmente o seu traballo nun mesmo país, haberá que estar á lei daquel no cal se atope o establecemento que contratara o traballador. Trátase, polo tanto, da aplicación do criterio da *lex contractus*, que pode ter incidencia importante en certos ámbitos laborais, como o dos representantes de traballo, o do transporte ou o de certas empresas auxiliares que prestan servizos indistintamente en dous ou máis Estados. Debe destacarse, de novo, o paralelismo deste criterio co previsto no art. 19.2 b) do Regulamento 44/2001, para a fixación da competencia xudicial. Na práctica, a crecente internacionalización das relacións laborais e a mobilidade dos traballadores no desempeño das súas obrigas contractuais realzan a súa aplicabilidade.

Pero moitas máis dificultades suscita a lei aplicable a traballadores cuxos servizos se desenvolven en espazos non suxeitos a soberanía nacional, como é o caso do traballo no mar ou nas liñas aéreas. En tales situacións, a tendencia xudicial, por razóns doadamente comprensibles, oriéntase a aplicar a lei do lugar no que o traballador foi contratado, con preferencia sobre outros criterios, como a identificación artificial do lugar de traballo cun ou outro Estado. E esta norma, a do establecemento contratante, é tamén a que propugna a proposta de Regulamento sobre a lei aplicable ás obrigas contractuais -art. 6.2 (b)-. Aínda que abundan regras específicas, como a moi coñecida de identificar a lei aplicable coa do pavillón que enarborara unha embarcación¹⁴⁰. Ben pode suceder en tales casos que se trate dun pavillón de conveniencia, o cal produciría moi graves consecuencias de desprotección dos traballadores interesados.

139 STSJ de Galicia de 20 outubro 2005 (AS 2006/219).

140 Sobre esta regra, cos seus problemas prácticos e certa cita de doutrina xudicial española, en ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C., *op.cit.*, pp. 85 ss.

E) Casos de aplicación da cláusula “de escape” ou “de excepción” do convenio de Roma. Buques e abandeiramento

Consecuentemente, a aplicación da lei do Estado con que se corresponda o devandito pavillón de conveniencia debe ser evitada, para o cal serve de válvula de escape o inciso final do art. 6.2 do Tratado de Roma: “a menos que, do conxunto das circunstancias, resulte que o contrato de traballo teña vínculos máis estreitos con outro país, e neste caso será aplicable a lei deste outro país”. Así se pronunciou a maioría da doutrina que se ocupou do particular en Alemaña, Bélxica e Bélxica. Pola súa banda, no Reino Unido predomina a opinión de que nestes casos debe prevalecer, ao amparo do art. 6.2 b), a aplicación da Lei do Estado onde se sitúe o establecemento contratante do traballador¹⁴¹. En defensa desta tese adúcese que as embarcacións continuamente desprázanse a través de augas pertencentes a diferentes Estados, de modo que non pode dicirse que exista un lugar habitual de traballo nun determinado país.

Pola súa banda, a doutrina xudicial dos Estados comunitarios tampouco é incontrovertida. O Tribunal de Traballo alemán opta por non predeterminar o factor de conexión cunha determinada normativa interna que debe prevalecer e fia a solución a unha aplicación casuística que debe basearse en indagar cál é o Estado co que a relación laboral atopa vínculos máis estreitos, de acordo co inciso final do art. 6.2. Entre os órganos xudiciais holandeses prodúcense pronunciamentos diversos: en ocasións, prevalece sen máis a aplicación da lei do Estado ao que corresponde a bandeira que enarbora o buque. Noutras, rexe a lei do establecemento que contratou o traballador, nunha liña próxima á sustentada pola doutrina británica. Pola súa parte, a normativa francesa e a italiana remiten, en principio, á lei da nacionalidade do buque¹⁴².

Polo que respecta á doutrina xudicial española, resolveu a maioría dos conflitos que se formularon sobre esta materia aplicando a cláusula “de escape” do art. 6.2 *in fine* do convenio de Roma, impedindo que rexa a lei do Estado ao que se corresponde o pavillón do buque. Neste sentido díxose que “esta cláusula [de escape] vaixe, pois, a aplicar con respecto a determinadas relacións laborais nas que se atope presente un elemento de estranxeiría nas que o criterio tradicional conduciría a un ordenamento escasamente conectado coa relación, o que sucede: a) en caso de certos contratos de embarque, nos que a maior parte dos seus elementos vinculen a relación laboral cun determinado ordenamento estatal, distinto do país do pavillón e b) nos supostos

141 Véxanse datos sobre estas opinións no *Working Group* do Max Planck Institute, p. 68.

142 *Ibid.* Neste sentido, o art. 5 do *Code du Travail maritime* expresa que “*a présente loi est applicable aux engagements conclus par tout service à accomplir à bord d’un navire français. Elle n’est pas applicable aux marins engagés e France pour servir sur un navire étranger* ». Pola súa banda, o art. 9 do *Codice della Navigazione* italiano establece que « *I contratti di lavoro della xente do mare, do personale navegante della navigazione interna e do personale di volo sono regolati dalla legge nazionale della nave ou dell’ aeromobile, salva, lle a nave ou l’ aeromobile è di nacionalita straniera, a diversa volontà delle parti* ».

en que varía o estatuto persoal da empresa empregadora, xa sexa por motivo de transferir a súa sede social a outro Estado ou por participar nun procedemento de fusión internacional que o obrigaría a variar a súa personalidade, co obxecto de permitir a continuidade no réxime xurídico do seu contrato. Así pois, existen varios casos nos que se prevé a utilización do criterio da máis estreita conexión previsto no inciso final do art. 6.2 do Convenio de Roma. No caso que dá lugar á devandita argumentación do Tribunal sucedía que variara a personalidade da empresa contratante, producíndose por conseguinte un elemento engadido de estranxeiría, pero con mantemento da maioría dos puntos de conexión co Estado español. De modo que, como conclúe o Tribunal, “á vista de tales datos...a conclusión obrigada é a aplicación da cláusula de excepción ou escape do artigo 6 do Convenio de Roma, porque a relación laboral non ten conexión ningunha co dereito do país da empresa e si está totalmente conectado co dereito español”¹⁴³.

Especialmente ilustrativa é certa doutrina do TSJ de Canarias/Las Palmas que utiliza a cláusula “de escape” do art. 6.2 do Convenio de Roma para sortear algúns perigos desprotectores que poden suceder¹⁴⁴. Destaca o Tribunal que a relación de traballo marítimo-pesqueiro está fortemente condicionada polas peculiaridades que presenta o buque na súa dimensión de lugar de prestación de servizos. Como queira que a embarcación ostenta a consideración de centro de traballo, o desenvolvemento da relación laboral vincúlase a unha serie de requirimentos de tipo administrativo que rodean a inscrición e rexistro desta. Estas circunstancias, entre outras, conducen a unha situación que pode definirse de “extraterritorialidade” do traballo no mar, cos seguintes problemas que se producen cos contratos de embarque internacionais. Non é só –como xa se describiu no parágrafo anterior– que as empresas armadoras tendan a buscar fórmulas societarias complexas, como é o caso das empresas mixtas, configuradas coa única intención de sortear os crecentes problemas de acceso a determinados caladoiros. Trátase máis ben de que este artificio e outros –e moi en particular a utilización de segundos rexistros e de pavillóns de conveniencia– diríxense en non poucas ocasións a eludir a lexislación laboral española, evidentemente moito máis rigorosa que outras potencialmente aplicables.

Neste sentido, tanto o lexislador como a doutrina e a xurisprudencia buscan criterios que impidan a elusión ou fuxida do dereito máis protector e procuren a aplica-

143 STSJ de Canarias/Las Palmas de 21 marzo 2003 (AS 3836). Así resume os feitos a sentenza: “...hai que ter en conta, segundo a resultancia fáctica e os datos obrantes en autos: a) que na nova sociedade estranxeira, a sociedade española ten un 49% do capital social e probablemente, dado as súas características, o control de facto da devandita sociedade; b) que o buque tiña pavillón español; c) que o actor é español e foi contratado en España; d) que viña percibindo a súa retribución en España; e) que ao estar embarcado traballaba no buque que habitualmente faenaba en augas africanas; f) que a exportación do buque se fixo cumprindo a normativa española e comunitaria sobre a materia, debido, en parte, á perda do caladoiro marroquí”.

144 Vg., STSJ de Canarias/Las Palmas de 24 novembro 2004 (AS 3693).

ción do sistema xurídico co que materialmente existe unha máis estreita conexión. Baixo estas premisas expresa a Sala canaria canto segue: "...a doutrina postula a aplicación, para salvar os obstáculos derivados da aplicación taxativa do chamado *principio do pavillón* que devén determinante á hora de decidir a lexislación aplicable, das técnicas habitualmente acuñadas pola xurisprudencia para tales efectos (levantamento do veo) de grande virtualidade para resolver aqueles supostos conflitivos non previstos ordinariamente polo lexislador, que xunto a outras específicas, como a *doutrina das bandeiras de conveniencia* ten por obxecto evitar que a aplicación do criterio da lexislación do país da bandeira supoña un prexuízo para o traballador. A propia lexislación, nesa liña de protección social, a propósito das empresas mixtas, veu establecendo que os españois que pasen a traballar nestas empresas o farán, en todo caso, para os efectos da garantía dos seus dereitos en materia de Seguridade Social, como pertencentes a unha das empresas españolas participantes naquela (art. 7 do RD 830/85). A xurisprudencia aplica, en xeral, estes mesmos criterios, e así veu aplicando a normativa laboral do Estado distinto do pavillón cando a maior parte dos elementos do contrato de embarque vinculan a devandita relación laboral coa lexislación daquel Estado"¹⁴⁵.

Tamén sobre o específico caso do abandeiramento mediante pavillóns de conveniencia se pronunciou algunha moi interesante sentenza do TSJ de Galicia¹⁴⁶, na que así mesmo se foxe da aplicación da lei do Estado de abandeiramento, pero a través dun expediente en parte diferente: dun lado mantense que o contrato e o conflito presentan vínculos máis estreitos co Estado español. Pero, ademais, imponse a aplicación das leis imperativas –de policía– españolas, en aplicación do art. 7 do Convenio de Roma. Ante un suposto de feito no que o pavillón da embarcación era o da Bahamas, argumenta o Tribunal que "existen motivos sobrados para considerar a existencia de lazos máis estreitos coa lei española: o traballador é español e reside en España..., a súa contratación por unha empresa con domicilio bahamés obedece á súa anterior contratación por unha empresa española..., e mesmo, ao establecer as leis defectivamente aplicables á relación laboral acódesese aos convenios internacionais ratificados por España e, nunha parte á lexislación de España". Trátase, de novo, da regra do art. 6.2 *in fine* do Convenio de Roma, que exclúe a aplicación da normativa das illas Bahamas.

Así mesmo, a sentenza argumenta en torno ao art. 7 do Convenio de Roma: "...sen prexuízo da validez e da eficacia conforme á lexislación bahamés dos Acordos,... [estes] non poden, en ningún caso, contravir disposicións imperativas da lexislación española". Dende este punto de vista non se desbotaría a aplicación da lei do pavillón que ondee na embarcación, pero cos límites do art. 7 do Convenio de Roma: "ao aplicar, en virtude do presente Convenio, a lei dun país determinado, poderá darse

145 Esta STSJ de Canarias de 24 novembro 2004 cita na devandita liña SSTS de 9 maio 1988 (RJ 3774) e de 7 novembro 1999 (RJ 8015), así como unha STSJ de Canarias de 17 xullo 1992 [AS 3779].

146 STSJ de Galicia de 26 abril 2004 (AS 3077).

efecto ás disposicións imperativas da lei doutro país co que a situación presente un vínculo estreito, se e na medida en que, tales disposicións, segundo o dereito deste último país, son aplicables calquera que sexa a lei que rexa o contrato. Para decidir se se debe dar efecto a estas disposicións imperativas, terase en conta a súa natureza e o seu obxecto, así como as consecuencias que se derivarían da súa aplicación ou da súa inaplicación”. Sen prexuízo da análise deste precepto, que se aborda proximamente, abonde agora con confirmar que pode aplicarse para atenuar o rigor desprotector que podería levar consigo a aplicación núa da lei do abandeiramento do buque.

A mesma doutrina se atopa nalgún outro pronunciamento da propia Sala do Social do TSJ de Canarias/Las Palmas¹⁴⁷. Nesta sentenza, cunha argumentación sumamente detallada, que recolle xurisprudencia do TS, declara a aplicabilidade da lexislación española, en virtude da reiterada cláusula “de escape” do art. 6 do Convenio de Roma, por máis que o buque no que prestaba servizos o traballador ostentaba bandeira do Reino de Marrocos. Iso non obstante, os múltiples puntos de conexión da relación laboral co Reino de España determinaron a aplicación da lexislación española.

Ademais, e neste detalle repara o TSJ de Galicia, a xurisdición competente é a española, de modo que resultaba especialmente pertinente a aplicación da lexislación de policía española ao amparo do art. 7.2 do Convenio de Roma: “as disposicións do presente Convenio non poderán afectar á aplicación das normas da lei do país do xuíz que rexan imperativamente a situación, calquera que sexa a lei aplicable ao contrato”¹⁴⁸.

En fin, problemas próximos aos relatados prodúcense en relación cos segundos rexistros. Trátase de rexistros especiais de buques que ofrecen alternativamente algúns Estados, como Holanda, Gran Bretaña, Francia ou España e que garanten estándares de protección dos traballadores moito máis reducidos que os do propio Estado que os crea, a xeito de alternativa ao pavillón de conveniencia. Pero, na práctica, a norma aplicable ao contrato individual de traballo será en todo caso a do Estado correspondente, habitualmente mediante a utilización do criterio do art. 6.2 b) do Convenio de Roma: o establecemento contratante sitúase no devandito Estado¹⁴⁹.

Evidentemente, o problema da lei aplicable no ámbito marítimo foi unha cuestión que se tivo en conta na propia elaboración do Convenio de Roma. No informe Giuliano-Lagarde puxo de manifesto que non era precisa unha regra específica, senón que podía estarse ás xerais do art. 6. Como exemplo, se recorreu ao traballo en plataformas petrolíferas en mar aberto, que debería rexerse pola lei do establece-

147 P. ex., S. de 7 marzo 2005 (AS 1016).

148 A mesma doutrina, en STSJ de Galicia de 20 outubro 2005 (cit.)

149 Véxase esta referencia no *Working Group* do Max Planck Institute, p. 69.

mento contratante do traballador. E as opinións verquidas con ocasión do *Green Paper* non se mostraron especialmente entusiastas coa idea de que un futuro instrumento comunitario que regule a lei aplicable ao contrato individual de traballo estableza unha solución específica a este problema. Se cabe, podería facerse referencia, como solución xeral, á lei do pavillón do buque, sempre derogable no caso de que o devandito abandeiramento constituía a única vinculación do contrato con esta, e neste caso habería de buscarse outra coa que o vínculo fose máis estreito¹⁵⁰. Pero, en liñas xerais, a postura maioritaria avoga por non introducir unha regra concreta. Alégase, neste sentido, que o sistema de solución de conflitos normativos entre os ordenamentos de distintos Estados debe ser o suficientemente flexible e adaptable como para dar resposta a situacións non expresamente previstas ou non tomadas en consideración no momento de aprobarse a norma de conflito. Resulta imposible tomar en consideración todas as circunstancias que poidan formularse¹⁵¹. E a proposta de Regulamento segue esta postura maioritaria.

Porque existen outras moitas situacións nas que poderían suscitarse grandes dificultades. Cabería facerse referencia ás relacións laborais no ámbito aeronáutico, con circunstancias concomitantes ao ámbito marítimo¹⁵². Pero quizais resulte de maior interese facer unha sucinta referencia ao impacto das tecnoloxías da comunicación nesta materia. A expansión do teletraballo, co seu andamiaxe xurídico-laboral fundamentalmente configurado no ámbito comunitario polo Acordo Marco Europeo de 16 xullo 2002, suxire unha multiplicación das dúbidas. Cando a prestación de servizos se desenvolve no domicilio ou nun centro a distancia, mediante a utilización das devanditas tecnoloxías, hai unha nova disociación de normas potencialmente aplicables. Como regra de principio, podería interpretarse que se aplica a lei do Estado no que se atopa a terminal informática na cal o traballador desenvolve fisicamente os servizos, en aplicación da regra xeral do art. 6.2 a) do Convenio de Roma. Pero non cabe dúbida de que semellante solución formula a posibilidade de deslocalizacións físicas destes teletraballadores, coa conseguinte aplicación de estándares laborais menos proteccionistas. Salvo que puidese aplicarse outro ordenamento co que a relación presente vínculos máis estreitos, se iso fose posible. De novo planea o interrogante de se a normativa de conflito debера achegar unha resposta específica.

Por suposto, a posibilidade de peche de aplicar unha lei correspondente ao país con que o contrato de traballo teña vínculos máis estreitos constitúe unha cláusula de salvagarda sumamente útil. A casuística española coñece de supostos en que foi aplicada con evidente acerto. Por exemplo, para evitar a aplicación da lei do Estado no que se atopa o establecemento contratante –daquela, o Reino Unido– nun suposto

150 *Working Group* do Max Planck Institute, p. 70.

151 *CCBE Response to the Green Paper...*, cit., p. 9.

152 Amplas reflexións sobre este no *Working Group* do Max Planck Institute, pp. 70 ss.

dunha relación laboral cuxa prestación de servizos se efectuara en varios Estados Europeos, materialmente para un grupo de empresas, pero no que a ligazón especial co Reino de España era indubidable: nel iniciase a relación laboral, nel mantivo a súa residencia o traballador, a el volvía semanalmente, con abono de gastos por parte da entidade empregadora, e, en fin, ao seu sistema de Seguridade Social estivo continuamente dado de alta¹⁵³.

E, máis alá da casuística xudicial, esta regra “de escape” do art. 6.2 do Convenio de Roma pode aplicarse a situacións dignas de destacarse neste informe. Por exemplo, o *Green Paper* suxire que acaso habería que destacar a situación dos traballadores fronteirizos -situación que se silencia na proposta de Regulamento-. Para eles podería cuestionarse a aplicabilidade da lei do lugar de prestación de servizos, ou o do establecemento contratante -cando estes se prestan en varios Estados- e formularse que acaso resultase máis razoable nalgún suposto optar pola lei do Estado de residencia¹⁵⁴. Dende logo, algúns dos comentarios realizados sobre esta específica categoría de traballadores poderían servir de argumentos a favor da devandita regra de conflito de leis “de escape”.

Tamén se suscitan dúbidas interesantes en relación cos traballadores autónomos, pero economicamente dependentes. Como regra de principio, non se rexen polo art. 6 do Convenio de Roma, de modo que non existen maiores atrancos á hora de fixar libremente a lei aplicable, ao amparo e cos requisitos do art. 3. Pero esta conclusión pode producir, cando existe un forte desequilibrio entre as partes contratantes, unha evidente desprotección da parte máis débil. Iso non obstante, o Tribunal das Comunidades coñeceu dalgún caso nunha liña interpretativa chea de posibilidades de desenvolvemento nun futuro. Trátase do asunto *Ingmar*¹⁵⁵, relativo a un axente comercial que prestaba os seus servizos dentro da Comunidade Europea, pero que desenvolvía a súa actividade para unha sinatura californiana baixo un contrato de axencia con expreso sometemento á normativa americana. Ante tal situación, a Corte declarou que a normativa imperativa da Unión Europea -neste caso, a Directiva 86/653/CE, que non contén ningunha regra de conflito espacial de normas- debía aplicarse, aínda que a relación mercantil se rexese por unha normativa externa, sempre que no seu desenvolvemento houbo unha relación estreita coa Comunidade Europea.

4. APLICACIÓN DE NORMAS IMPERATIVAS

Nesta orde de ideas, tamén merece algún comentario adicional o xa transcrito art. 7, en relación coa aplicación necesaria de determinadas leis “de policía” dun Estado co que a relación laboral presenta un vínculo estreito pero cuxa lexislación non é a

153 STSJ de Madrid de 26 xuño 2001 (AS 2944).

154 *Green Paper...*, pp. 36-7.

155 Asunto C-381/98. Sentenza de 9 novembro 2000.

aplicable en virtude do art. 6 do Convenio. Xa se puxo de manifesto que este art. 7 garante a absoluta compatibilidade entre o Convenio de Roma e a Directiva 96/71/CE, en canto esta non dá resposta principal a cál é a lei que debe aplicarse. Pero agora convén reparar na súa incidencia á hora do establecemento duns concretos estándares laborais. Como punto de partida, púxose de manifesto que unha das grandes dificultades que presenta é a das dúbidas que pode formularlle a un órgano xudicial a determinación do carácter imperativo dunhas concretas normas. E, ademais, a complexidade engadida de aplicar illadamente uns preceptos de policía illados do seu conxunto normativo¹⁵⁶.

O art. 7 do Convenio de Roma é un precepto dunha interpretación farto confusa. Porque pode referirse a tres tipos de normas de policía: en primeiro lugar, ás correspondentes á lexislación do Estado do órgano xudicial competente para o coñecemento do asunto, ás que remite sen dúbida ningunha o seu apartado segundo. De modo tal que o xuíz interveniente debe aplicar as normas imperativas do seu propio ordenamento, calquera que sexa a lei aplicable ao contrato, mesmo tendo en conta as regras do art. 6 do Convenio. O cal, de por si, formula hipótese de difícil elección entre a norma imperativa da lei aplicable ao amparo do devandito art. 6 e a *lex fori* en hipotéticos supostos nos que unha e outra sexan incompatibles entre si, ou polo menos de moi difícil coordinación.

En segundo lugar, ás correspondentes á lei aplicable ao contrato, xa sexa porque a ela se acollen as partes, xa sexa porque a ela remite algunhas das regras do convenio de Roma. Vai de seu que neste caso se aplique esta normativa de policía, por máis que nin o apartado primeiro nin o segundo se refiran a el especificamente, porque non é preciso.

E, en terceiro, ás normas dun Estado co que o contrato presente un vínculo estreito, pero cuxa lei non sexa aplicable a este e, por diferenza coa hipótese formulada no apartado segundo do art. 7, os seus órganos xudiciais non sexan competentes de conformidade coas regras do Regulamento 44/2001. Trátase, pois, da aplicación de normas de *ius cogens* dun terceiro Estado. Ou, máis en puridade, non tanto de aplicalas senón de “darlles efecto”¹⁵⁷. Pero para iso o art. 7.1 do Convenio impón como requisito que a situación presente un vínculo estreito co país de que se trate –aínda que, por hipótese, cando se trata dun contrato de traballo, non o suficientemente como para que implique a aplicación da lei deste Estado, de acordo co art. 6-. Sendo así, o órgano competente terá que calibrar a necesidade de dar efectos a tales normas imperativas, a cuxo fin debe ter en conta a súa natureza e o seu obxecto, así como as consecuencias que se derivarían tanto da súa aplicación como da súa inaplicación.

156 Véxase estas críticas en MURAT METIN, H., *op. cit.*

157 Advertindo desta diferenza, *Working Group* do Max Planck Institute, *cit.*, p. 75.

Esta aplicabilidade das normas imperativas dun terceiro Estado constitúe un precepto singular no ámbito do Convenio de Roma, cuxa efectividade está rodeada dunha infinidade de problemas difíciles de afrontar. Tanto que, na práctica, o seu impacto real foi bastante limitado¹⁵⁸. Primeiramente, suscita o problema xa apuntado en relación coa aplicación das normas de policía da *lex fori* relativo á súa articulación coas normas imperativas do Estado cuxa lei resulta aplicable. En conexión con este problema, o da identificación da que disposicións imperativas se refire o art. 7. Para dar resposta a esta última cuestión, a doutrina distinguiu, no ámbito das conexións entre o art. 7 e os arts. 6 e 5 –este último referido á protección dos consumidores– as normas de protección –que serían as do art. 5 e 6– coas normas de intervención ou de orde política, é dicir, as do art. 7. Dito noutros termos, a efectividade das disposicións á que se refire este último precepto non alude tanto a unha orde pública tuitiva como de intervención nas relacións entre privados¹⁵⁹. A xeito de exemplo, circunscribíriase no art. 7 unha norma como o art. 51 do ET e concordantes, de conformidade coa cal os despedimentos colectivos requiren dunha autorización administrativa¹⁶⁰. Trátase, en todo caso, dunha opinión discutible, que pugnaría coa idea maioritaria que alberga a conexión entre o Convenio de Roma e a Directiva 96/71/CE precisamente neste art. 7.1, pero entendendo as normas do Estado de desprazamento temporal do traballador como normas imperativas na súa dimensión de proteccionistas do traballador e de certas condicións de traballo.

Así as cousas, os problemas na posta en práctica do art. 7.1 distan moito de estar resolto, ata o punto de que é case unánime a opinión de que este precepto, nunha eventual modificación do Convenio de Roma, merecería ser clarificado¹⁶¹. Ademais, a súa eficacia potencial resulta enorme, ata uns límites indesexables, a pouco que se interprete con flexibilidade a expresión “vínculo estreito”. Porque hai países que pugnan por estender o ámbito territorial de aplicación das súas normas de policía cunha clara vocación de extraterritorialidade. De aí que a norma de conflito deba acompañarse dunha doutrina xudicial ponderada á hora de enfrontarse a reivindicacións excesivas de aplicación de determinadas normas dun terceiro Estado.

A proposta de Regulamento sobre a lei aplicable ás obrigas contractuais tercia neste tema, e opta por definir as disposicións imperativas internacionais tomando como base a doutrina xudicial do Tribunal de Xustiza¹⁶², a cal as considera a título excep-

158 Como se recoñece no *CCBE Response to the Green Paper...*, cit., p. 9, a complexa regra do art. 7 raramente aplicase.

159 Véxase esta idea en BOUZA VIDAL, N., do grupo das Universidades Autónoma e Pompeu Fabra, p. 19.

160 En aparencia, o *Working Group* do Max Planck Institute, cit., p. 75 apunta a mesma idea cando cita como exemplos subsumibles no art. 7 normas de control de cambios, de restricións á importación e á exportación ou de embargos.

161 Por todos, *Working Group...*, cit., p. 75.

162 Sentenza de 23 novembro 1999, asuntos C-369/96 e C-374/96, *Arblade*.

cional, na súa condición de limitativas das liberdades comunitarias. Nesta liña, o art. 8.1 establece que “unha lei de policía é unha disposición imperativa cuxa observancia un país considera esencial para a salvagarda da súa organización política, social ou económica, ata o punto de esixir a súa aplicación a toda situación comprendida dentro do seu ámbito de aplicación, calquera que sexa, por outra parte, a lei aplicable ao contrato segundo o presente Regulamento”.

Resulta moi interesante en todo caso destacar, polo que afecta á lei aplicable no ámbito das relacións entre o Reino de España e a República de Portugal, que o art. 22.1 a) do Convenio de Roma establece a posibilidade de que calquera Estado contratante, no momento da sinatura, da ratificación, da aceptación ou da aprobación se reserve o dereito de non aplicar o art. 7.1. E exerceron este dereito varios Estados comunitarios, concretamente Alemaña, Irlanda, Luxemburgo, Portugal e o Reino Unido. Así pois, a República portuguesa excluíuse da aplicación do art. 7.1 e para ela non resulta vinculante, sen que forme parte, así pois, das súas regras de dereito internacional privado. En consecuencia, se a unha situación xurídica, en seguimento das regras do Convenio sobre conflito normativo, lle resulta de aplicación a lexislación portuguesa, resultando competente así mesmo un órgano xudicial portugués, non poderá tomar en consideración a posibilidade de dar efecto ás normas españolas de policía. Viceversa, se a lei aplicable é a española e o órgano competente é tamén español, posto que o Reino de España non efectuou reserva ao art. 7.1, haberá que formularse a efectividade das normas imperativas portuguesas, sempre e cando a relación laboral presente un vínculo estreito coa República. O cal é así porque, ao contrario do que sucede en Portugal, o art. 7.1 do Convenio de Roma si que constitúe norma de dereito internacional privado española.

Por suposto, a reserva afecta unicamente ao apartado 1 do art. 7, non ao apartado 2, de modo que ambos os dous, o xuíz portugués e o español, deben tomalo en consideración, sen prexuízo de cal sexa a lei aplicable ao contrato de traballo.

Pero, en definitivas contas, para que o art. 7.1 ostente unha aplicabilidade máis verosímil, sería necesario definir o concepto de “disposicións imperativas”, para que a remisión a estas, se corresponden a un terceiro Estado, constitúa unha consideración necesaria para o órgano xudicial actuante, que prevaleza obviamente sobre a vontade das partes do contrato. A este respecto, achegouse algunha interesante definición a xeito de proposta, como a que segue: “normas nacionais cuxo cumprimento se entenda tan crucial para a protección da orde política, social ou económica dun Estado membro implicado como para que se requira o seu cumprimento por parte de todas as persoas con presenza no territorio nacional dese Estado membro e de todas as relacións legais dentro deste”¹⁶³. Dende logo, a fórmula da proposta de Regulamento tomou dela non poucos elementos.

* * *

163 CCBE response to the Green Paper, cit., p. 8.

En resumo, as regras sobre competencia xudicial e sobre lei aplicable, por máis que presenten certas similitudes, son diferentes unhas doutras e responden a lóxicas distintas. A día de hoxe, mesmo sucede, polo que respecta ás relacións entre o Reino de España e a República de Portugal, que se rexen, en canto á materia da competencia xudicial, por un instrumento comunitario, como é o Regulamento 44/2001, de 22 decembro 2000, e, en canto á da lei aplicable, por un instrumento “paracomunitario” o “extracomunitario”, como é o Convenio de Roma de 19 xuño 1980. Pero, máis alá desta diferenza en canto ás fontes, debe destacarse a autonomía de ambas as dúas cuestións, a da competencia xudicial e a da lei aplicable. Porque é verosímil e probable que un órgano xudicial portugués deba aplicar a lei española ou, ao contrario, que un órgano xudicial español véxase na tesitura de aplicar a lei portuguesa.

O viveiro de problemas que formulan estas cuestións de Dereito Internacional Privado queda claramente de manifesto coa referencia á abundante doutrina xudicial que foi necesario citar. Sen embargo, e paradoxalmente, non sucede que no ámbito xeográfico da fronteira entre Galicia e o Norte de Portugal a litixiosidade sobre ambos os dous particulares resulte demasiado relevante, polo menos polo que respecta á casuística española e nun nivel de recurso de suplicación. Sen que sexa doado entender os porqués, nuns ámbitos nos que a permeabilidade e o intercambio de man de obra, cunha tupida rede de contratos de traballo nos que existen relevantes elementos de estranxeiría que conectan a relación laboral dun modo estreito tanto co ordenamento español coma co portugués, constitúen características destacadas da realidade.

En calquera caso, máxime se se toma en consideración o crecente trasfego de man de obra entre un lado e outro da fronteira, con situacións cuxas circunstancias de feito varían bastante entre elas, obriga a prognosticar que os problemas da lei aplicable e da xurisdición competente terán unha maior centralidade nun futuro a medio e longo prazo. O contrario sería un síntoma bastante preocupante de que algo estaría a funcionar mal no desenvolvemento social, económico e político da Eurorrexión.

REGULACIÓN ESPAÑOLA E
PORTUGUESA DOS
DESPLAZAMENTOS TEMPORAIS
DE TRABALLADORES A OUTRO
ESTADO. A SÚA COMPARACIÓN
CO RÉXIME DISPOSTO POLA
DIRECTIVA 96/71/CE

CAPÍTULO TERCEIRO

I. INTRODUCCIÓN

Na actualidade, é frecuente que o ciclo produtivo dunha empresa se presente fragmentado no sentido de que determinadas actividades ou operacións daquel, tanto inmediatas como complementarias ou accesorias, en lugar de realizarse con recursos propios, trasládanse a outras empresas especializadas nelas, coas que se manteñen relacións de cooperación e coordinación e que se comprometen, en virtude do correspondente contrato, a executar as aludidas actividades ou operacións achegando os medios materiais e os traballadores necesarios. Para referirse a tal situación, tan sucintamente exposta, adóitase empregar a expresión “descentralización produtiva”. Designa esta expresión un fenómeno da maior complexidade e amplitude, que non responde a un único modelo nin se presenta asociado ao emprego dunha única figura contractual. En efecto, ao lado da descentralización produtiva “típica”, levada a cabo por medio do recurso a contratos civís e mercantís clásicos, como é o caso dos contratos de arrendamentos de obras e de servizos, aparecen, cada vez con maior frecuencia, formas de descentralización produtiva cubertas por novos tipos contractuais, como os contratos de axencia, de concesión ou distribución comercial, de franquía, “merchandaising”, “engineering”, “factoring”, “catering”, de posta a disposición de traballadores, etc. Por outro lado, non é raro que o uso dos anteriores contratos se produza entre empresas que forman un grupo, o cal pode ter orixe na fragmentación ou división dunha empresa anterior.

Pero, ademais, polo que aquí interesa, o fenómeno dista moito de permanecer circunscrito ao ámbito territorial do Estado en que se atope establecida a empresa que “descentraliza” actividades. Cando menos, a libre prestación de servizos que rexe na Unión Europea (arte. 49 e segs. TCE) determina que os contratos aos que se recorra para levar á práctica a descentralización produtiva poidan celebrarse con empresas establecidas en calquera outro Estado membro daquela ou que, aínda celebrándose entre empresas establecidas no mesmo Estado, poidan ter como obxecto obras ou servizos que precisa executar a empresa comitente noutro Estado membro, para si ou para empresa ou persoa establecida ou que exerza a súa actividade nel¹⁶⁴. A apertura do mercado da contratación de obras e servizos que trouxo a aplicación da referida liberdade básica conduce a que, na actualidade, en modo ningún sorprendan descentralizacións produtivas onde concorren as circunstancias indicadas, ás que se engade a posibilidade de que todas ou algunhas das empresas involucradas aparezan formando parte dun grupo empresarial.

Quede claro, sen embargo, que a libre prestación de servizos non se limita a facer acto de presenza nos procesos de descentralización produtiva que levan a cabo as empresas. Permite tamén que a empresa establecida no territorio dun Estado mem-

164 Por exemplo, unha subcontrata entre dúas empresas portuguesas para realizar unha obra ou servizo para unha empresa establecida en España ou de calquera outro Estado membro que exerza a súa actividade en España.

bro (ou asimilado) poida comprometerse á prestación dun servizo que solicite calquera persoa física ou xurídica que non teña a condición de empresario ou que non actúe como tal ao contratar aquel.

En ambos os dous casos, cabe que as empresas prestadoras do servizo lévenlo a cabo valéndose de traballadores contratados no propio Estado do destinatario, así como que os correspondentes contratos de traballo se sometan á lexislación laboral do devandito Estado ¹⁶⁵, da que formaría parte, por suposto, os convenios colectivos. Dende o punto de vista do Dereito do Traballo, a situación sería equiparable á de prestacións de servizos entre empresas establecidas nun mesmo Estado; ou entre unha empresa e un comitente ou destinatario do mesmo Estado. Non acontece igual cando as empresas prestadoras dos servizos, entendida a cualificación en sentido amplo, optan por cumprir o encargo asumido valéndose de traballadores de que dispoñen no Estado onde están establecidas, contratados por elas ou postos á súa disposición conforme á lexislación laboral deste, desprazándoos temporalmente ao territorio do Estado onde se atopan establecidas ou exercen a súa actividade as empresas clientes (principais ou comitentes; usuarias, se o servizo recibido se limita á cesión de traballadores) ou as persoas físicas ou xurídicas contratantes dos aludidos servizos. Tales supostos forman parte dos que aquí se contemplan, onde se produce, en definitiva, un desprazamento xeográfico temporal de alcance internacional.

A aproximación das lexislacións sociais dos distintos Estados membros, que forma parte da política social comunitaria, non pretende a identidade destas e, en concreto, dos niveis de protección que dispensan aos traballadores ou das condicións de emprego e de traballo que establecen. Pode darse o caso, pois, de que todas ou algunhas de tales condicións resulten superiores no Estado de orixe ou no Estado ao que son desprazados temporalmente os traballadores. Dende a perspectiva estrita da libre prestación de servizos, a situación pide ser resolta no sentido de que ao desprazado lle han de acompañar as condicións recoñecidas pola lexislación laboral do Estado no que figure contratado e ao que pertence a súa empresa; esas condicións serían as únicas aplicables. Sen embargo, o anterior supón dar por bo que nun mesmo ámbito xeográfico poidan existir traballadores que gozan de condicións de traballo e emprego inferiores ás doutros ocupados en igual tipo de traballo. Iso que choca coas esixencias doutra liberdade fundamental, que é a libre circulación de traballadores, caracterizada agora pola circunstancia de que afecta a un grupo de persoas que non se despraza para a busca dun emprego, que constitúe o suposto típico, senón, precisamente, para o que xa teñen en virtude dun contrato de traballo preexistente.

Non hai conflito cando as condicións de traballo e emprego do Estado de orixe sexan superiores, pois a libre circulación de traballadores só pretende a supresión dos efec-

¹⁶⁵ Véxanse arts. 3 e 6 do Convenio de 19 xuño 1980, sobre a lei aplicable ás obrigas contractuais (*Convenio de Roma*), ratificado por España o 7 maio 1993.

tos negativos do seu exercicio. Precisamente, decidir que nestes supostos se lle apliquen ao desprazado as condicións de traballo e emprego do Estado de destino ou acollida constituiría un obstáculo ao exercicio da libre circulación de traballadores; non a favorecería. O problema preséntase, como xa apuntei, nos casos en que tales condicións son inferiores no Estado de orixe. Dun lado, a vantaxe competitiva que obterían desta situación as empresas establecidas no devandito Estado podería afectar á competencia leal entre as empresas dos distintos Estados que realizan actividades transnacionais de prestación de obras e servizos. Doutro, existe o risco de que a situación contemplada favoreza o desenvolvemento do efecto negativo de conxelación ou, mesmo, redución dos niveis de protección social dos Estados que os teñan máis elevados; ou prexudique os mercados nacionais de traballo destes Estados, dificultando que os seus traballadores poidan acceder ao emprego ou manterse nel. Partindo de que os dereitos á libre prestación de servizos e á libre circulación de traballadores non son, como calquera outros, absolutos, no proceso de busca dunha solución definitiva que harmonice as esixencias daqueles e os intereses en presenza considérase satisfactoria, por hoxe, a de garantir aos traballadores desprazados a aplicación de determinadas condicións de traballo e emprego que rexen no Estado onde van prestar temporalmente a súa actividade, sempre que resulten máis favorables que as derivadas da aplicación da lexislación laboral do Estado de orixe e do contrato de traballo celebrado conforme á devandita lexislación.

En honra á verdade, a argumentación anterior ten na súa contra á xurisprudencia do TJCE, que rexeita que o tipo de desprazamentos aquí considerados supoña o exercicio da libre circulación de traballadores por parte dos desprazados ¹⁶⁶. Se se comparte tal tese, ha de suprimirse do razoamento a referencia á libre circulación de traballadores. O conflito non sería entón entre a libre prestación de servizos e a libre circulación de traballadores, senón entre a primeira e os aludidos intereses relacionados coa competencia leal entre as empresas, a protección dos mercados nacionais de traballo e o non prexuízo dos niveis de protección social máis elevados. A solución que harmoniza as tensións entre aquela e estes segue sendo a xa descrita. A devandita solución proporciónaa a Directiva 96/71/CE, de 16 decembro 1996, do Parlamento Europeo e do Consello, sobre o desprazamento de traballadores efectua-

166 Así, entre outras, STJCE de 25 outubro 2001 (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 e C-68/98 a C-71/98; *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda.* e outras): “o órgano xurisdiccional remitente considera, ao igual que as sociedades Finalarte ... e Portuguesa Construções Lda., que o artigo 48 do Tratado se aplica tamén aos litixios principais, posto que as posibilidades que teñen os traballadores de ser empregados e desprazados ao estranxeiro diminúe na medida en que ... obstaculízase o exercicio de actividades en Alemaña por parte dun empresario no marco da libre prestación de servizos” (apartado 21). “A este respecto, o Tribunal de Xustiza sinalou que o persoal dunha empresa establecida nun Estado membro que é enviado temporalmente a outro Estado membro para realizar prestacións de servizos *non pretende en modo ningún acceder ao mercado laboral deste segundo Estado*, xa que volve ao seu país de orixe ou de residencia despois de concluír a súa misión ...” (apartado 22). “Do antedito dedúcese que o artigo 48 do Tratado non se aplica aos litixios principais” (apartado 23).

do no marco dunha prestación de servizos. Esta Directiva, que acusa a influencia dos criterios sobre a materia mantidos ata entón polo TJCE ¹⁶⁷, algúns dos cales “normativiza”, e pecha as aberturas que o Convenio de Roma brinda a posibilidade de evitar a efectiva aplicación de determinadas condicións de traballo máis vantaxosas contidas en normas de policía do Estado de destino ¹⁶⁸, foi obxecto de transposición, en España, pola Lei 45/1999, de 29 novembro, sobre o desprazamento de traballadores no marco dunha prestación de servizos transnacional, a cal, ademais de contemplar algunhas situacións non esixidas pola transposición (certos desprazamentos realizados por empresas establecidas en España), aproveitouse tamén para a modificación da Lei 14/1994, de 1 xuño, pola que se regulan as empresas de traballo temporal; que inclúe dende entón un novo capítulo (o VI; arts. 22 a 27, ambos os dous incluídos) dedicado á “actividade transnacional das empresas de traballo temporal”, tanto das establecidas noutros Estados membros da Unión Europea (ou en Estados signatarios do *Acordo sobre o espazo económico europeo*) como das españolas. En Portugal, obedecen á transposición da citada Directiva os arts. 7 (“destacamento em territorio português”) e 8 (“condições de trabalho”) CT e o capítulo II da LRCT; ademais, aínda que xa non responda ao pedido pola transposición daquela, debe traerse a colación o disposto no art. 9 CT (“destacamento para outros Estados”). Sobre este conxunto normativo versa a exposición que segue.

II. DESPRAZAMENTOS AFECTADOS

A aplicación das previsións da Directiva 96/71/CE (art. 3.1) e dos textos legais españois e portugueses que se ocupan da mesma materia supéditase a que concorran no desprazamento unha serie de presupostos. Deles, só o da temporalidade se configura de igual modo na Directiva e nos mencionados textos legais. O tratamento que estes dispensan aos demais ofrece particularidades que conducen a que o seu ámbito de aplicación resulte máis amplo que a da Directiva. Ao exame dos aludidos presupostos dedícanse os apartados seguintes.

1. SOBRE A TEMPORALIDADE DO DESPRAZAMENTO

A temporalidade contemplada opera nun dobre plano. En primeiro lugar, a súa falta impide que o correspondente suposto quede comprendido no ámbito de aplicación das normas comentadas. En segundo lugar, o seu maior ou menor vai influír sobre as condicións de traballo da lexislación do país de destino a garantir ao traballador desprazado; en concreto, considérase conveniente que nalgúns desprazamentos, de breve duración ou para traballos de escasa importancia, a protección non se esten-

¹⁶⁷ Por exemplo, na súa sentenza de 27 marzo 1990 (asunto C-113/89, *Rush Portuguesa*).

¹⁶⁸ Véxase M^a. E. CASAS BAAMONDE: *Los desplazamientos temporales de trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Civitas (Madrid, 2001), páxinas 28 e 29.

da a determinadas condicións de traballo garantidas con carácter xeral. Esta segunda faceta da temporalidade trátase máis adiante, con ocasión do exame das condicións de traballo garantidas aos traballadores desprazados. Así pois, é a primeira faceta a que aquí se contempla.

Estase sempre ante desprazamentos temporais ou por “un período limitado de tempo” (art. 2.1 Directiva 96/71/CE e art. 1.1 1º e 2º LDT), o cal non concreta ningunha das normas comentadas, quizais polas dificultades para a fixación de prazos susceptibles de aceptable aplicación xeral. Tampouco se fixan prazos mínimos. A falta de regras específicas sobre esta cuestión da extensión temporal do desprazamento transnacional, haberá que reparar no suposto que o orixine e nas previsións que sobre a duración do desprazamento interno figuren establecidas, para igual suposto, ademais de polas normas estatais do país de orixe conforme ás cales se celebrara o contrato de traballo, polas que poidan aparecer no convenio colectivo aplicable e no propio contrato de traballo.

Así, supoñendo que o convenio colectivo ou o contrato de traballo non especifiquen nada, se aquel suposto é o definido por unha contrata ou subcontrata transnacional, a temporalidade do desprazamento presentarase asociada á vixencia desta e, no seu caso, dentro dela, ao período de tempo durante o que se precise contar co traballo do desprazado ¹⁶⁹. Se o desprazamento se produce a un centro da propia empresa ou a outra empresa que pertenza ao grupo do que forma parte a primeira, haberá que estar ao que a normativa estatal do Estado de orixe dispoña sobre o carácter temporal ou definitivo do traslado, así como ao que o convenio colectivo e o contrato de traballo poidan precisar dentro do permitido pola referida normativa. Deste modo, a falta de convenio colectivo ou pacto individual que o someta a unha duración inferior, o desprazamento de traballadores a Portugal decidido por unha empresa española para atender a unha contrata ou a necesidades dun dos seus centros situados alí será temporal, para os efectos do ordenado pola disposición adicional primeira LDT e de quedar sometido á lexislación portuguesa sobre desprazamentos transnacionais, cando non supere a duración que establece o art. 40.4 ET ¹⁷⁰. No caso de que sexa unha empresa portuguesa a que decide o desprazamento a un centro co que conta en España, a duración do devandito desprazamento (“transferencia temporaria”), a falta tamén de pacto individual ou colectivo que dispoña outra cousa, non poderá exceder de seis meses, salvo situacións especiais, de acordo co art. 316.3 CT ¹⁷¹. Se o desprazamento se produce a outra

¹⁶⁹ Téñase en conta que as características da contrata ou subcontrata poden supoñer que a medida que avanza a execución do encargo que constitúe o seu obxecto se precise destinar menos traballadores á devandita execución.

¹⁷⁰ De acordo co parágrafo último do precepto, “os desprazamentos cuxa duración nun período de tres anos exceda de doce meses terán, a todos os efectos, o tratamento previsto nesta Lei para os traslados”.

¹⁷¹ Sinala tamén o precepto que a empresa, ademais de xustificar a súa decisión, debe precisar a duración previsible do desprazamento.

empresa do grupo, en virtude dunha cesión temporal (“cedência ocasional”), a súa duración, que debe constar no documento de cesión asinado polo traballador afectado (art. 325.1 CT), non poderá exceder dun ano, “prorrogable por iguais períodos ata o límite máximo de cinco anos” [art. 324.d) CT]. Por último, se o desprazamento afecta a un traballador contratado por unha empresa de traballo temporal e obedece ás necesidades de man de obra que pretende cubrir a empresa usuaria ao asinar o contrato de posta a disposición, a temporalidade daquel dependerá do que as normas nacionais que rexan este contrato establezan respecto á súa duración ¹⁷².

2. A EXISTENCIA DUNHA RELACIÓN LABORAL, DURANTE O DESPRAZAMENTO, ENTRE O DESPRAZADO E A EMPRESA QUE DESPRAZA

Tamén coinciden os textos normativos aquí considerados en esixir, como presuposto da súa aplicación, que subsista durante o desprazamento a relación laboral mantida ata entón polo traballador afectado e a empresa que o despraza ¹⁷³. A LDT omite facer referencia a tal requisito ao incluír o suposto especial, contemplado tamén pola normativa portuguesa, pero non pola Directiva, dos traballadores cedidos por empresas de traballo temporal noutro Estado, cando o seu desprazamento o realice (ordene), non esta, senón a empresa usuaria, que decide darlle ocupación nun centro con que conte no Estado de destino, noutra empresa do seu mesmo grupo establecida no devandito Estado ou na execución dun contrato de obra ou de servizos que deba cumprir en tal Estado (art. 2.2). A omisión é oportuna, pois o desprazado segue sendo entón traballador da empresa de traballo temporal, non da usuaria que o despraza. Polo tanto, o que debe pedirse é que durante o desprazamento se manteña o contrato de traballo entre o traballador cedido e a empresa de traballo temporal. É así como debe entenderse a indicación do art. 11.3 LRCT, cando estende as normas sobre desprazamentos a este caso particular, “dende que o contrato de traballo subsista durante o destacamento”.

A existencia da relación laboral, que debe manterse durante o desprazamento, ha de ser apreciada, segundo a Directiva, aplicando a lexislación laboral do país de destino ¹⁷⁴. Pode suceder, polo tanto, que o desprazado teña a condición de traballador de acordo coa lexislación do Estado onde estea establecida a empresa que o despraza, pero non de acordo coa do país de destino; ou viceversa. No primeiro caso, o desprazamento quedaría á marxe do disposto pola Directiva; no segundo, atoparíase suxeito ás súas previsións.

¹⁷² Véxanse, sobre o particular, arts. 7, 22.1.b) e 26.1 LETT. De acordo co art. 14.f) do Real Decreto 4/1995, de 13 xaneiro, forma parte do contido mínimo do contrato de posta a disposición a indicación da súa “duración estimada”.

¹⁷³ Art. 1.3.a), b) e c) Directiva 96/71/CE; art. 2.1 2º LDT; arts. 7.1 e 9 CT (“enquanto durar ou contrato de traballo”) e art. 11.3 LRCT (“dende que o contrato de traballo subsista durante o destacamento”).

¹⁷⁴ Art. 2.2: “para os efectos da presente Directiva, o concepto de traballador é o que sexa aplicable conforme ao Dereito do Estado membro en cuxo territorio o traballador estea desprazado”.

O anterior ten relevancia nos desprazamentos que interesan de forma especial aos efectos do presente estudo. O concepto de traballador suxeito á lexislación laboral non coincide exactamente no Dereito español e no portugués. En ambos os dous, é traballador quen se obriga a prestar a súa actividade persoal en virtude dun contrato de traballo, o que implica que os servizos propios desa actividade se realicen por conta allea, mediante retribución e baixo a dirección de quen os recibe (dependencia) ¹⁷⁵. Pero, ademais, no Dereito portugués figuran suxeitos ás prescricións do CT, “principalmente as relativas aos dereitos da personalidade, igualdade e non discriminación e seguridade, hixiene e saúde no traballo”, os que desenvolvan a súa actividade en virtude dos denominados “contratos equiparados” ao contrato de traballo, que son aqueles “que teñan por obxecto a prestación de traballo, sen subordinación xurídica”, pero en condicións tales que o traballador atópanse baixo a “dependencia económica do beneficiario da actividade” (art. 13 CT). Así as cousas, o desprazamento a España decidido por empresa establecida en Portugal conduce á aplicación da LDT só cando o desprazado traballe para a referida empresa en virtude dun contrato de traballo e, polo tanto, poida considerarse incluído no concepto de traballador que contén o art. 1.1 ET. En cambio, tratándose de desprazamentos a Portugal decididos por empresa establecida en España, cabería postular a súa suxeición á normativa portuguesa sobre desprazamentos tanto se os contratos mantidos entre aquela e os desprazados resultan ser de traballo, no sentido do art. 10 CT, coma se figuran incluídos entre os que o CT designa coa expresión de “contratos equiparados”.

3. PRESUPOSTO OBXECTIVO

A temporalidade do desprazamento e a existencia, mentres dure, de relación laboral entre o desprazado e a empresa que o despraza, son condicións necesarias, pero non suficientes, para a aplicación das previsións da Directiva 96/71/CE ou da normativa portuguesa e española contemplada. A devandita aplicación tamén depende dun presuposto “obxectivo” e complexo, resultado de reparar no Estado onde figure establecida a empresa á que pertence o traballador desprazado e no Estado a cuxo territorio se produce o desprazamento, así como nos motivos ou actividades empresariais transnacionais aos que debe servir este.

A) Os lugares do establecemento da empresa que despraza e do desprazamento

Segundo indica a Directiva 96/71/CE, as súas prescricións son de aplicación aos desprazamentos de traballadores realizados por empresas establecidas nun Estado membro que teñan como destino o territorio doutro Estado membro ¹⁷⁶. Aínda así, debe terse en conta que aquelas tamén se observarán cando a empresa que despraza ou o

¹⁷⁵ Art. 1.1 ET e art. 10 CT.

¹⁷⁶ Art. 1.1 “A presente Directiva aplicarase ás empresas establecidas nun Estado membro que ... despracen traballadores ... no territorio dun (*sic*) Estado membro”.

lugar do desprazamento pertenzan a algún dos Estados asinantes do *Acordo sobre o Espazo Económico Europeo* ¹⁷⁷, do 2 de maio 1992. En virtude deste Acordo, ha de entenderse que os devanditos Estados (Noruega, Islandia e Liechtenstein), nos que pasan a rexer a libre prestación de servizos, a liberdade de establecemento e a libre circulación de traballadores, son igualmente destinatarios da Directiva.

Posto que responden á transposición da Directiva, non estraña que tanto a LDT como as normas portuguesas equivalentes atendan tamén ás condicións agora examinadas ao definir o seu ámbito de aplicación; sen embargo, fano en termos tales que conducen a que o referido ámbito -desprazamentos incluídos- sexa maior que o que se derivaría da mera transposición da Directiva.

Polo que respecta a Portugal, a aplicación das súas normas sobre desprazamentos temporais producirase:

1) Cando unha empresa establecida “noutro Estado” desprace os seus traballadores ao territorio portugués (art. 7 CT e art. 11.2, parágrafo primeiro, LRCT). Non indicándose outra cousa, hai que entender que a referida empresa pode ser ou non dun Estado da Unión Europea ou do Espazo Económico Europeo. En suma, a aplicación de que se trata terá lugar calquera que sexa ese outro Estado de establecemento.

2) Cando unha empresa usuaria desprace a Portugal a traballadores que lle foron cedidos por unha empresa de traballo temporal, sobreenténdese que noutro Estado (art. 11.3 LRCT. A indicación de que a empresa usuaria debe figurar establecida “noutro Estado” non é afortunada; debe entenderse que abonda con que opere nel).

E 3) cando unha empresa establecida en Portugal desprace aos seus traballadores ao territorio doutro Estado, o que permite entender, de novo, que poderá ser ou non da Unión Europea ou do Espazo Económico Europeo (art. 9 CT).

En canto a España, a LDT dispón a súa aplicación:

1) aos desprazamentos temporais a España decididos por “empresas establecidas nun Estado membro da Unión Europea ou nun Estado signatario do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo” (art. 1.2; reitera a inclusión, para o caso específico do desprazamento decidido por unha empresa de traballo temporal, o art. 22.1 LETT).

2) aos desprazamentos temporais a España efectuados por empresas establecidas en Estados distintos dos anteriores, cando “tales empresas poidan prestar servizos en España en virtude do establecido nos convenios internacionais que sexan de aplicación” (disposición adicional cuarta).

177 DO, serie L, núm. 1, de 3 xaneiro 1994.

3) aos desprazamentos a España que unha empresa usuaria decida en relación con traballadores que lle foron cedidos noutro Estado (“no estranxeiro”) por unha empresa de traballo temporal establecida ou que opere nel (art. 2.2).

E 4) aos desprazamentos temporais ao territorio dun Estado membro da Unión Europea ou signatario do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo realizados por empresas establecidas en España (disposición adicional primeira, 1; reitera a inclusión, para o caso específico de desprazamentos decididos por empresas de traballo temporal establecidas en España, o art. 26.1 LETT).

Comparando as regulacións española e portuguesa, compróbase, sen dificultade, que os desprazamentos incluídos apenas difiren. Pero non hai plena identidade. Esta é predicable en relación cos desprazamentos ao territorio nacional decididos por empresas establecidas noutros Estados. Así, os supostos do art. 1.2 e da disposición a adicional cuarta LDT veñen a coincidir cos incluídos nos arts. 7 CT e 11.2 LRCT; por outra banda, tamén se enxerga coincidencia entre o que dispón o art. 2.2 LDT e o art. 11.3 LRCT. En cambio, cando se trata de desprazamentos a outro Estado decididos por empresas establecidas no territorio nacional, cuxa contemplación, por certo, non require a transposición da Directiva 96/71/CE, mentres que a lexislación portuguesa (art. 9 CT) regula o suposto en termos que permiten a inclusión de calquera desprazamento efectuado a calquera outro Estado, nas normas españolas contempladas (disposición adicional primeira, 1 LDT; art. 26.1 LETT) non aparecen regras que resulten aplicables ás empresas establecidas en España que despracen temporalmente aos seus traballadores a Estados que non sexan membros da Unión Europea ou que non pertencen aos asinantes do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo. Quedan fóra das previsións das aludidas normas, por exemplo, o desprazamento do traballador español contratado en España por empresa española para prestar a súa actividade temporalmente en centros ou dependencias de que dispón a devandita empresa nun dos mencionados Estados, que se rexería pola lexislación laboral española “sen prexuízo das normas de orde pública aplicables no lugar de traballo” (art. 1.4 ET). Tamén o do traballador estranxeiro que se atope en igual situación; ou o do traballador, español ou estranxeiro, contratado en España por unha empresa de traballo temporal para ser posto a disposición dunha empresa usuaria establecida nalgún daqueles Estados.

Dispoñer, como fan as normas españolas e portuguesas, que as súas previsións sobre desprazamentos de traballadores ao territorio nacional se aplican tamén aos realizados por empresas non establecidas en Estados membros da Unión Europea ou nalgún dos Estados asinantes do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo, é unha forma de dar cumprimento ao ordenado polo art. 1.4 da Directiva, segundo o cal “as empresas establecidas nun Estado que non sexa membro non deberán obter un trato máis favorable que as empresas establecidas nun Estado membro”. Noutros termos, non cabe entender que aquelas previsións vaian máis alá do esixido pola devandita Directiva.

B) Os motivos do desprazamento ou as actividades empresariais ás que debe figurar unido (operacións de “prestación de servizos transnacional”)

Para apreciar que concorre o suposto de feito considerado pola Directiva 96/71/CE e a lexislación española e portuguesa sobre desprazamentos temporais tamén é preciso que o desprazamento do traballador se atope unido a unha das seguintes situacións, que a Directiva e a LDT identifican como constitutivas dunha “prestación de servizos transnacional”:

1) Á execución dun contrato que a empresa do desprazado celebre coa empresa ou persoa destinataria da prestación de servizos obxecto do devandito contrato e que figure establecida, opere ou exerza a súa actividade no Estado de destino [art. 1.3.a) Directiva 96/71/CE; arts. 7.1 CT e 11.2.a) LRCT; art. 2.1 1º.a) LDT]. O suposto é o propio dos desprazamentos producidos para cumprir encargos comprendidos na contratación e subcontratación transnacional de obras ou servizos. Repárese en que non se pide que o suxeito destinatario do servizo ou da obra contratada se atope establecido no Estado ao que se despraza ao traballador (no noso caso, España ou Portugal). A aplicación das normas contempladas non depende do Estado no que teña o seu establecemento o destinatario do servizo ou da obra; o decisivo é que este demande que o encargo se execute no devandito Estado. Aínda se figura establecido noutro, que pode ser, incluso, o mesmo que o da empresa á que pertence o traballador desprazado, estarase ante o suposto aquí contemplado cando a obra ou servizo contratada forme parte dun encargo que o destinatario se compromete a realizar no Estado ao que son desprazados os traballadores da súa empresa contratista, coa que conveu a execución de tal obra ou servizo ¹⁷⁸.

2) Á prestación da actividade laboral do desprazado nun centro de traballo de que dispoña a súa empresa no Estado de destino (desprazamentos “intraempresariais” internacionais) ou nunha empresa do grupo de que esta forme parte (desprazamentos “intragrupais” internacionais), establecida no devandito Estado [art. 1.3.b) Directiva 96/71/CE; arts. 7.1 CT e 11.2.b) LRCT; art. 2.1.1º.b) LDT]. Renuncia a Directiva a especificar que se entende, para os efectos do segundo tipo de desprazamentos, por grupo de empresas. En Portugal, a situación soluciónase incluíndo nese tipo de desprazamentos, que a Directiva identifica como realizados para traballar “nunha empresa que pertenza ao grupo” [art. 1.3.b)], os que teñan por obxecto que o traballador preste a súa actividade laboral noutra empresa coa que exista “unha relación societaria de participacións recíprocas, de dominio ou de grupo” [art.11.2.b) LRCT]. En cambio, o Dereito español opta por recorrer a un concepto de grupo construído aos efectos dos dereitos de información e consulta dos traballadores nas empresas e grupos de empresas de dimensión comunitaria, que se axusta ao ofrecido, a iguais efectos, polo art. 3 da Directiva 94/45/CE, de 22 setembro 1994, do Consello, relativa á constitución dun comité de empresa europeo ou dun procede-

¹⁷⁸ Encaixa aquí o caso descrito *supra* nota 1.

mento de información e consulta aos traballadores nas empresas e grupos de empresas de dimensión comunitaria. De acordo co art. 2.1.1º.b) LDT, enténdese por grupo de empresas, para os efectos dos desprazamentos aquí contemplados, “o formado por unha empresa que exerce o control e as empresas controladas”, unha e outras concibidas nos termos do art. 4 da Lei 10/1997, de 24 abril, sobre dereitos de información e consulta dos traballadores nas empresas e grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Visto o anterior, xorde a cuestión de se coinciden as solucións do Dereito español e do Dereito portugués en canto á amplitude do grupo de empresas ao que se refiren con ocasión do tratamento dos desprazamentos examinados. Aínda se se aprecia a coincidencia, non está de sobra advertir que o Dereito portugués facilita o desprazamento a outra empresa do grupo dende o momento en que regula de forma expresa, dun lado, a posibilidade de que o traballador asine un contrato de traballo obrigándose a prestar a súa actividade para unha pluralidade de empresarios “entre os que exista unha relación societaria de participacións recíprocas, de dominio ou de grupo”, ou que “manteñan estruturas organizativas comúns” (art. 92 CT); doutro, a posibilidade de que aquel sexa obxecto, co seu consentimento, dunha cesión temporal (“cedência ocasional”) a outra empresa coa que se teña algunha das relacións que se acaban de mencionar, sen prexuízo do mantendo do contrato de traballo celebrado coa empresa cedente (arte. 322 e segs. CT). Pode suceder, polo tanto, que desprazamentos que unha empresa establecida en Portugal poida facer a outra do seu “grupo” establecida en España, en virtude dos preceptos transcritos do CT, non sexan posibles cando sexa esta última a que os pretenda realizar á primeira, por merecer a consideración de constitutivos dunha cesión ilícita de traballadores (art. 43.1 ET).

O Dereito español, que mantén a ilicitude das cesións de traballadores á marxe de empresas de traballo temporal debidamente autorizadas ¹⁷⁹, prefere non estender aquela a esas mesmas cesións cando se deciden por empresa establecida noutro Estado, conforme á súa lexislación, para desprazar aos traballadores cedidos a España. A prohibición de tales cesións entra dentro do permitido pola Directiva 96/71/CE, a cal manifesta, no “considerando” 19 da súa exposición de motivos, que non menoscaba “a aplicación polos Estados membros das súas leis relativas á subministración de man de obra e de empresas de traballo temporal a empresas non establecidas no seu territorio pero que operan en el dentro do marco da prestación de servizos” e dispón, en coherencia co anterior, que a cesión, “calquera que sexa a lexislación aplicable á relación laboral”, se rexa “polas condicións de subministración de man de obra” establecidas polas normas do Estado de destino, cando estas outorguen unha protección maior que as do Estado de procedencia [art. 3, apartados 1.d) e 7]. Pois ben, a LDT non inclúe entre as condicións de traballo e emprego a

179 Con algunhas excepcións [deportistas profesionais e estibadores portuarios, suxeitos ás relacións laborais de carácter especial establecidas nas letras c) e h) do art. 2.1 ET].

garantir aos traballadores desprazados a protección superior que poida derivarse da lexislación española sobre condicións de subministración de man de obra, isto é, a contida no art. 43.1 ET; polo tanto, a devandita protección non sería aplicable nin sequera no caso de que esa subministración sexa ilícita ou figure prohibido de acordo coa lei aplicable ao contrato de traballo, o que non impide que o feito se poida poñer en coñecemento da Administración laboral do Estado de orixe, aos efectos da súa sanción.

3) Á cesión do desprazado ou a súa posta a disposición dunha empresa usuaria establecida ou que exerza a súa actividade no territorio do Estado de destino, para traballar nel [art. 1.3.c) Directiva 96/71/CE; arts. 7.1 CT e 11.2. c) e 3 LRCT; art. 2.1.1º.c) LDT].

4) Tamén no caso de traballadores cedidos por empresas de traballo temporal noutro Estado, á decisión da empresa usuaria de darlles ocupación nun centro co que conte no Estado de destino, noutra empresa do seu mesmo grupo establecida no devandito Estado ou na execución dun contrato de obra ou servizos que aquela empresa deba cumprir en tal Estado para un destinatario establecido ou que exerza a súa actividade nel (art. 2.2 LDT e art. 11.3 LRCT).

Nos tres primeiros casos, os desprazamentos son realizados ou dispostos pola empresa coa que se asinou o contrato de traballo. No último, sobre o que garda silencio a Directiva, o desprazamento efectúao outra empresa, a usuaria, que non se atopa vinculada ao desprazado por contrato de traballo, aínda que teña as facultades de dirección e control da súa actividade laboral, nas cales quedaría comprendida a decisión de desprazalo.

4. A IRRELEVANCIA DA NACIONALIDADE DO TRABALLADOR DESPRAZADO

Implícita na Directiva 96/71/CE e na normativa portuguesa, que omiten calquera referencia directa á nacionalidade do desprazado, a LDT quixo destacar de forma expresa a indicada irrelevancia, o que leva a cabo ao ofrecer a definición de “traballador desprazado” e considerar que este terá a condición de tal “calquera que sexa a súa nacionalidade” (art. 2.1 2º). Dende o punto de vista do desprazado, o relevante é a realización do seu traballo no país de destino en virtude dun contrato de traballo celebrado coa empresa á que pertence; iso pode ter lugar tanto se é nacional dun Estado membro (pode ser, mesmo, do propio Estado ao que é desprazado) coma se o é dun Estado non pertencente á Unión Europea.

Cousa distinta é que a nacionalidade do traballador desprazado, que non inflúe para os efectos da aplicación das previsións das normas consideradas, constitúa unha circunstancia con repercusión nas condicións baixo as que aquel poida entrar, permanecer e realizar o seu traballo no país de destino. A posibilidade de tal repercusión é posta de relevo pola Directiva 96/71/CE, no “considerando” 20 da súa exposición de

motivos, cando manifesta que o seu contido “non irá ... en prexuízo das leis nacionais relativas ás condicións para a entrada, a residencia e o acceso ao emprego de traballadores nacionais de países terceiros” (non pertencentes á Unión Europea nin asimilados aos que pertencen, sobreenténdese). Coa anterior indicación garda correspondencia, no caso español, a disposición adicional quinta LDT (“non afectación da lexislación de estranxeiría”), segundo a cal “o disposto na presente lei enténdese sen prexuízo do cumprimento da normativa sobre entrada, permanencia, traballo e establecemento dos estranxeiros en España”. A mesma regra aparece no art. 22.2 LETT, en relación coas obrigas que impón ás empresas de traballo temporal da Unión Europea e do Espazo Económico Europeo que despracen temporalmente aos seus traballadores para poñelos a disposición de empresas usuarias establecidas ou que exerzan a súa actividade en España.

A normativa sobre estranxeiros á que se refiren os anteriores preceptos da LDT e da LETT é distinta segundo que os desprazados sexan ou non traballadores comunitarios ou asimilados, correspondendo esta última cualificación aos nacionais dos Estados signatarios do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo e de Suíza. No primeiro caso, observáranse as prescricións do Real Decreto 178/2003, de 14 febreiro, de entrada e permanencia en España de nacionais de Estados membros da Unión Europea e doutros Estados parte no Acordo sobre o Espazo Económico Europeo ¹⁸⁰. Polo tanto, a entrada, saída, circulación e permanencia en territorio español daqueles é libre e só se atopa sometida ás escasas formalidades que dispón o propio Real Decreto ¹⁸¹, así como a que non concorran razóns de orde pública, seguridade pública ou saúde públicas que, de acordo co capítulo IV deste, permitan impedir a entrada en España ou ordenar a expulsión; polo que respecta ao seu traballo, recoñécese que terán dereito a realizalo “nas mesmas condicións que os españois” (arte. 3.2 e 6.3). No segundo caso –traballadores extracomunitarios–, cando a empresa que os contratou estea establecida nun Estado non pertencente á Unión Europea nin ao Espazo Económico Europeo ¹⁸², a normativa a ter en conta será a constituída pola Lei orgánica 4/2000, de 11 xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, e o seu regulamento de aplicación, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 decembro. Haberá de solicitarse e obterse entón unha

180 A inclusión dos cidadáns suízos no ámbito de aplicación deste Real Decreto establécese na súa disposición adicional primeira: “En virtude do Acordo entre a Comunidade Europea e a Confederación Suíza sobre libre circulación de persoas, asinado en Luxemburgo o 21 de xuño de 1999, aos cidadáns suízos e aos membros das súas familias éelles de aplicación o previsto no presente Real Decreto”.

181 En concreto, para a entrada só se precisará pasaporte ou documento de identidade en vigor (art. 4). De acordo co art. 6 do Real Decreto, para a permanencia non será esixible a solicitude e obtención de “tarxeta de residencia”.

182 Lémbrese que, segundo se indicou, as regras sobre desprazamentos da LDT aplícanse tamén aos que afecten a traballadores contratados por empresas non establecidas en Estados membros da Unión Europea ou do Espazo Económico Europeo cando “poidan prestar servizos en España” en virtude de “os convenios internacionais que sexan de aplicación” (disposición adicional cuarta).

“autorización de residencia temporal e traballo no marco de prestacións transnacionais”, da que se ocupan os arts. 63 e seguintes do citado regulamento ¹⁸³.

O problema preséntase cando a empresa do traballador extracomunitario desprazado se atope establecido nun Estado pertencente á Unión Europea ou ao Espazo Económico Europeo. A falta de regras expresas, cabe postular que a situación é equivarable á dos desprazados comunitarios, aínda que partindo de que o traballador

183 De acordo co seu art. 63, precisase a obtención da referida autorización cando o desprazamento temporal do traballador estranxeiro agora contemplado: 1) “se produza por conta e baixo a dirección da empresa estranxeira, en execución dun contrato celebrado entre esta e o destinatario da prestación de servizos que estea establecido ou que exerza a súa actividade en España, no suposto establecido na disposición adicional cuarta da Lei 45/1999, do 29 de novembro, sobre desprazamento de traballadores no marco dunha prestación de servizos transnacional”; 2) se produza dende un centro de traballo de empresa establecida fóra de España a outro centro en España “desta mesma empresa ou doutra empresa do grupo de que forme parte”; ou 3) afecte a traballador altamente cualificado e teña por obxecto “a supervisión ou asesoramento de obras ou servizos que empresas radicadas en España vaian realizar no exterior”.

De acordo co seu art. 65, o procedemento de tramitación da autorización terá as seguintes especialidades:

- a) O empregador que pretenda desprazar a un traballador estranxeiro a España deberá presentar, persoalmente ou a través de quen validamente teña atribuída a representación legal empresarial, a correspondente solicitude de autorización de residencia e traballo no marco de prestacións transnacionais de servizos ante a Delegación ou Subdelegación do Goberno do lugar onde se vaian prestar os servizos ou ante a misión diplomática ou oficina consular correspondente ao seu lugar de residencia, e será de aplicación para este último caso, o procedemento establecido para as autorizacións de residencia e traballo por conta propia.
- b) Á solicitude de autorización de residencia e traballo no marco de prestacións transnacionais de servizos deberá acompañarse a seguinte documentación:
- 1.º Os documentos necesarios para acreditar o cumprimento dos requisitos establecidos no artigo anterior .
 - 2.º Unha copia do pasaporte ou documento de viaxe en vigor do traballador estranxeiro.
 - 3.º Aqueles documentos que xustifiquen a concorrencia, se son alegados polo interesado, dalgún ou algúns dos supostos específicos establecidos no artigo 40 da Lei Orgánica 4/2000, do 11 de xaneiro .
 - 4.º A titulación ou acreditación de que se posúe a capacitación esixida para o exercicio da profesión, cando proceda, debidamente homologada.
 - 5.º A documentación acreditativa que identifica a empresa que despraza ao traballador estranxeiro e o seu domicilio fiscal.
 - 6.º O contrato de traballo do traballador estranxeiro coa empresa que o despraza.
 - 7.º O certificado de desprazamento da autoridade ou institución competente do país de orixe que acredite que o traballador continúa suxeito á súa lexislación en materia de Seguridade Social se existe instrumento internacional de Seguridade Social aplicable. No caso de inexistencia de instrumento internacional de Seguridade Social aplicable ao respecto, un documento público sobre nomeamento de representante legal da empresa que despraza ao traballador, aos efectos do cumprimento das obrigas de Seguridade Social.
 - 8.º Unha copia do contrato de prestación de servizos no suposto previsto no apartado 1.a) do artigo 63 .
 - 9.º Escritura ou documento público que acredite que as empresas pertencen ao mesmo grupo no suposto previsto no apartado 1.b) do artigo 63 .
 - 10.º A documentación que acredite o suposto previsto no apartado 1.c) do artigo 63 .
- c) O trámite do abono da taxa non se realizará cando a autorización de residencia e traballo sexa inferior a seis meses”.

entraría, residirá e traballará para a empresa que o contratou con suxeición á lexislación sobre estranxeiros do Estado membro onde figure establecida a devandita empresa ¹⁸⁴. Que o regulamento de aplicación da Lei 4/2000 se limite a establecer un réxime especial para os traballadores extracomunitarios desprazados temporalmente por empresas establecidas en Estados que non sexan membros da Unión Europea non implica que a situación agora contemplada -traballador extracomunitario desprazado temporalmente por empresa comunitaria- se atope suxeita ao máis gravoso réxime xeral de autorizacións de residencia e de traballo. Se así fose, as empresas dos Estados membros recibirían un trato menos favorable que o dispensado ás establecidas en Estados que non o son; noutros termos, a medida podería considerarse constitutiva dunha restrición non proporcionada da libre prestación de servizos que garante o Dereito comunitario. Aparece entón que a interpretación acomodada a este e, polo tanto, a que debe seguirse, é a xa anticipada, consistente en entender que o Dereito español quere, ao non tratar de forma específica os desprazamentos de traballadores extracomunitarios realizados por empresas comunitarias, que a situación de tales traballadores se equipare á dos comunitarios.

Coa expresada falta de tratamento e indirecta equiparación dos mencionados traballadores aos traballadores comunitarios en canto ás condicións de entrada, permanencia e realización do seu traballo, o Dereito español evita calquera conflito co Dereito comunitario. Rexeita a establecer para aqueles condiciones particulares de entrada, permanencia e posibilidade de traballar. Para que estas condicións non resulten incompatibles coa libre prestación de servizos que rexe no seo da Unión Europea teñen que gardar proporcionalidade coa restrición que supoñen para a devandita liberdade fundamental. Non se poden impoñer en todo caso, abstracción feita das circunstancias concorrentes, como tivo oportunidade de sinalar o TJCE, nas súas sentenzas de 9 agosto 1994 (asunto C-43/93, *Vander Elst*) e 21 outubro 2004 (asunto C-445/03; Comisión contra Luxemburgo), entre outras, e tamén, recentemente, o seu Avogado Xeral, en conclusións presentadas o 15 setembro 2005 no asunto C-244/04 (Comisión contra a República Federal Alemá).

O criterio seguido polo TJCE e a posición do Avogado Xeral deixan ben claro que non é posible supeditar a entrada, permanencia e posibilidade de traballar dos traballadores de Estados que non son membros da Unión Europea, desprazados temporalmente por empresas establecidas nestes, ao cumprimento de calquera requisitos particulares ou especiais. Xa na primeira das sentenzas mencionadas (*Vander Elst*) o Tribunal sinalou, no seu fallo, que os artigos 59 e 60 TCE (hoxe serían os 49 e 50) “deben interpretarse no sentido de que se opoñen a que un Estado membro obrigue as empresas que, establecidas noutro Estado membro, presten servizos no seu territorio *empregando de modo regular e habitual* a nacionais de Estados terceiros, a obter, para estes traballadores, un permiso de traballo expedido por un organismo

184 Tal sería a suxeición que contempla o “considerando” 20 da Directiva.

nacional de inmigración e a pagar os gastos correspondentes, so pena dunha multa administrativa”¹⁸⁵. Igual orientación segue, en relación con requisitos distintos, a segunda das sentenzas citadas (Comisión contra Luxemburgo), cuxo fallo declara que o Grande Ducado de Luxemburgo “incumpriu as obrigas que lle incumben en virtude do artigo 49 TCE, ao impoñer aos prestadores de servizos establecidos noutro Estado membro, que desexan desprazar ao seu territorio traballadores de Estados terceiros, a obtención de permisos individuais de traballo, cuxa expedición se supedita a consideracións relacionadas co mercado de traballo, ou dunha autorización colectiva de traballo, que só se concede en casos excepcionais e se os traballadores de que se trate se atopan vinculados á súa empresa de orixe mediante contratos de traballo asinados por tempo indefinido polo menos seis meses antes do seu desprazamento, e ao esixir aos devanditos prestadores de servizos que constitúan unha garantía bancaria” por cada traballador desprazado¹⁸⁶.

Loxicamente, o Avogado Xeral, nas súas citadas conclusións no asunto C-244/04, apóiase de forma moi significativa nestas sentenzas para postular que se debe condenar á República Federal Alemá, por incumprimento do art. 49 TCE, “ao supeditar a un procedemento de autorización previa [visado de traballo] o desprazamento de traballadores dun país terceiro para a prestación de servizos no seu territorio” e “impoñer o requisito de que os traballadores de que se trate pertencen ao persoal permanente da empresa que presta os servizos en Alemaña, requisito que se considera cumprido se os traballadores estiveron contratado durante polo menos un ano”.

5. EXCLUSIÓNS

Quedan excluídos de forma expresa os desprazamentos que afecten ao “persoal navegante” das empresas dedicadas á “mariña mercante” (art. 1.2 Directiva; art. 11.4 LRCT; art. 1.2. LDT). Vistos os termos con que a Directiva formula a exclusión, así como a finalidade desta, de servir ao aseguramento da liberdade de prestación de servizos, en cuxa regulación polo TCE se apoia¹⁸⁷, as leis nacionais non poden dispo-

185 O asunto que conduce ao fallo parcialmente transcrito estaba definido polo desprazamento de traballadores marroquís por parte dunha empresa belga, para prestar servizos en Francia. Os devanditos traballadores, segundo observa o TJCE, eran titulares dun contrato de traballo regular e residían de modo igualmente regular en Bélxica, dispoñendo neste Estado do correspondente permiso de traballo.

186 O importe da devandita garantía, destinada a cubrir os posibles gastos de repatriación do traballador ao finalizar o seu desprazamento, ascendía, como mínimo, a 1487 euros. Aprecia o TJCE que a obriga de prestar aquela coa expresada finalidade, “para obter a autorización de traballo, ... constitúe unha carga excesiva para as empresas de prestación de servizos, habida conta do obxectivo perseguido” (apartado 47). Facendo seu o criterio do Avogado Xeral, continúa razoando o Tribunal que “é posible concibir medidas máis respectuosas coa libre prestación de servizos que esta obriga xeral de prestar unha garantía previa, como a adopción de ordes expeditivas para a satisfacción dos gastos xerados por unha eventual repatriación” (ibídem).

187 Cfr. exposición de motivos da Directiva; en particular, “considerandos” 1 e 2.

ñer outra cousa ao proceder á transposición da norma comunitaria ¹⁸⁸. Neste punto, a particularidade da LDT (art. 1.2) e da LRCT (art. 11.4) reside en aplicar a exclusión a todos os desprazamentos comprendidos nelas, que, como se indicou, inclúen os realizados por empresas establecidas en Estados non pertencentes á Unión Europea nin asinantes do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo.

Tamén se exclúen, no caso de España, os desprazamentos decididos “con motivo do desenvolvemento de actividades formativas que non respondan a unha prestación de servizos de carácter transnacional”. Posto que a presenza dunha prestación de servizos de tal natureza forma parte dos presupostos determinantes da suxeición do desprazamento ás regras da LDT (art. 1.1) ¹⁸⁹, apréciase, sen dificultade, que se está ante unha exclusión puramente declarativa e ata innecesaria, de modo que o silencio que gardan ao respecto a Directiva 96/71/CE e a normativa portuguesa non permite considerar que inclúan o suposto descrito. Se se vai ao país de destino a recibir formación, non a traballar, non se ten a consideración de “traballador desprazado” que define a Directiva, que circunscribe o concepto a quen “*realice o seu traballo* no territorio dun Estado membro distinto daquel en cuxo territorio traballe habitualmente” (art. 2.1); nin tampouco se está ante o desprazamento sometido á citada normativa portuguesa, que cingue a súa aplicación ao desprazamento que comporte que o traballador afectado “*preste a súa actividade* en territorio portugués” (art. 7.1 CT) ou que teña lugar para “*prestar traballo* en territorio portugués” (art. 7.2 CT e art. 1.2 LRCT). A exclusión está pensada para as situacións en que o desprazamento persiga proporcionar aos traballadores formación concertada pola súa empresa con empresa establecida ou que opere no país de destino, non para aquelas outras en que o traballo a realizar neste polos desprazados consista en actividades de formación obxecto dun contrato de prestación de servizos celebrado entre a súa empresa e outra establecida ou que opere no devandito país. Non ofrece dúbida que este último caso queda suxeito á LDT, igual que ás normas sobre desprazamentos do CT e da LRCT e, por descontado, da Directiva 96/71/CE.

III. OBRIGAS DOS EMPRESARIOS

1. A GARANTÍA DA APLICACIÓN AO TRABALLADOR DESPRAZADO DA PROTECCIÓN SUPERIOR QUE CORRESPONDA, DE ACORDO COA LEXISLACIÓN LABORAL DO ESTADO DE DESTINO, A DETERMINADAS CONDICIÓNS DE TRABAJO E EMPREGO

A) Sobre a determinación da regulación que outorga a maior protección

Tanto a Directiva 96/71/CE como as normas españolas e portuguesas sobre desprazamentos temporais internacionais obrigan as empresas dos traballadores desprazados

¹⁸⁸ Unha transposición que inclúe os desprazamentos contemplados non formaría parte das “medidas de protección máis estritas compatibles” co TCE, ás que se refire o art. 137.4 deste

¹⁸⁹ Tamén da Directiva 96/71/CE (art. 1.1).

(a aquelas coas que debe subsistir a relación laboral durante o desprazamento) a garantir a estes, calquera que sexa a lei aplicable ao seu contrato de traballo ¹⁹⁰ e mentres dure o desprazamento, o goce de determinadas condicións de traballo tal cal apareza regulado polas disposicións imperativas do Estado de destino, sempre que esa regulación se presente máis favorable que a que sobre iguais condicións derive do contrato de traballo e das normas estatais e convencionais correspondentes á lei pola que se rexa o devandito contrato ¹⁹¹. Polo tanto, non se trata dun goce que acompañe de forma automática a calquera desprazamento. É preciso determinar se o contrato e a lei pola que se rexe conceden ou non unha protección superior ou, polo menos, equivalente á outorgada polas normas estatais e os convenios colectivos que no país de destino tratan das condicións de traballo afectadas. Naqueles aspectos en que non se descubra unha protección superior ou equivalente, a Directiva e as normas nacionais que a traspoñen ordenan dar efecto, calquera que sexa a lei declarada aplicable ao contrato de traballo e xunto con ela, ás disposicións normativas do Estado de destino, o que concorda coas previsións do art. 7.1 do *Convenio de Roma* ¹⁹².

A apuntada operación, de determinación e selección da regulación que confire a maior protección, ou de determinación de se se está en presenza de regulacións equivalentes, debe realizarse, non de forma global, para o conxunto das condicións de traballo ás que se estende a garantía examinada, senón para cada unha desas condicións. Trátase dunha operación que, se nalgunhas materias pode resultar relativamente simple (por exemplo, a duración mínima das vacacións), noutras, como na do salario mínimo, pode chegar a ser extraordinariamente complexa ou delicada, segundo mostra o TJCE ¹⁹³. A

190 Art. 3.1 Directiva e arts. 1.1 e 4.1 LDT. Véxase tamén arts. 8 e 9 CT. Non se pretende que a referida lei, establecida conforme ás normas de Dereito internacional privado (principalmente, o *Convenio de Roma*, de 19 xuño 1980), pase a ser outra distinta.

191 Así, art. 3.7 Directiva (“o disposto nos apartados 1 a 6 non impedirá a aplicación de condicións de emprego e traballo máis favorables para os traballadores”), art. 3.5 LDT (“o disposto neste artigo enténdese sen prexuízo da aplicación aos traballadores desprazados de condicións de traballo máis favorables derivadas do disposto na lexislación aplicable ao seu contrato de traballo, nos convenios colectivos ou nos contratos individuais de traballo”) e art. 8 CT (“sem prejuízo de rexemes mais favoráveis constantes dá lei aplicável à relação laboral ou previstos non contrato de trabalho “...; termos similares, en relación co desprazamento de Portugal a outros Estados, no art. 9 de igual texto legal).

192 Segundo o devandito precepto, “ao aplicar, en virtude do presente convenio, a lei dun país determinado, poderá darse efecto ás disposicións imperativas da lei doutro país co que a situación presente un vínculo estreito, se e na medida en que, tales disposicións, segundo o dereito deste último país, son aplicables calquera que sexa a lei que rexa o contrato. Para decidir se se debe dar efecto a estas disposicións imperativas, terase en conta a súa natureza e o seu obxecto, así como as consecuencias que se derivarían da súa aplicación ou inaplicación”.

193 Por exemplo, na súa sentenza de 14 abril 2005 (asunto C-341/02, Comisión contra a República Federal Alemá), en relación a discrepancia das partes “en canto ao método que debe aplicarse para comparar a contía do salario mínimo” resultante de atender á normativa laboral alemá do sector da construción e a “a retribución aboada polos empresarios establecidos noutros Estados membros aos seus traballadores desprazados”.

dificultade daquela é maior ante a falta de regras seguras que ilustren acerca de cómo debe realizarse (qué elementos deben ou non se incluír na comparación), salvo no caso do salario, respecto ao cal se dá unha indicación xeral no art. 3.7, parágrafo segundo da Directiva, trasposta aquí, con pouca fortuna ou de forma confusa, polo art. 11.1 LRCT e, con maior claridade, polo art. 4.3 LDT. Insístese en que, polo xeral, para descartar a aplicación da regulación contida na lexislación laboral do Estado de destino basta con que apareza, en relación coa condición de traballo de que se trate, que a situación dos traballadores desprazados é equivalente, no seu conxunto, á que gozan os traballadores do devandito Estado, en virtude daquela regulación; de ser así, haberá que considerar “que se alcanzou o obxectivo do Estado membro de acollida de garantir aos empregados de tales prestadores de servizos o mesmo nivel de protección social que se aplica no seu territorio aos traballadores do mesmo sector”¹⁹⁴.

Á hora de determinar se concorre a expresada equivalencia ou cál das dúas regulacións (a do Estado de orixe ou a do Estado de destino) outorga superior protección no que concirne á contía mínima do salario, ha de terse en conta que no cálculo da que corresponda segundo a lei aplicable ao contrato de traballo (a do Estado de orixe), a comparar coa que corresponda conforme á lexislación do Estado de destino, debe incluírse o importe dos complementos que naquela lei concédanse polo desprazamento, salvo que obedezan ao “reembolso dos gastos efectivamente realizados orixinados” por este (art. 3.7, parágrafo segundo, Directiva), como os derivados da viaxe, o aloxamento ou a manutención, que non teñen por causa o traballo realizado e, polo tanto, carecen de natureza salarial¹⁹⁵. Entre os complementos computables figurarían, por exemplo, os satisfeitos en atención á maior onerosidade ou incomodidade (afastamento da familia, illamento persoal, etc) do traballo realizado noutro Estado; ou para compensar a maior carestía da vida. Polo que se refire a outros conceptos distintos dos complementos polo desprazamento, a comparación ha de estenderse ás pagas extraordinarias¹⁹⁶; en cambio, non sucede igual coas primas de calidade e por traballos insalubres, penosos ou perigosos “*que non se definan como conceptos que forman parte do salario mínimo nin pola lexislación nin pola práctica nacionais do Estado membro* en cuxo territorio se desprazara o traballador e que modifican a relación entre a prestación do traballador, por

194 STJCE de 16 marzo 2001, apartado 35 [asunto C-165/98, *Mazzoleni e Inter Surveillance Assistance SARL (ISA)*], a propósito, precisamente, da comparación dos salarios mínimos segundo as lexislacións laborais dos Estado de orixe e de destino.

195 Constitúen percepcións extrasalariais, comprendidas no art. 26.2 ET, en España, e no art. 260 CT (“axudas por gastos e outros abonos”: “1. Non se considerará retribución as cantidades recibidas a título de axudas por gastos, abonos por viaxes, desembolsos por transporte, abonos por residencia e outras equivalentes, debidas ao traballador por desprazamentos, novas localizacións ou desembolsos feitos en servizo do empresario, salvo que, sendo tales desprazamentos ou desembolsos frecuentes, aquelas cantidades, na parte que exceda dos respectivos importes normais, atopen previstas no contrato ou débense considerar polos usos como elemento integrante da retribución do traballador”).

196 STJCE de 14 abril 2005, cit. (Comisión contra a República Federal Alemá), apartado 31.

un lado, e a contrapartida que percibe, por outro”¹⁹⁷. *A sensu contrario*, parece que a lexislación laboral do Estado de destino podería definilas como integrantes do salario mínimo a tomar en consideración á hora da comparación. Así sucede en España, como se verá¹⁹⁸. En fin, os salarios a comparar han de considerarse no seu importe bruto¹⁹⁹.

B) Delimitación da garantía

Aínda que a fixación das condicións de traballo e emprego que comprende a garantía é un elemento principal da delimitación que se examina, non é o único. Por outro lado, as aludidas condicións non son todas, aínda que as incluídas forman parte das máis importantes. Se fosen todas, a lei do Estado de destino pasaría, na práctica, a rexer o contrato, en substitución da lei baixo a que se celebre este.

a) Na Directiva 96/71/CE. Breve referencia ás condicións de seguridade social, non contempladas nin afectadas polas disposicións da Directiva

De acordo coa Directiva (art. 3.1), as normas nacionais que procedan á súa transposición haberán de obrigar as empresas dos traballadores desprazados a garantir a estes a protección superior resultante de atender á regulación que reciban no Estado de destino: 1) “os períodos máximos de traballo” e “os períodos mínimos de descanso”; 2) “a duración mínima das vacacións anuais retribuídas”²⁰⁰; 3) “as contías de salario mínimo, segundo se definan polo dereito nacional daquel Estado”²⁰¹, con inclusión do importe que corresponda polas horas extraordinarias; 4) “as condicións de subministración de man de obra, en particular por parte de axencias de traballo interino” (empresas de traballo temporal); 5) “a saúde, a seguridade e a hixiene no traballo”; 6) “as medidas de protección aplicables ás condicións de traballo e de emprego das mulleres embarazadas ou que deran a luz recentemente, así como dos nenos e mozos”; e 7) “a igualdade de trato entre homes e mulleres e outras disposicións en materia de non discriminación” (tanto por razón de sexo como por calquera outra circunstancia, sobreenténdese). Pois ben, como se verá a continuación, a garantía de que se trata non ten por qué limitarse ás anteriores materias nin tam-

¹⁹⁷ *Ibidem*, apartado 39.

¹⁹⁸ Apartado III.1.B).c).a).

¹⁹⁹ STJCE de 16 marzo 2001, cit. [*Mazzoleni e Inter Surveillance Assistance SARL (ISA)*]; apartado 39.

²⁰⁰ Sobre este punto, resolve a STJCE de 25 outubro 2001, cit. (*Finalarte*) que “os artigos 59 e 60 do Tratado non se opoñen a que a normativa dun Estado membro que establece unha duración das vacacións retribuídas maior que a que establece a Directiva 93/104/CE do Consello, do 23 de novembro de 1993, relativa a determinados aspectos da ordenación do tempo de traballo, esténdase aos traballadores desprazados ao devandito Estado membro por prestadores de servizos establecidos noutros Estados membros, durante o período de desprazamento” (fallo).

²⁰¹ Art. 3.1, parágrafo último: “Aos fins da presente Directiva, a noción de contías de salario mínimo mencionadas na letra c) do parágrafo primeiro definirase mediante a lexislación e/ou uso nacional do Estado membro en cuxo territorio o traballador se atope desprazado”.

pouco as debe incluír en todo caso. En suma, renúnciase a unha rixida delimitación do alcance da garantía. Tal delimitación é obxecto dunha regulación flexible a través da introdución de mecanismos conducentes a ampliacións e reducións do ámbito material e ordinario da garantía.

Comezando polas ampliacións, permítese que as normas de transposición poidan optar: 1) por ampliar as condicións de traballo comprendidas na garantía, estendendo esta a outras que se refiran a materias distintas das xa sinaladas, sempre que formen parte de disposicións nacionais de orde pública e se impoñan, por igual, ás empresas nacionais e ás doutros Estados (art. 3.10); e 2) por obrigar as empresas “de traballo interino” ou de “subministración de man de obra” a que garantan aos traballadores desprazados para a súa cesión a unha empresa usuaria “as condicións que se apliquen aos traballadores interinos no Estado membro no territorio do cal se execute o traballo” (art. 3.9). Sobre o primeiro convén aclarar e ter presente que as disposicións que a lexislación dun Estado membro cualifique de orde pública ou de policía non teñen por qué selo tamén para os efectos do Dereito comunitario e, aínda que o sexan, merecerán sempre unha interpretación restritiva. Segundo advirte o TJCE, para que as normas nacionais poidan reputarse de orde público no sentido do Dereito comunitario é preciso que a súa observancia se revele “crucial para a salvagarda da organización política, social ou económica do Estado membro de que se trate”, ata o punto de resultar “obrigatorias para toda persoa que se atope no territorio nacional dese Estado membro ou con respecto a toda relación xurídica localizada nel”²⁰²; por dicilo doutra forma, é preciso que os intereses cubertos polas normas tamén sexan dignos de protección dende o punto de vista do Dereito comunitario. Non responde á noción que se contempla, por exemplo, a disposición legal do Estado membro que obriga a que as empresas que despracen traballadores ao territorio deste cumpran, na forma que ela mesma fixa, determinadas obrigas documentais, como a elaboración dun regulamento interno de traballo e a levar un libro de matrícula especial do persoal e dunha conta individual por cada traballador desprazado, cando resulta que “a protección social dos traballadores que pode xustificar as devanditas esixencias” (a pretendida razón de orde pública) figura salvagardada a través da presentación, por aquelas empresas, de documentos similares dos que deben dispoñer de acordo coa lexislación laboral do

202 STJCE de 23 novembro 1999 (asuntos acumulados C-369/96 e C-376/96, *Arblade e Leloup*), apartado 30. A primacía do Dereito comunitario déixase sentir tamén aquí. En efecto, segue razoando o Tribunal que “a pertenza das normas nacionais á categoría de leis de policía e de seguridade *non as exime do respecto ás disposicións do Tratado*, so pena de vulnerar a primacía e a aplicación uniforme do Dereito comunitario. Este só pode tomar en consideración os motivos en que se sustentan as devanditas lexislacións nacionais á luz das excepcións ás liberdades comunitarias expresamente previstas polo Tratado e, no seu caso, como razóns imperativas de interese xeral” (apartado 31). Como observa algún autor, os intereses nacionais aos que traten de servir as normas que os Estados cualifiquen de orde público “non poden ser contraditorios cos valores e intereses protexidos polo Dereito comunitario” [B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO: *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi (Pamplona, 2000), páx- 106].

Estado membro onde se atopan establecidas, dirixidos, igualmente, á protección dos intereses dos desprazados ²⁰³.

Polo que respecta ás reducións, estímase oportuno prever que en determinados casos a garantía non se estenda ou, se así decídeno os Estados membros, poida non estenderse, a algunhas das indicadas condicións. En concreto, dispón a Directiva 96/71/CE que a garantía non comprenderá as condicións relativas á duración mínima das vacacións e ao salario mínimo en certos desprazamentos de breve duración, non superior a oito días, expresamente identificados ²⁰⁴, así como que os Estados membros poden establecer excepcións a que aquela inclúa esas mesmas condicións nos casos de desprazamentos producidos no marco dunha contrata ou subcontrata transnacional ou de mobilidade interempresarial ou intergrupala, cando os traballos a executar sexan “de escasa importancia” ²⁰⁵. Por último, permite que os Estados membros poidan acordar, tamén en relación cos desprazamentos ultimamente mencionados, cando a súa duración non supere o mes, que a garantía non se aplique ás contías do salario mínimo ²⁰⁶; ou que tal inaplicación poida introducirse

203 De novo, STJCE de 23 novembro 1999, pássim. Sobre o concepto de orde público nacional que se acomoda ao propio do Dereito comunitario véxase, amplamente, B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, *op. cit.*, páxinas 103 e segs.

204 Polo propio precepto que introduce a redución: o art. 3.2. Os aludidos desprazamentos son os que teñan por obxecto levar a cabo “traballos de montaxe inicial ou de primeira instalación dun ben contemplados nun contrato de subministración de bens, indispensables para a posta en funcionamento do ben subministrado e executados polos traballadores cualificados e/ou especializados da empresa provedora”. Aínda estando motivado o desprazamento pola realización dalgún deses traballos, a redución contemplada non se aplicará, segundo sinala o parágrafo segundo do precepto, cando aquel teña lugar nas actividades da construción que menciona a Directiva no seu *anexo*, isto é, “todas as actividades no ámbito da construción relacionadas coa realización, a restauración, o mantemento, a modificación ou a eliminación de construcións e, en particular, as obras” de: 1) escavación, 2) nivelación, 3) construción, 4) montaxe e desmontaxe de elementos prefabricados, 5) acondicionamento ou equipamento, 6) transformación, 7) renovación, 8) reparación, 9) desmantelamento, 10) derrubio, 11) conservación, 12) mantemento (obras de pintura e limpeza) e 13) saneamento. Con todo, a Directiva non parece impedir que os Estados membros poidan introducir excepcións totais ou parciais ao anterior (véxase nota seguinte). Sería contraria á Directiva a lei nacional que dispuxese, ao traspoñela, a aplicación da garantía coa extensión ordinaria, cando corresponda a reducida que aquí se contempla.

205 Art. 3.5. Precisa o seu parágrafo segundo que “os Estados membros que fagan uso da facultade mencionada no parágrafo primeiro establecerán as condicións que deban cumprir os traballos para ser considerados de «escasa importancia»”. Ao amparo da facultade que outorga o citado precepto, parece que os Estados membros poderían chegar a decidir que son de “escasa importancia” e, polo tanto, que non se aplicarán neles as condicións ás que se vén facendo referencia (as relativas á duración mínima das vacacións e á contía mínima do salario), os desprazamentos de duración non superior a oito días decididos nas actividades da construción que a propia Directiva menciona no seu *anexo*. Noutras palabras, cando se relacionan os apartados 2 e 5 do seu art. 3 chégase á conclusión de que a Directiva permite que os Estados membros poidan establecer excepcións ao disposto polo parágrafo segundo do primeiro deses apartados (“esta disposición non se aplicará ás actividades no ámbito da construción mencionadas no *anexo*”). E outro tanto sucede cando se relaciona o mesmo parágrafo e apartado cos apartados 3 e 4 de igual artigo.

206 Art. 3.3.

“mediante convenios colectivos” de aplicación xeral (sectoriais) ²⁰⁷ ou poida contar con excepcións neles. As duracións aquí contempladas (non máis de oito días ou dun mes) calcularanse “sobre un período de referencia dun ano”, computado a partir do comezo do desprazamento e incluíndo, cando se trate de substituír a outro traballador desprazado anteriormente, o tempo do seu desprazamento (art. 3.6).

Da delimitación da garantía tamén forma parte a precisión de que as condicións que comprende se apliquen ao traballador desprazado nos termos con que aparezan reguladas no Estado de destino, tanto por “disposicións legais, regulamentarias ou administrativas” como por “convenios colectivos ou laudos arbitrais declarados de *aplicación xeral*” ²⁰⁸. A regulación contida en tales convenios e laudos só se terá en conta cando uns e outros correspondan ás actividades da construción que a Directiva menciona no seu *anexo* (art. 3.1) ²⁰⁹; ou cando, aínda sen corresponder ás aludidas actividades, os Estados membros dispuxesen que as condicións de traballo e emprego establecidas naqueles se impoñan, por igual, ás empresas nacionais e ás doutros Estados (art. 3.10) ²¹⁰. En ambos os dous casos, a aplicación do convenio colectivo ás empresas prestadoras de servizos que realizan os desprazamentos debe producirse, para non conducir a unha desigualdade de trato contraria á libre prestación de servizos, na mesma forma que para as empresas establecidas no Estado de destino.

207 Art. 3.4.

208 Precisa o art. 3.8 da Directiva que se entende por tales “aqueles convenios colectivos ou laudos arbitrais que deban respectar todas as empresas pertencentes ao sector ou profesión de que se trate” e incluídas no “Ámbito de aplicación territorial destes”. De non existir na lexislación nacional un sistema que permita determinar qué convenios colectivos ou laudos arbitrais son de aplicación xeral, prevé o precepto que poderá atribuírse esta consideración aos dous seguintes grupos de convenios (a un ou aos dous): 1) A “os convenios colectivos ou laudos arbitrais que produzan efecto xeral en todas as empresas similares pertencentes á profesión ou ao sector de que se trate e correspondentes ao ámbito de aplicación territorial destes”. 2) A “os convenios colectivos celebrados polas organizacións dos interlocutores sociais máis representativas a escala nacional e que sexan amplamente aplicados no conxunto do territorio nacional, sempre que a súa aplicación ás empresas” establecidas nun Estado membro que despracen traballadores a outro Estado para a prestación de servizos transnacional “garanta igualdade de trato polo que respecta ás materias enumeradas no parágrafo primeiro do apartado 1 do presente artigo entre as devanditas empresas” e as empresas nacionais “que se achen nunha situación similar”. Entenderase que existe a referida igualdade de trato, no sentido do disposto no artigo contemplado, cando esas empresas nacionais que se atopen nunha situación similar “estean sometidas, no lugar de actividade ou no sector de que se trate, ás mesmas obrigas que as empresas obxecto dos desprazamentos, polo que se refire ás materias enumeradas no apartado 1 do parágrafo primeiro” e “poidan serlle esixidas as devanditas obrigas cos mesmos efectos”. Visto o anterior, non ofrece dúbida que nas condicións de traballo garantidas aos traballadores desprazados conforme aos convenios colectivos de “aplicación xeral” non se inclúen as reguladas nos convenios de empresa.

209 A relación de tales actividades reproduciuse *supra*, nota 41.

210 Tal facultade dos Estados membros anticipase no “considerando” 12 da Directiva, cando observa que “o Dereito comunitario non impide que os Estados membros amplíen o ámbito de aplicación ... dos convenios colectivos celebrados polos interlocutores sociais a toda persoa que realice un traballo por conta allea, mesmo de carácter temporal, no seu territorio, aínda que o seu empresario se ache establecido noutro Estado membro”.

Se estas últimas poden quedar fóra da suxeición ao convenio colectivo en determinadas circunstancias, tamén han de poder facelo as primeiras ²¹¹.

Como se aprecia, a Directiva non esgota canto concirne á extensión da garantía e deixa aos Estados membros, ao traspoñela, certa marxe de actuación. A LDT e a LCRT fan uso desigual do que esta marxe permite.

Ocúpase a Directiva das condicións “de traballo e emprego”, non das relativas á *seguridade social* dos traballadores desprazados. Iso non significa que estas non se contemplen polo Dereito comunitario. O único que sucede é que son obxecto doutras normas que non resultan afectadas polo que aquela establece. En concreto, refírense ás mencionadas condicións de seguridade social: 1) o art. 14.1.a) do Regulamento 1408/1971, do Consello, de 14 xuño 1971, relativo á aplicación dos réximes de seguridade social aos traballadores por conta allea, aos traballadores por conta propia e aos membros das súas familias que se desprazan dentro da Comunidade ²¹²; 2) o art. 11 do Regulamento 574/1972, Consello, de 21 marzo 1972, polo que se establecen as modalidades de aplicación do anterior Regulamento; e 3) o art. 6 da Directiva 98/49/CE, do Consello, de 29 xuño 1998, relativa á protección dos dereitos de pensión complementaria dos traballadores por conta allea e os traballadores por conta propia que se desprazan dentro da Comunidade ²¹³.

211 Así, sentenzas TJCE de 25 outubro 2001 (*Finalarte*), cit., e 24 xaneiro 2002 (asunto C-164/99; *Portugaia Construções, Ltd.*). A primeira, en relación coa disposición legal alemá que ordena que o réxime de vacacións retribuídas contido nos convenios do sector da construción aplíquese ás empresas establecidas noutros Estados, aínda que só desenvolvan parte das súas actividades no devandito sector, cando as empresas alemás que se atopan en igual situación “non están todas sometidas ao referido réxime” (fallo e apartados 81, 82 e 83). A segunda, en relación coa posibilidade das empresas establecidas en Alemaña poidan, mediante a celebración dun convenio colectivo de empresa, aboar un salario mínimo máis baixo que o establecido noutro convenio colectivo declarado de aplicación xeral. Para o TJCE, “o feito de que un empresario establecido noutro Estado membro, a diferenza do empresario do Estado membro de acollida, non teña a posibilidade de subtraerse á obriga de pagar o salario mínimo previsto no convenio colectivo do sector da actividade de que se trate crea unha desigualdade de trato contraria ao artigo 59 do Tratado” (apartado 34); “o feito de que un empresario nacional poida, mediante a celebración dun convenio colectivo de empresa, aboar un salario mínimo máis baixo que o establecido nun convenio colectivo declarado de aplicación xeral, mentres que un empresario establecido noutro Estado membro non poida facer o mesmo, constitúe unha restrición inxustificada da libre prestación de servizos” (apartado 35 e fallo).

212 Dispón o citado precepto do Regulamento que “a persoa que exerza unha actividade por conta allea no territorio dun Estado membro ao servizo dunha empresa da que dependa normalmente e destacada no territorio doutro Estado membro por esta empresa co fin de efectuar alí un traballo pola súa conta, quedará suxeita á lexislación do primeiro Estado membro, a condición de que a duración previsible deste traballo non exceda de doce meses e que non sexa enviada en substitución doutra persoa que chegara ao termo do período polo que foi destacada”.

213 Un estudo da devandita Directiva en A. GARRIGUES GIMÉNEZ: “Desplazamiento de trabajadores y pensiones complementarias. Comentario a la Directiva 98/49/CE, del Consejo, del 29 de junio de 1999, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad”, RMTAS, núm. 27, 2000, páxinas 159 e segs.

Debe terse presente que o Regulamento 1408/1971, aínda que foi substituído polo Regulamento 883/2004, do Parlamento Europeo e do Consello, de 29 abril 2004, continua rexendo ata a data de entrada en vigor do Regulamento de aplicación deste último, cuxo art. 90 dispón que aquel quedará derogado a partir dese momento, sen prexuízo de que manteña a súa vixencia aos efectos que expresamente se determinan. De acordo co art. 12.1 do novo Regulamento -o 883/2004-, “a persoa que exerza unha actividade asalariada nun Estado membro por conta dun empregador que exerce normalmente nel as súas actividades e á cal este empregador envíe para realizar un traballo pola súa conta noutro Estado membro seguirá suxeita á lexislación do primeiro Estado membro, a condición de que a duración previsible do devandito traballo non exceda de vintecatro meses e de que a devandita persoa non sexa enviada en substitución doutra persoa”. Ademais de aumentarse de doce a vintecatro meses a duración previsible do desprazamento, se explicita agora que a empresa que decide o desprazamento ha de exercer *normalmente* as súas actividades no Estado onde se atope establecida. O requisito, xa esixido anteriormente polo TJCE, con ocasión da determinación de cándo os traballadores desprazados se atopan suxeitos á norma particular do art. 14.1.a) do Regulamento 1408/1971 ²¹⁴, haberá que seguir interpretándoo na forma postulada dende entón por dito Tribunal; isto é, só a empresa que “exerza *habitualmente actividades significativas* no territorio do Estado membro de establecemento pode beneficiarse da vantaxe ofrecida pola excepción” ²¹⁵ prevista agora polo art. 12.1 do Regulamento 883/2004 ²¹⁶.

214 Así, STJCE de 10 febreiro 2000 (*Fitzwilliam Executive Search Ltd.*).

215 *Ibidem*.

216 No caso da sentenza á que se vén facendo referencia, onde a cuestión prexudicial se formula a propósito da actividade despregada por unha empresa de traballo temporal irlandesa que exercía parte das súas actividades en Holanda, razoa o TJCE que para determinar se unha empresa como a indicada exerce habitualmente actividades significativas no territorio do Estado membro onde estea establecida, “a institución competente deste último está obrigada a examinar a totalidade dos criterios que caracterizan as actividades exercidas pola devandita empresa” (apartado 42). Entre tales criterios “figuran, en particular, o lugar do domicilio social da empresa e da súa administración, o cadro de persoal administrativo que traballa respectivamente no Estado membro de establecemento e no outro Estado membro, o lugar onde se contrata aos traballadores desprazados e onde se celebran a maior parte dos contratos coa clientela, a lei aplicable aos contratos de traballo celebrados pola empresa cos seus traballadores, por unha parte, e cos seus clientes, por outra, así como o volume de negocios realizado durante un período suficientemente significativo en cada Estado membro de que se trate”. Pero “esta lista non pode ser exhaustiva, posto que a elección dos criterios haberá de adaptarse a cada caso específico” (apartado 43). En fin, para o TJCE, que segue e cita neste punto a súa sentenza de 5 decembro 1967 (*Van der Vecht*), “a natureza dos traballos confiados respectivamente aos traballadores postos a disposición de empresas situadas no territorio do Estado membro no que está establecida a empresa de traballo temporal e aos traballadores desprazados no territorio doutro Estado membro non forma parte dos devanditos criterios”. Dende o punto de vista do requisito que se contempla -determinación do que constitúe exercicio habitual de actividades significativas- “ten pouca importancia que os traballos executados sexan distintos dos efectuados normalmente” no Estado de establecemento da empresa (apartado 44).

b) No Dereito portugués

A lista de condicións de traballo e emprego comprendidas na garantía, contida no art. 8 CT, inclúe, como non podía ser menos, todas as que aparecen no art. 3.1 da Directiva. Pero, ademais, aquela lista mostra unha ampliación destas últimas, acomodada á primeira das facultades que o art. 3.10 da norma comunitaria outorga aos Estados membros. De acordo co citado art. 8 CT, os traballadores desprazados a Portugal terán garantida a protección superior resultante da aplicación da regulación portuguesa sobre as condicións relativas a: 1) a seguridade no emprego, 2) a duración máxima do tempo de traballo, 3) os períodos mínimos de descanso, 4) as vacacións retribuídas, 5) a retribución mínima e o pagamento do traballo en horas extraordinarias (“traballo suplementar”), 6) as condicións de cesión de traballadores por parte de empresas de traballo temporal, 7) as condicións de cesión temporal (“cedencia ocasional”) de traballadores, 8) a seguridade, hixiene e saúde no traballo, 9) a protección da maternidade e da paternidade, 10) a protección dos traballadores menores, e 11) a igualdade de tratamento e non discriminación. A diferenza do que acontece na Directiva 96/71/CE, cuxo art. 3 precisa que son as empresas que despracen aos seus traballadores as obrigadas a conceder a protección superior que reciban na lexislación laboral do Estado de destino as condicións comprendidas na garantía, o CT e a LRCT omiten toda referencia ao respecto, quizais porque consideran que é obvio que só as aludidas empresas son as obrigadas.

Engádense ás materias que figuran na Directiva a seguridade no emprego; os aspectos das vacacións distintos da súa duración mínima (fixación e modificación das datas do seu goce, suspensión por enfermidade, efectos da oposición patronal culpable ao goce, etc); a protección da paternidade; e, por último, medidas de protección da maternidade a maiores das relativas ás “condicións de traballo e de emprego das mulleres embarazadas ou que deran a luz recentemente”, que son as únicas ás que se refire a Directiva. Non se fai mención expresa á igualdade esixible entre homes e mulleres; sen embargo, é obvio que queda comprendida dentro da fórmula máis ampla de “igualdade de tratamento e non discriminación”, que dá cobertura a calquera manifestación desta.

Os traballadores desprazados teñen garantida a aplicación das condicións listadas na forma que aparezan previstas no propio CT (e na lexislación especial de desenvolvemento deste; a LRCT) e por instrumentos de regulamentación colectiva de traballo (regulamentação colectiva de traballo) de “eficacia xeral” no territorio nacional (art. 8 CT). A referencia a estes instrumentos debe interpretarse de acordo co art. 3.8 da Directiva 96/71/CE, o cal leva a reparar unicamente na regulación que figure incorporada aos sectoriais ou de actividade. Posto que non se indica outra cousa, tal regulación haberá de terse en conta calquera que sexa a orixe (autónomo ou heterónimo) e ámbito funcional (sector de actividade ou profesional) dos “instrumentos”, aínda que o mencionado ámbito non coincida coas actividades de construción incluídas no *anexo* da Directiva. O lexislador portugués fai aquí uso, pois, da segun-

da das facultades que confire aos Estados membros o art. 3.10 da devandita Directiva. Sempre partindo da súa “eficacia xeral no territorio nacional” e da exclusión dos instrumentos de regulamentación colectiva de traballo de ámbito empresarial (tipicamente, os acordos de empresa), a regulación de condicións de traballo a garantir podería formar parte dun “acordo colectivo”, dun “contrato colectivo”, dun “acordo de adhesión”, dun laudo arbitral, dun “regulamento de extensión” ou dun “regulamento de condicións mínimas” ²¹⁷.

Precisión necesaria para o lector español é a de que a expresión “eficacia xeral” que emprega o art. 8 CT non é equivalente á eficacia persoal xeral que se predica no noso Dereito respecto daquel convenio (sinalada e necesariamente o negociado conforme aos requisitos de forma e fondo do Título III ET) que obriga a todas as empresas e traballadores incluídos no seu ámbito de aplicación, aínda que non figuren afiliados ás organizacións empresariais e sindicatos asinantes. A devandita expresión do CT parece que ha de tomarse no sentido de que ha de tratarse de instrumentos de regulamentación colectiva que contén con *ampla aplicación* no territorio nacional, sen necesidade de que produzan efecto, non xa para todos os traballadores, senón na totalidade das empresas do sector ou profesión. Este grao de afectación -todas as empresas- non é imposto aos Estados membros pola Directiva 96/71/CE ²¹⁸.

En Portugal, o ámbito persoal das “convenções colectivas” réxese polo “princípio de filiação”. A “convenção colectiva” posúe eficacia persoal limitada, no sentido de que obriga “aos empresarios que a subscriban e aos afiliados ás asociacións de empresarios asinantes, así como aos traballadores ao seu servizo que sexan membros das asociacións sindicais outorgantes” (art. 552.1 CT). En teoría, é posible que unha “convenção colectiva” chegue a aplicarse a todos os traballadores e empresarios dun sector ou rama de actividade ou dun sector profesional, se os primeiros están afiliados aos sindicatos asinantes e os segundos asinaron aquela ou se atopan afiliados ás asociacións empresariais que o fixeron; ou pola vía dos acordos de adhesión celebrados unha organización non subscriptora da “convenção” e a organización ou organizacións outorgantes que ocuparían a posición de contraparte na negociación de dita “convenção”, se a interesada na adhesión participase nela (art. 563 CT). Agora ben, a indicada posibilidade non serve para postular que a “eficacia xeral” a que se refire o art. 8 CT é a eficacia persoal xeral que coñece o

217 O “acordo colectivo” e o “contrato colectivo”, pertencentes, xunto co “acordo de empresa”, á categoría de “convenções colectivas” (tratan delas os arts. 539 a 562, ambos os dous incluídos, CT), forman parte dos instrumentos de regulamentación colectiva negociais que inclúen tamén os acordos de adhesión (art. 563 CT) e os laudos arbitrais con orixe nunha arbitraxe voluntaria (arte. 564, 565 e 566 CT). Os laudos arbitrais derivados dunha arbitraxe obrigatoria (arte. 567 a 572, ambos os dous incluídos, CT), os regulamentos de extensión (arte. 573 a 576, ambos os dous incluídos, CT) e os regulamentos de condicións mínimas (arte. 577 a 580, ambos os dous incluídos, CT), forman parte dos coñecidos como instrumentos de regulamentación colectiva non negociais.

218 Véase art. 3.8.

Dereito español. Se así fose, sería excepcional que as regulaci3ns de condici3ns de traballo contidas en instrumentos de regulamentaci3n colectiva de traballo puidesen aplicarse aos traballadores desprazados a Portugal. Descartada a aplicaci3n das regulaci3ns das “convenç3es colectivas” e dos laudos procedentes dunha arbitrase voluntaria, pola suxeici3n dunhas e outros ao “principio de filiaç3o”, s3 quedarían as contidas nos laudos froito dunha arbitrase obrigatoria ²¹⁹ e, acaso tam3n, as contidas nos regulamentos de extensi3n, se se admite a súa non suxeici3n ao mencionado principio ²²⁰, así como nos moi excepcionais regulamentos de condici3ns m3nimas.

Volvendo ás materias obxecto das condici3ns indicadas ao comezo do presente apartado, oc3panse delas no CT, con car3cter xeral, os seguintes artigos, aos que haberíamos que engadir os concordantes da lexislaci3n especial de desenvolvemento do devandito texto legal (a LRCT):

1) Da seguridade no emprego, a falta de calquera precisi3n adicional, aqueles preceptos que tratan da estabilidade no emprego e da protecci3n fronte ao despedimento, como 3 o caso, sen 3nimo exhaustivo, dos arts. 382 e seguintes, reguladores da extinci3n do contrato de traballo (“cessaç3o no contrato”), dalgunhas das garantías do traballador mencionadas no art. 122 (por exemplo, a prohibici3n do cesamento e readmisi3n do traballador, mesmo mediando a súa conformidade, coa finalidade de prexudicar os dereitos deste ou as vantaxes derivadas da antigüidade) ou, acaso tam3n, dos arts. 139 e 140, que abordan a duraci3n m3xima e pr3rrogas dos contratos suxeitos a termo certo.

2) Da duraci3n m3xima do tempo de traballo, os arts. 163 a 168, ambos os dous incluídos (l3mites 3 duraci3n do traballo), 178 (efectos da non suxeici3n ao horario de traballo) e 200 (l3mites 3 duraci3n do traballo en horas extraordinarias), todos eles sen prexuízo das regras especiais establecidas para determinados grupos de traballadores (menores, estudantes, discapacitados ou enfermos cr3nicos e teletraballadores).

3) Dos per3odos m3nimos de descanso, os arts. 174, (per3odo de descanso dentro da xornada de traballo), 175 (reduci3n ou dispensa do per3odo de descanso dentro da xornada de traballo), 176 (descanso entre xornadas), 178 (efectos da non suxeici3n ao horario de traballo), 205 a 207, ambos os dous incluídos (descanso semanal) e 208 a 210, tam3n ambos os dous incluídos (descanso en festivos), todo iso sen prexuízo, unha vez m3is, das regras especiais establecidas para determinados grupos de traballadores (menores, estudantes e discapacitados ou enfermos cr3nicos).

219 Cfr. P. ROMANO MARTINEZ: *Dereito do Traballo*, Almedida (Coimba, 2002), p3xina 1011.

220 *Ibidem*, p3xinas 1016-1018.

4) Das vacacións retribuídas, os arts. 211 a 223, ambos os dous incluídos, o 232 (efectos das faltas laborais sobre o dereito ás vacacións) e o 83 (vacacións do traballador estudante).

5) Do salario mínimo e do pagamento do traballo en horas extraordinarias (“trabalho suplementar”), os arts. 254 (paga de Nadal), 255 (retribución das vacacións), 256 (retribución mínima pola non suxeición ao horario de traballo), 257 (retribución do traballo nocturno), 258 (retribución das horas extraordinarias), 259 (retribución do descanso en festivos) e 266 (retribución mínima mensual garantida). Nin o CT nin a LRCT precisan qué se entende por contía de salario mínimo para os efectos dos desprazamentos considerados. A única regra sobre este extremo proporciónaa a LRCT, que vén a reproducir a do art. 3.7, parágrafo segundo, da Directiva 96/71/CE, dispoñendo que “a retribución mínima prevista na letra e) do artigo 8 do Código de Traballo comprende as axudas ou abonos concedidos aos traballadores por causa do desprazamento, sempre que non constitúan reembolso de gastos efectivamente realizados, principalmente [por] viaxes, aloxamento e manutención”. En calquera caso, unha vez interpretado o precepto de acordo coa Directiva, se descobre que non se está ante unha regra que garanta ao desprazado a Portugal o importe superior que por tales axudas ou abonos correspondería, conforme á lexislación portuguesa e cando se deban integrar no salario, ao desprazado dende Portugal a outro Estado. A finalidade é a xa sinalada *supra*: fixar a contía mínima do salario conforme á lei aplicable ao contrato de traballo co obxecto de determinar, a partir de tal operación, se a mencionada contía é a que debe aboarse ao desprazado ou se este ten dereito á superior obtida ao aplicar a lexislación portuguesa.

A falta de precepto que proporcione a noción de retribución mínima, que a Directiva remite á lexislación nacional, parece que aquela inclúe tanto o importe que corresponda ao salario base (“retribuição base”; art. 249.2 CT) como aos complementos salariais (prestações complementares e acessórias”; art. 250 CT). Tal interpretación conduce a ter en conta aquí os conceptos e as cantidades que figuran nos preceptos do CT aos que se fixo referencia, así como os que se ocupan de identificar as cantidades que non se consideran salario [arte. 260 (axudas por gastos e outros abonos), 262 (gratificacións) e 262 (participación nos beneficios)]. Sería moi conveniente un pronunciamiento legal expreso sobre a referida noción, para evitar problemas ou litixios.

6) Das condicións de cesión de traballadores por parte de empresas de traballo temporal. Esta materia é obxecto de regulación por lexislación especial (o Decreto-lei nº 358/89, de 17 outubro, “republicado”, con modificacións, pola Lei 146/99, de 1 setembro).

7) Das condicións de cesión temporal (“cedência ocasional”) de traballadores, os artigos 322 a 329, ambos os dous incluídos. Lémbrese que a licitude destas cesións en Portugal non afecta á súa ilicitude en España; outra cousa é que esta non se aplique

ás cesións producidas conforme á lexislación do Estado de onde procede o traballador desprazado.

8) Da seguridade, hixiene e saúde no traballo, os arts. 272 e seguintes.

9) Da protección da maternidade e da paternidade, os arts. 33 a 52, ambos os dous incluídos. Comprende a devandita protección, de acordo con estes artigos, os permisos por maternidade (art. 35) e por paternidade (art. 36); a redución da xornada de traballo (“período normal de traballo”) por coidado de fillo menor minusválido ou con enfermidade crónica (art. 37); o permiso por adopción (art. 38); os permisos para consultas prenatais e por lactación (art. 39); as ausencias por accidente ou enfermidade de fillos menores ou, calquera que sexa a súa idade, por coidado de fillos con discapacidade ou con enfermidade crónica, así como por coidado de netos de fillos adolescentes (arte. 40, 41 e 42); o permiso (“licenza”) parenteral e especial por coidado de fillo, por natureza ou por adopción (art. 43); o permiso ou licenza por coidado de fillo minusválido ou con enfermidade crónica (art. 44); a adaptación do tempo de traballo (art. 44); a exención da muller e do pai da obriga de realizar horas extraordinarias (art. 46); a dispensa á traballadora da realización do traballo nocturno (art. 47); a reinserción profesional tras gozar da licenza parenteral especial por coidado de fillo ou da licenza por coidado de fillo minusválido ou enfermo crónico (art. 48); a protección da seguridade e saúde da traballadora embarazada, en situación de parto recente ou con fillo lactante (art. 49); os efectos do goce das ausencias e dos permisos mencionados, así como da dispensa da realización de traballo nocturno ou de traballo á traballadora embarazada, en situación de parto recente ou con lactante (art. 50) e, por último, a protección da devandita traballadora fronte ao despedimento (art. 51).

10) Da protección dos traballadores menores, os arts. 53 a 70, ambos os dous incluídos. Corresponden a tales artigos as rúbricas de: principios xerais, formación profesional, admisión ao traballo, admisión ao traballo sen escolaridade obrigatoria ou sen cualificación profesional, formación e comunicación, celebración do contrato de traballo, denuncia do contrato polo menor, garantías de protección e da saúde e educación, dereitos especiais do menor, límites máximos da xornada ordinaria de traballo (“período normal do traballo”), dispensa de [a suxeición a] horarios de traballo [organizados] con arranxo [ao réxime de] adaptabilidade [do tempo de traballo] ²²¹, horas extraordinarias, traballo en período nocturno, período de descanso dentro da xornada (“intervalo de descanso”), descanso diario, descanso semanal, descanso semanal en caso de pluriemprego e participación de menores en espectáculos e outras actividades.

11) Da igualdade de tratamento e non discriminación, os arts. 22 a 32, ambos os dous incluídos (igualdade e non discriminación), 136 [igualdade de trato entre o traballa-

221 Cfr. arts. 164 e 165 CT.

dor temporal e o que o sexa por tempo indefinido (“traballador permanente”)], 236 (igualdade de trato entre o teletraballador e quen non exerza a súa actividade en réxime de teletraballo) e 263 (igualdade salarial por traballos iguais).

Non fai uso o Dereito portugués da posibilidade que confire a Directiva aos Estados membros para configurar determinados supostos nos que, pola breve duración do desprazamento ou pola escasa importancia dos traballos a executar, a garantía non comprenda determinadas condicións de traballo ²²². Non responde á apuntada posibilidade ao disposto no art. 12, apartados 2 e 3, LRCT, sobre a non aplicación da regulación nacional sobre as vacacións retribuídas e a retribución mínima e pago das horas extraordinarias aos traballadores cualificados desprazados por empresas subministradoras de bens para efectuar os traballos de montaxe ou instalación inicial contemplados no propio contrato de subministración e indispensables para o funcionamento de tales bens, salvo que o desprazamento se produza en actividades da construción ou supere os oito días no período dun ano. O anterior non reviste particularidade, pois constitúe unha transposición, nos seus propios termos, do mandato do art. 3.2 da Directiva, obrigado para os Estados aos que esta se destina.

En fin, lémbrese que a lexislación portuguesa se ocupa tamén, igual que a española, dos desprazamentos temporais a outros Estados realizados polas empresas establecidas en Portugal. Dispón o art. 9 CT que o traballador contratado por unha de tales empresas que pase a prestar a súa actividade no territorio doutro Estado, nun establecemento daquela ou en execución de contrato, mesmo de posta a disposición, celebrado entre a mesma e o beneficiario da actividade, “sempre que se manteña vixente o contrato de traballo e sen prexuízo das regulacións máis favorables derivadas da lei aplicable á relación laboral ou previstas contractualmente, ten dereito ás condicións de traballo que figuran no artigo anterior”. O precepto podería ser máis claro e especificar que o réxime xurídico de tales condicións será o previsto na lexislación laboral do Estado de destino, á que se estará, como advirte aquel, cando a protección resultante da aplicación desta sexa superior á obtida de acordo coa lei aplicable á relación laboral (a portuguesa) ou co contrato de traballo. Se o Estado de destino é da Unión Europea (ou asinante do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo), a regulación a ter en conta será, como é obvio, a que resulte das normas que nel procederan á transposición da Directiva 96/71/CE.

Se ben se mira, o art. 9 CT completa a regulación que o mesmo texto legal dá á mobilidade xeográfica, nos seus arts. 315, 316 e 317; trataríase dunha regra especial a ter en conta nos casos de mobilidade xeográfica onde o traballador afectado deba pasar a prestar a súa actividade, con carácter temporal, no territorio doutro Estado.

222 Art. 3, apartados 3, 4 e 5, Directiva cit.

c) *No Dereito español*

a) Condicións de traballo comprendidas na garantía

Consideradas no seu conxunto, as condicións de traballo obxecto da garantía configúranse pola LDT, en termos xerais, con maior amplitude que na Directiva da que esta é transposición. Noutras palabras, o lexislador español fai uso, como o portugués, da primeira das facultades conferidas aos Estados membros polo art. 3.10 da devandita Directiva. Se da referida comparación global se pasa a unha comparación dentro de cada condición, compróbase que non hai ningún caso en que se poida manter que a amplitude da garantía é menor no Dereito español. En cambio, é notoriamente inferior, en comparación co Dereito portugués, a garantía que se outorga ás traballadoras desprazadas que se atopen embarazadas ou que deran a luz recentemente.

De acordo coa LDT, principalmente o seu art. 3 (“condicións de traballo dos traballadores desprazados”), a garantía comprende as condicións de traballo ou materias relativas a:

1) “O tempo de traballo, nos termos previstos nos artigos 34 a 38 da Lei do Estatuto dos Traballadores” [art. 3.1.a)]. A expresión “termos previstos” equivale a extremos ou aspectos regulados nos devanditos preceptos, non á exclusiva aplicación do réxime xurídico que sobre os aludidos aspectos conteñen estes, pois tamén ha de terse en conta, como xa se advertiu, a regulación de tales aspectos contida nas disposicións regulamentarias e nos convenios colectivos ou laudos arbitrais sectoriais xa coñecidos. Certamente, os artigos 34 a 38 ET regulan materias que se corresponden co que a Directiva 96/71/CE designa como “períodos máximos de traballo, períodos mínimos de descanso” e “duración mínima das vacacións anuais retribuídas”; pero tamén se refíren a outros aspectos do tempo do traballo que exceden do que cabería incluír baixo tales expresións, aínda amplamente entendidas, como é o caso dos calendarios laborais (art. 34.6), do traballo nocturno, a quendas ou organizado segundo certo ritmo (art. 36) e dos permisos (art. 37.3). Tampouco se aprecia unha equivalencia exacta entre as referidas materias e as comprendidas na relación do art. 8 CT, mesmo se se teñen en conta os aspectos do tempo de traballo afectados polas que este precepto denomina “protección da maternidade e paternidade” e “protección do traballo de menores”. Non hai ningunha regra nos artigos 34 a 38 ET sobre os períodos máximos de traballo correspondentes ás horas complementarias que poden realizar os traballadores contratados a tempo parcial, nin tampouco sobre os permisos por realización de exames ou por formación ou perfeccionamento profesional, así como sobre a adaptación da xornada ordinaria para a asistencia a cursos de formación. Todos estes extremos, que teñen que ver co tempo de traballo, considéranse noutros artigos do ET (o 12 e o 23).

2) “A contía do salario” [art. 3.1.b)]. A diferenza do que acontece no Dereito portugués, a contía mínima, obxecto da garantía, é definida pola LDT, o cal se acomoda ao previsto pola Directiva, que, como xa se indicou, renuncia a proporcionar a noción

de tal contía e remítea á que fixe a lexislación laboral do Estado de destino ²²³. Segundo o art. 4.1 LDT, a contía de que se trata é a que corresponda, de acordo coas normas estatais e convencionais antes identificadas, ao grupo ou a categoría profesional do desprazado, en cómputo anual, sen os descontos por impostos e parte da cota de seguridade social a cargo do traballador e polos conceptos de salario base, gratificacións extraordinarias e complementos salariais, incluídos, se é o caso, os debidos por horas extraordinarias e complementarias (isto último no caso de traballadores a tempo parcial) e traballo nocturno ²²⁴. Por se houberse algunha dúbida, aclárase que non se incluírán “calquera mellora de seguridade social” ²²⁵, expresión que comprende o importe satisfeito en concepto de contribucións aos “réximes complementarios de xubilación profesional”, ás que se refire o art. 3.1.c) da Directiva 96/71/CE para excluílas, de forma expresa, das “contías do salario mínimo” obxecto da garantía comentada ²²⁶. Lémbrese que, unha vez calculada na forma indicada a contía mínima do sala-

²²³ Art. 3.1, parágrafo último. Véxase *supra*, nota 38.

²²⁴ A comparación dos salarios mínimos no seu importe bruto, valorando as cargas tributarias e de seguridade social, acomódase ao criterio de TJCE, expresado na súa sentenza de 16 marzo 2001, cit. [*Mazzoleni e Inter Surveillance Assistance SARL (ISA)*], onde se examina o acomodo aos que hoxe serían os arts. 49 e 50 TCE da obriga dun prestador de servizos en Bélxica de aboar aos traballadores desprazados a este Estado o salario mínimo superior resultante da aplicación do convenio colectivo que nel regula a actividade (vixilancia privada). Razo a TJCE que “para comprobar se a protección de que gozan os empregados no Estado membro de establecemento é equivalente, as autoridades competentes do Estado membro de acollida deben tomar en consideración, entre outros extremos, os relativos á contía da retribución e á duración do traballo á que corresponde a devandita contía, así como ao importe das cotizacións á seguridade social e á incidencia da fiscalidade” (apartado 39). Previamente, advirte que “se todos os traballadores afectados gozan dunha situación equivalente no seu conxunto no que atinxe ás retribucións, a fiscalidade e as cargas sociais no Estado membro de acollida e no Estado membro de establecemento, cabe considerar que se alcanzou o obxectivo do Estado membro de acollida de garantir aos empregados de tales prestadores de servizos o mesmo nivel de protección social que se aplica no seu territorio aos traballadores do mesmo sector” (apartado 35). En tales circunstancias, obrigar ao prestador do servizo a pagar o mencionado salario mínimo resultante de atender ao convenio colectivo do Estado de destino constituiría unha medida non necesaria nin proporcionada e, polo tanto, contraria á libre prestación de servizos”.

²²⁵ Cfr.art. 26.2 ET.

²²⁶ Outra cousa é que deba garantirse a continuidade das cotizacións durante o desprazamento, cando este se produza dun Estado membro a outro. A materia é obxecto da Directiva 98/49/CE, do Consello, do 29 de xuño de 1998, relativa á protección dos dereitos de pensión complementaria dos traballadores por conta allea e dos traballadores por conta propia que se desprazan dentro da Comunidade. Segundo o seu art. 6, relativo ás “cotizacións aos réximes complementarios de pensión por parte dos traballadores desprazados e no seu nome”:

“1. Os Estados membros adoptarán as medidas necesarias para que as cotizacións a un réxime complementario de pensión establecido nun Estado membro poidan seguir sendo aboadas por un traballador desprazado que estea afiliado a un réxime deste tipo, ou no seu nome, durante todo o tempo en que estea destinado noutro Estado membro.

2. Cando, en aplicación do apartado 1, continúen pagándose cotizacións a un réxime complementario de pensión establecido nun Estado membro, o traballador desprazado e, no seu caso, o seu empresario quedarán exentos de calquera obriga de cotizar a un réxime complementario de pensións noutro Estado membro”.

rio que correspondería percibir ao traballador desprazado conforme ao Dereito español, para determinar se a devandita contía é a que debe aboarse, por ser superior á derivada da lei aplicable ao contrato de traballo (a do Estado de orixe), ha de procederse na forma xa descrita *supra*, imposta polo art. 3.8 da Directiva e seguida polo art. 4.3 LDT, equivalente ao 11.1 LRCT: integrar nos conceptos computables os complementos polo desprazamento que non respondan a gastos orixinados por este.

Regra especial rexe a contía mínima do salario dos traballadores que desprace unha empresa de traballo temporal para poñelos a disposición da empresa usuaria. Dela tratarase máis adiante, dentro do exame das condicións a que a LDT somete os desprazamentos realizados por empresas de traballo temporal.

3) “A igualdade de trato e a non discriminación directa ou indirecta por razón de sexo, orixe, incluído o racial ou étnico, estado civil, idade dentro dos límites legalmente marcados, condición social, relixión ou conviccións, ideas políticas, orientación sexual, afiliación ou non a un sindicato e aos seus acordos, vínculos de parentesco con outros traballadores da empresa, lingua ou discapacidade, sempre que os traballadores se achasen en condicións de aptitude para desempeñar o traballo ou emprego de que se trate” [art. 3.1.c)]²²⁷. Esta garantía descríbese con máis detalle ou precisión que na Directiva e no art. 8 CT; pero non se concibe con maior amplitude. Cando a Directiva e o art. 8 CT fan referencia, respectivamente, “á “igualdade de trato entre homes e mulleres e outras disposicións en materia de non discriminación” e á “igualdade de tratamento e non discriminación”, os termos empregados estenden a garantía a calquera manifestación da non discriminación, incluída a que se indica a continuación. Resulta pedagóxico que a LDT ofrezca unha ampla lista de circunstancias de discriminación fronte ás queda protexido o traballador desprazado; pero iso non pode conducir a limitar a garantía ás mencionadas.

4) “A non discriminación dos traballadores temporais e a tempo parcial” [art. 3.1.f)]²²⁸. Como se acaba de sinalar, trátase dunha manifestación máis da tutela antidiscriminatoria. A súa mención separada e específica non parece caprichosa. Pode deberse á razón sistemática de que o motivo da discriminación fronte á que se protexe non é persoal, como sucede nos casos relacionados anteriormente; tamén podería apreciarse a intención do lexislador de deixar ben claro o seu particular interese en atallar as discriminacións baseadas nas circunstancias laborais indicadas. Con todo, se o pretendido foi dispoñer por separado a aplicación das normas que protexen fronte ás discriminacións baseadas en motivos persoais e noutros motivos, ben poderíase facer referencia expresa, en relación con estes últimos, á non discriminación por razón da reclamación presentada polo traballador esixindo, na empresa ou ante os

²²⁷ Cfr. arts. 4.1.c), 17.1, 22.4, 24.2 e 28 ET; tamén art. 12 LOLS.

²²⁸ Cfr. art. 15.6 e 12.4.d) e e) ET.

Tribunais, o cumprimento do principio de igualdade de trato e non discriminación (art. 17.1, inciso final, ET).

5) “O traballo de menores, de acordo co establecido no artigo 6 do Estatuto dos Traballadores” [art. 3.1.d)] e sen prexuízo, cabe engadir, de que tamén deban terse en consideración outras condicións distintas das contempladas no devandito precepto, sometidas a regras especiais que encaixan noutros apartados da garantía e, en concreto, nos correspondentes ao tempo de traballo [prohibición de realizar máis de oito horas diarias de traballo efectivo (art. 34.3 ET) e ampliación do descanso dentro da xornada continuada diaria (art. 34. 4 ET) e do descanso semanal (art. 37.1 ET), todo iso referido aos traballadores menores de dezoito anos] e á prevención de riscos laborais.

6) “A prevención de riscos laborais, incluídas as normas sobre protección da maternidade e dos menores” [art. 3.1.e)]. As aludidas normas son materialmente de prevención de riscos laborais, polo que non sorprende a súa inclusión. O que permite determinar se unha regulación forma ou non parte da prevención de riscos laborais é a súa materia, non o suxeito destinatario; cousa distinta é que caiba a identificación de grupos de persoas sometidas a riscos particulares ou maiores e que, en atención a iso, dispóñanse para tales grupos medidas de protección e prevención especiais, máis intensas, como sucede cos menores (art. 27 LPRL) e as traballadoras embarazadas, en situación de parto recente ou con fillos lactantes (art. 26 LPRL), entre outros grupos que non se mencionan, pero que contan con normas de protección que tamén haberá que ter en consideración (traballadores especialmente sensibles a determinados riscos, suxeitos a contratos de duración determinada ou contratados por empresas temporais para a súa posta a disposición). Neste punto, a amplitude da garantía non é maior na LDT que na Directiva, que se refire “á “saúde, a seguridade e a hixiene no traballo”; ou que no CT, que emprega iguais termos, pero noutra orde (“a seguridade, hixiene e a saúde no traballo”). Sen dúbida, a protección da saúde laboral dos menores constitúe, segundo se indicou, unha parte da garantía relativa ao traballo de menores; sucede, sen embargo, que se preferiu facer referencia específica a ela dentro da prevención de riscos laborais.

7) “O respecto á intimidade e a consideración debida á dignidade dos traballadores, comprendida a protección fronte a ofensas verbais ou físicas de natureza sexual” [art. 3.1.g)]²²⁹. Tratándose de dereitos regulados por normas que reúnen as condicións para ser cualificadas, de acordo coa interpretación que mantén o TJCE²³⁰, de imperativas ou de orde pública, aplicables calquera que sexa a lei que rexa o contrato e a calquera empresa que opere en España, sexa ou non española, non sorprende a súa inclusión (estrañaría a súa exclusión), que encaixa nas previsións do Convenio de Roma²³¹

²²⁹ Cfr. arts. 4.2.e), 18, 20.3 e 39.3 ET.

²³⁰ Véxase *supra*, notas 39 e 40 e texto concordante.

²³¹ Do seu art. 7.1

e, aínda que omitida pola Directiva 96/71/CE, conta coa cobertura do seu art. 3.10; isto é, estase ante “condicións de traballo e emprego [reguladas por “disposicións de orde pública” e] referidas a materias distintas das enumeradas” no art. 3.1 da devandita Directiva, que, como se sabe, é o precepto que determina a extensión material e ordinaria da garantía. Polo demais, queda aquí posto de relevo o desigual uso que fan os Dereitos español e portugués da marxe de actuación que a Directiva concede aos Estados membros: os dereitos contemplados non figuran na relación de materias do art. 8 CT.

8) “A libre sindicación e os dereitos de folga e de reunión” [art. 3.1.h)]. *Mutatis mutandi*, son aplicables as consideracións realizadas a propósito do respecto á intimidade e a consideración debida á dignidade, incluída a do desigual uso que fan os Dereitos español e portugués da marxe de actuación concedida pola Directiva 96/71/CE. En coherencia coa manifestación do seu “considerando” 22, de que a súa regulación “non afecta á situación normativa dos Estados membros en materia de acción colectiva para a defensa dos intereses profesionais”, dita Directiva non inclúe os dereitos colectivos agora contemplados na relación de materias obxecto da garantía; pero non impide que os Estados membros poidan engadilos, como así faino a LDT, a cal, por certo, tamén se ocupa, fóra xa do art. 3, doutro importante dereito colectivo, que é o de representación dos traballadores. Respecto ao devandito dereito garante a LDT, na súa disposición adicional terceira, traspoñendo o mandato do parágrafo segundo do art. 5 da Directiva 96/71/CE ²³²: a) que “os representantes dos traballadores desprazados a España, que ostenten tal condición de conformidade coas lexislacións ou prácticas nacionais, poderán exercer accións administrativas ou xudiciais [en España, ante as súas Administracións e tribunais] nos termos recoñecidos aos representantes dos traballadores pola lexislación española”. E b) que “os representantes dos traballadores das empresas usuarias e das empresas que reciban en España a prestación de servizos dos traballadores desprazados (*sic*) ... terán respecto dos devanditos traballadores as competencias que lles reconece a lexislación española, con independencia do lugar en que radique a empresa de traballo temporal ou a empresa prestamista dos servizos”. A diferenza do que acontece coas condicións examinadas ata agora, cuxa garantía corresponde á empresa que despraza aos seus traballadores ²³³, a obriga de permitir que esas competencias dos representantes dos traballadores poidan ser efectivas está a cargo das empresas que reciban a prestación de servizos na que participan coa súa actividade os traballadores desprazados. Tal obriga encaixa no que dispón a disposición adicional segunda LDT. Polo que se refire ás competencias en relación cos traballadores desprazados para ser postos a disposición das empresas usuarias, das aludidas competencias forman parte as recollidas no art. 17.1 LETT e no art. 28.5, parágrafo último, LPRL.

²³² Os Estados membros “velarán por que os traballadores ou os seus representantes dispoñan de procedementos adecuados para que se cumpran as obrigas establecidas na presente Directiva”.

²³³ Art. 3.1 LDT: “Os empresarios incluídos no ámbito da presente lei que despracen a España aos seus traballadores ... *deberán garantir a estes* ...”.

9) Nos desprazamentos dispostos por *empresas de traballo temporal*, segundo o inciso final do art. 3.2 LDT, “as condicións que establece a Lei 14/1994, do 1 de xuño, pola que se regulan as empresas de traballo temporal, para a cesión de traballadores a empresas usuarias”. Diso trátase máis adiante, nun apartado propio. Nada se indica acerca das cesións de man de obra á marxe das empresas de traballo temporal, as cales, a pesar de ser lícitas de acordo coa lei aplicable ao contrato de traballo, converteríanse en inviables se se lles aplicase o Dereito español e, en concreto, se as considerase comprendidas no ámbito do art. 43 ET. Non é iso o que quere a LDT, e así débese interpretar o seu silencio. Tal silencio equivale á admisión de que os traballadores desprazados estean sometidos ao tipo de cesións contemplado sempre que estas se produzan con suxeición ás condicións establecidas pola lexislación do Estado de orixe que as permita. Se fosen ilícitas conforme á devandita lexislación, seguiríano sendo en España; sen embargo, sucede que a LDT nin sequera toma en consideración semellante posibilidade, polo que parece que os traballadores afectados só poderían reclamar, ante os Tribunais do Estado de orixe ²³⁴, os dereitos que a lexislación deste reconeza aos que se atopan na súa situación.

Comentario particular merece a forma en que a LDT inclúe no ámbito da garantía a regulación sobre a protección da maternidade ou, se se prefire, o que a Directiva denomina “condicións de traballo e de emprego das mulleres embarazadas ou que deran a luz recentemente”. Tales condicións comprenden, dende logo, as relativas á saúde laboral e seguridade no traballo, ás que se refire de modo expreso a LDT, cando incorpora á garantía a regulación da prevención de riscos laborais. Pero iso non significa que o devandito texto legal limite as condicións examinadas ás propias dese ámbito. Se así fose, a súa transposición da Directiva non cumpriría co pedido por esta. Cando a Directiva dispón que ha de garantirse a protección superior que a lexislación do Estado de destino outorgue á traballadora embarazada en materia de condicións de traballo e emprego [art. 3.1.f)], estase a referir a condicións que xa non teñen que ver coa prevención de riscos laborais, as cales tamén ordena aplicar ao incluír na garantía, de forma ampla, “a saúde, a seguridade e a hixiene no traballo”. Na LDT, esas condicións de traballo alleas á saúde laboral, en lugar de ser obxecto dun tratamento expreso e específico, son parte do contido doutras condicións que reciben tal tratamento. Así, a garantía da protección fronte a discriminacións esténdese ás discriminacións por razón do embarazo; de igual modo, cando se inclúe na garantía “o tempo de traballo, nos termos previstos nos artigos 34 a 38 da Lei do Estatuto dos Traballadores”, estase a conceder a protección superior que poida outorgar a lexislación española (as normas estatais e os convenios colectivos ou laudos arbitrals sectoriais) en materia de permisos para a realización de exames prenatais e técnicas de preparación ao parto [art. 37.3.f) ET], así como de ausencia do traballo ou redución de xornada por lactación e por nacemento de fillos prematuros ou que

²³⁴ Non se estaría ante unha cuestión litixiosa suscitada en aplicación da LDT, que constitúe o presuposto para a atribución da competencia aos órganos xurisdiccionais da orde social españois, segundo establece o art. 15 da propia LDT (ver *infra*, apartado V).

deban permanecer hospitalizados tras o parto (art. 37, apartados 4 e 4 bis, ET).

En calquera caso, a descrición de materias que contén o art. 3 LDT non permite estender a garantía a todas as condicións de traballo vinculadas ao feito do embarazo ou do parto recente. Así, non se aplicaría a garantía fronte ao despedimento que conceden os arts. 54.4.b) e 55.5.b) ET á traballadora que sexa obxecto del atopándose nalgunha das mencionadas situacións, aínda sen ser discriminatorio ou contrario a dereitos fundamentais. A non inclusión desta e outras condicións non contradí a Directiva 96/71/CE, que non ordena garantir todas as condicións de traballo e emprego que a lexislación nacional confira por maternidade ou parto recente. Igualmente, é evidente que aquela descrición da LDT conduce a que a regulación do Dereito portugués sexa aquí máis vantaxosa. Aparte da amplitude que ten a regulación portuguesa da “protección da maternidade”, garátese a tamén ampla “protección da paternidade”, sobre a que nada din a Directiva e a LDT.

A obrigada a outorgar a protección superior derivada da aplicación da lexislación laboral española sobre as condicións comprendidas na garantía é a empresa que decide o desprazamento dos seus traballadores, como anticipa xa o parágrafo primeiro do art. 3.1 LDT. Non hai aquí diferenza coa Directiva 96/71/CE; nin tampouco, malia a omisión que se aprecia no CT e na LRCT, co Dereito portugués. A empresa usuaria ou a que recibe a prestación do servizo na que participan coa súa actividade os traballadores desprazados tamén ten obrigas respecto a estes; sen embargo, tales obrigas non cambian polo feito do desprazamento. Son as mesmas que terían respecto dos traballadores procedentes de calquera empresa provedora de servizos establecida en España. Véno a confirmar a disposición adicional segunda LDT, ao prescribir que “as empresas usuarias e as empresas que reciban en España a prestación de servizos dos traballadores desprazados ao amparo do disposto na presente lei asumirán respecto dos devanditos traballadores as obrigas e responsabilidades previstas na lexislación española para tales supostos, con independencia do lugar en que radique a empresa de traballo temporal ou a empresa prestamista dos servizos”²³⁵. Deste

²³⁵ O establecemento de responsabilidades compartidas entre as empresas que realizan o desprazamento e as que encargasen a obra ou o servizo non se opón á libre prestación de servizos, como tivo oportunidade de sinalar a STCJE de 12 outubro 2004 (asunto C-60/03; *Pereira Félix c. Wolf & Müller*), que examina a responsabilidade solidaria que a Arbeitnehmer-Entsendegesetz (Lei sobre o desprazamento de traballadores) alemá impón á empresa da construción que encargue a realización de obras propias desta actividade, en relación coas cantidades en concepto de salario mínimo debidas aos seus traballadores pola contratista, a subcontratista ou unha empresa que cedese man de obra á devandita contratista ou subcontratista: “o artigo 5 da Directiva 96/71, interpretado á luz do artigo 49 TCE, non se opón, nun asunto como o do procedemento principal, a disposicións nacionais segundo as cales unha empresa construtora que encarga a outra empresa a execución de obras de construción responde, como fiador que renunciou ao beneficio de excusión, das obrigas da devandita empresa ou dun subcontratista polo pagamento do salario mínimo dun traballador ou de cotizacións a un organismo común establecido polas partes dun convenio colectivo, cando o salario mínimo consiste na cantidade debida ao traballador tras a dedución dos impostos e das cotizacións de seguridade social (salario neto), e cando a protección do salario do traballador non é o obxectivo principal ou só é un obxectivo secundario da devandita normativa”.

modo, por exemplo, se tales servizos consisten nunha contrata da “propia actividade”, resultará de aplicación a responsabilidade solidaria que contempla o art. 42 ET²³⁶, aínda que se ignora como se pode cumprir o deber de comprobación de que o contratista ou subcontratista están ao corrente no pagamento das súas cotas de seguridade social, que permite que a responsabilidade do comitente polas débedas de seguridade social contraídas por un ou outro durante a vixencia da contrata deixe de ser a solidaria do citado precepto do ET e pase a ser a subsidiaria que contemplan con carácter xeral, para calquera contrata, os arts. 104.1 e 127.1 LGSS. Así mesmo, tamén haberá de cumprir as obrigas que lle impoña a normativa de prevención de riscos laborais, como son as relativas á coordinación de actividades empresariais²³⁷ ou, se se trata dunha empresa usuaria, as do capítulo IV LETT, como recorda o art. 23 desta lei.

b) Fontes reguladoras das anteriores condicións de traballo

Tamén fai uso o lexislador español da segunda das facultades que confire aos Estados membros o art. 3.10 da Directiva. En efecto, cando a LDT aborda a cuestión da qué fontes de regulación das condicións de traballo comprendidas na garantía ha de atenderse, dispón que aos traballadores desprazados se lles aplicará, se iso supón unha protección superior²³⁸, a regulación que sobre tales condicións apareza contida “nas disposicións legais ou regulamentarias do Estado e nos convenios colectivos e laudos arbitrais aplicables no lugar e no sector ou rama de actividade de que se trate” (art. 3.4 LDT). Isto é, a regulación convencional eventualmente aplicable non se circunscribe á que proporcionen os convenios colectivos e laudos arbitrais propios das actividades da construción mencionadas no *anexo* da Directiva; como en Portugal, garántese a aplicación da regulación convencional sectorial calquera que sexa o seu ámbito funcional.

Se é claro que só se ordena atender aos convenios colectivos ou laudos sectoriais (de “sector ou rama de actividade”)²³⁹, non o é, en cambio, que tales convenios ou laudos deban ter, necesariamente, eficacia persoal xeral, a cal, por outra parte, non é esixida pola Directiva, polo menos no sentido que o concepto ten no Dereito espa-

236 Sobre a interpretación e o alcance da indicada responsabilidade véxase J. GÁRATE CASTRO: “Descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de seguridad social, con especial referencia a las Administraciones Públicas”, AL, núm. 9, 2004, páxinas 1044 e segs.

237 Art. 24 ET e Real Decreto 171/2004, de 30 xaneiro, de desenvolvemento do anterior precepto.

238 Cfr. art. 3.5 LDT.

239 A única excepción, moi específica e limitada a unha concreta condición de traballo, pode presentarse no caso de traballadores cedidos e desprazados por empresas de traballo temporal, aos que se lles garante que non percibirán un salario inferior ao que para o posto cuberto sinale o convenio colectivo aplicable á empresa usuaria [art. 4.2 LDT e art. 11.1, en relación co 22.1.c), LETT]. O devandito convenio colectivo terase en consideración tanto se é sectorial como de empresa.

ñol. A LDT non indica nada acerca da imprescindible eficacia persoal xeral daqueles, polo que, ante o seu silencio (ou, en termos da Directiva 96/71/CE, “a falta dun sistema de declaración de aplicación xeral de convenios colectivos ou laudos arbitrarios” establecido para os efectos da súa aplicación aos desprazamentos temporais), ben podería entenderse que foi intención do lexislador que a cuestión dos convenios e laudos que deben considerarse “de aplicación xeral”, no sentido da Directiva, resolvase conforme aos criterios que fixa esta no seu art. 3.8, os cales piden que os convenios ou laudos “produzan efecto xeral en *todas as empresas*” (non todos os traballadores) do sector ou profesión de que se trate existentes no seu ámbito territorial, ou tamén, no caso de convenios, que “sexan *amplamente aplicados* no conxunto do territorio nacional”. As anteriores condicións, que están presentes nos convenios sectoriais estatutarios, tamén poden concorrer nos convenios sectoriais “extraestatutarios”. Nada hai na LDT que permita considerar que exclúe a aplicación o traballador desprazado da regulación de condicións de traballo contidas neste tipo de convenios colectivos, cando reúnan as notas ás que se acaba de facer referencia. A exclusión dos convenios sectoriais “extraestatutarios” non é posible nin sequera no caso de que se entenda que os únicos convenios sectoriais que contempla a LDT son os de eficacia persoal xeral, pois tamén os extraestatutarios poden alcanzar tal eficacia, pola vía das adhesións individuais ou colectivas.

c’) Supostos onde se reduce a extensión ordinaria da garantía

Aparece aquí unha diferenza importante entre o Dereito portugués e o español, que fai uso da posibilidade que confire a Directiva aos Estados membros para configurar determinados supostos nos que, pola breve duración do desprazamento ou pola escasa importancia dos traballos a executar, a garantía non comprenda determinadas condicións de traballo. A forma en que a LDT recorre á apuntada posibilidade é singular, pois o lexislador optou por unha fórmula que recolle qué supostos dos que permite a Directiva queren establecerse e, á vez, serve de transposición do previsto polo art. 3.2 desta, que ordena, sen consentir que os Estados membros poidan dispoñer outra cousa, que en certos casos a garantía non se estenda ás condicións de traballo relativas á duración mínima das vacacións e ás contías mínimas do salario. A aludida fórmula é a que contén o art. 3.3 LDT, segundo o cal “as condicións de traballo establecidas na lexislación laboral española relativas ás vacacións anuais retribuídas e á contía do salario non serán de aplicación nos desprazamentos definidos nas letras a) e b) do artigo 2.1 1º cuxa duración non exceda de oito días”. Isto é, aínda non excedendo de oito días, non existe ningunha redución da garantía nos desprazamentos de traballadores que decidan as empresas de traballo temporal para poñer estes a disposición de empresas establecidas ou que exerzan a súa actividade noutro Estado. Se existise, sería contraria á Directiva, que limita as reducións que poden adoptar os Estados membros aos desprazamentos aos que se refiren, precisamente, as indicadas letras a) e b) do art. 2.1 1º LDT (contratas e subcontratas, amplamente entendidas, e desprazamentos interempresariais ou intergrupais).

O mandato do parágrafo primeiro do art. 3.2 da Directiva, que ordena non aplicar as referidas condicións de traballo aos desprazamentos de duración non superior a oito días que teñan por obxecto a montaxe inicial ou a primeira instalación dun ben subministrado pola empresa dos traballadores desprazados, queda comprendido nos termos do art. 3.3 LDT, cando dispón que aquelas condicións non se apliquen aos desprazamentos de oito días ou menos incluídos na letra a) do seu art. 2.1 1º, isto é, os producidos no marco dunha contrata ou subcontrata transnacional de obras ou servizos. Iso é unha forma de traspoñer o mandato do art. 3.2 da Directiva, na medida en que os referidos desprazamentos para a realización de traballos de montaxe inicial ou de primeira instalación entran no suposto de feito que describe o art. 2.1 1º.a) LDT.

Cabería obxectar que o art. 3.2 da Directiva tamén dispón, no seu parágrafo segundo, que a inaplicación das condicións en cuestión non alcanza aos desprazamentos de duración non superior a oito días decididos nas actividades da construción que menciona no seu *anexo*. Sen embargo, tal previsión consente que os Estados membros poidan establecer excepcións totais ou parciais ao exercitar as facultades que a mesma Directiva lles outorga nos apartados 3, 4 e 5 de igual artigo ²⁴⁰. Iso conduce a concluír que a LDT non contradí a regulación da Directiva ao non incorporar unha regra equivalente á que aparece no parágrafo segundo do apartado 2 do art. 3 desta. A inaplicación da regulación española sobre duración mínima das vacacións e contía mínima do salario nos desprazamentos non superiores a oito días que teñan por obxecto a montaxe inicial ou a primeira instalación dun ben e que se produzan nas actividades da construción que menciona o *anexo* da Directiva atoparía cobertura no exercicio, por parte do lexislador, da facultade que o art. 3.5 desta reconece aos Estados membros. É certo que tal precepto require que o exercicio da facultade se xustifique en atención á “escasa importancia” dos traballos a efectuar no curso do desprazamento e que o Estado que faga uso daquela estableza “as condicións que deben cumprir os traballos para ser considerados de «escasa importancia»”. Pois ben, aínda que a LDT omite a determinación explícita do mencionado extremo, cabe apreciar unha determinación implícita, suficiente, probablemente, para satisfacer o pedido pola Directiva. Conforme á interpretación que se postula, o art. 3.3 LDT vincularía a noción da escasa importancia do desprazamento á breve duración deste. En suma, para os efectos do exercicio da facultade que outorga aos Estados membros o art. 3.5 da Directiva, o Dereito español considera de escasa importancia o desprazamento que non supere os oito días, a computar como sinala o art. 3.6 LDT ²⁴¹, cuxo criterio non difire do que contén igual precepto da Directiva ²⁴².

²⁴⁰ Véxase *supra*, notas 41 e 42 e texto concordante con elas.

²⁴¹ “Para os efectos do disposto neste artigo, a duración do desprazamento calcularase nun período de referencia dun ano a contar dende o seu comezo, incluíndo, no seu caso, a duración do desprazamento doutro traballador desprazado anteriormente a que se substituíse”.

²⁴² Véxase *supra*, apartado III.1.B).a).

Non consente a LDT que os convenios colectivos sectoriais poidan definir supostos de redución das condicións de traballo comprendidas na garantía ou que poidan establecer excepcións aos casos que aquela inclúe no seu art. 3.3. Preferiuse non facer uso das posibilidades que en tal sentido atribúe o art. 3.4 da Directiva 96/71/CE.

d') Regras especiais para os desprazamentos de traballadores decididos por empresas de traballo temporal, para poñer aos afectados a disposición de empresas usuarias establecidas ou que exerzan a súa actividade en España

Xa se sinalou que a LDT dispón, no seu art. 3.2, que as empresas de traballo temporal que despracen os seus traballadores para poñelos a disposición de empresas usuarias establecidas ou que exerzan a súa actividade en España “deberán cumprir as condicións que establece a Lei 14/1994, do 1 de xuño, pola que se regulan as empresas de traballo temporal, para a cesión de traballadores a empresas usuarias”. Pois ben, non cabe dúbida de que semellante previsión implica algo distinto do feito de que os traballadores cedidos e desprazados tamén son beneficiarios da protección superior con que contén na lexislación do Estado de destino (aquí, España) as materias vistas ata agora. Pono de relevo, de forma declarativa, para despexar calquera dúbida, a parte inicial do precepto ²⁴³. A transcibida parte final deste refírese: 1) ás condicións baixo as que poden operar (desenvolver a súa actividade) en España as empresas de traballo temporal establecidas noutros Estados e pódense celebrar con elas contratos de posta a disposición a executar en España, o que gardaría correspondencia co previsto no art. 3.1.d) da Directiva 96/71/CE (“condicións de subministración de man de obra ... por parte de axencias de traballo interino”) ²⁴⁴; e 2) a qué condicións de traballo particulares das recoñecidas pola lexislación laboral española aos traballadores cedidos por empresas de traballo temporal establecidas en España van beneficiar tamén aos traballadores cedidos e desprazados polas empresas de traballo temporal establecidas noutros Estados. Isto último -e só iso- respondería, en rigor, á facultade que confire aos Estados membros o art. 3.9 da Directiva 96/71/CE. Vexamos por separado ambos os dous extremos, que son obxecto de regras contidas tanto na LDT coma na LETT. Advírtese que a materia do primeiro deles non constitúe propia ou directamente obxecto dunha condición de traballo ou emprego do traballador desprazado.

243 “Nos desprazamentos definidos na letra c) do artigo 2.1 1º, as empresas de traballo temporal, ademais de garantir aos seus traballadores desprazados, calquera que sexa a lexislación aplicable ao contrato de traballo, as condicións de traballo a que se refire o apartado anterior previstas pola lexislación laboral española, ...”. Concorde con tal prescrición a parte inicial do art. 22.1.c) LETT: “A empresa de traballo temporal estará suxeita ao establecido na Lei sobre o desprazamento de traballadores no marco dunha prestación de servizos transnacional e deberá garantir aos seus traballadores desprazados as condicións de traballo previstas nesta, ...”.

244 Lémbrese que, como manifesta o “considerando” 10 da Directiva, esta “non obriga a recoñecer legalmente a existencia de axencias de traballo temporal nin menoscaba a aplicación polos Estados membros das súas leis relativas á subministración de man de obra e de empresas de traballo temporal a empresas non establecidas no seu territorio pero que operan en el dentro do marco da prestación de servizos”.

De acordo coas prescricións da sección primeira do capítulo VI LETT, introducido pola LDT (pola súa disposición final primeira), a actividade en España dunha empresa de traballo temporal establecida noutro Estado (membro da Unión Europea ou asinante do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo) require que a devandita empresa estea válida constituída e reúna as condicións para a prestación dos servizos de posta a disposición, todo iso conforme á lexislación do seu Estado de establecemento [art. 22.1.a)]²⁴⁵. As leis deste Estado sobre os aspectos citados son as aplicables en substitución das equivalentes que contén o capítulo I LETT. Pola súa banda, as empresas usuarias establecidas ou que exerzan a súa actividade en España só poderán concertar contratos de posta a disposición coas empresas de traballo temporal que cumpran os expresados requisitos (art. 23)²⁴⁶. A partir de aí, a celebración do contrato de posta a disposición para a súa execución en España, “sen prexuízo da lexislación aplicable a este, deberá formalizarse por escrito” e adecuarse aos supostos de utilización, á duración, ás exclusións e aos dereitos de información dos representantes dos traballadores na empresa usuaria que regula o capítulo II LETT, “a excepción da obriga de formalización no modelo regulamentariamente establecido”²⁴⁷. Así mesmo, de acordo co art. 4.2 LDT, e tamén co art. 11.1 LETT, cuxa aplicación ordena o 22.1.c) de igual texto legal, deberá consignarse no contrato de posta a disposición a retribución total que para o posto de traballo a cubrir sinale o convenio colectivo aplicable á empresa usuaria.

Ademais, hai outra condición do contrato de posta a disposición “extravagante” -non incluído no capítulo II LETT- que tamén haberá de observarse, por figurar nun precepto de orde público que forma parte da normativa de prevención de riscos laborais²⁴⁸ e, polo tanto, por quedar comprendida dentro da amplísima garantía relativa a tal “prevención” [a do art. 3.1.e) LDT]. É a condición que figura no art. 12.3 LETT, segundo o cal a celebración do referido contrato “só será posible para a cobertura dun posto de traballo respecto do que se realizara previamente a preceptiva avaliación de riscos laborais”²⁴⁹. A aplicación de tal requisito á empresa usuaria establecida ou que exerza a súa actividade en España vén confirmada polo art. 20.5 LETT, en relación co 19.2.b) LIS, que tipifica como infracción grave daquela forma-

245 A formalización de contratos de posta a disposición por parte da empresa de traballo temporal que non cumpra os indicados requisitos constitúe infracción administrativa moi grave [art. 24.3.a) LETT].

246 A empresa usuaria que formalice contratos de posta a disposición con empresa de traballo temporal que non cumpra tales requisitos incorre en infracción administrativa moi grave [art. 24.6.a) LETT].

247 O que figura no anexo 3 do Real Decreto 4/1995, de 13 xaneiro, de desenvolvemento da LETT.

248 De acordo co art. 1 LPRL, “a normativa sobre prevención de riscos laborais está constituída pola presente lei, as súas disposicións de desenvolvemento ou complementarias e cantas outras normas, legais ou convencionais, conteñan prescricións relativas á adopción de medidas preventivas no ámbito laboral ou susceptibles de producilas no devandito ámbito”.

249 Reitera esta restrición o art. 2.1 do Real Decreto 216/1999, de 5 febreiro, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde no traballo no ámbito das empresas de traballo temporal.

lizar contratos de posta a disposición “para a cobertura de postos de traballo respecto dos que non se realizara previamente a preceptiva avaliación de riscos”. Por outro lado, queda comprendido, sen dificultade, na imposición xeral ás empresas usuarias da asunción, respecto aos traballadores cedidos pola empresa de traballo temporal establecida noutro Estado, “das obrigas e responsabilidades previstas na lexislación laboral española para tales supostos, con independencia do lugar en que radique a empresa de traballo temporal” (disposición adicional segunda LDT).

Respecto ao segundo extremo, mentres dure o desprazamento, o traballador cedido e desprazado, ademais de beneficiarse da protección superior con que contén en España as condicións de traballo salientadas nas páxinas anteriores, terá dereito a percibir, “como mínimo”, cando o importe resulte superior ao da retribución determinada conforme á lei rectora do seu contrato de traballo, “a retribución total establecida para o posto de traballo a desenvolver no convenio colectivo aplicable á empresa usuaria, calculada por unidade de tempo” e con inclusión, “no seu caso, [de] a parte proporcional correspondente ao descanso semanal, as pagas extraordinarias, os festivos e as vacacións”. A “cuantificación das percepcións finais do traballador” conforme ao salario indicado é “responsabilidade da empresa usuaria”, a cal, como xa se sinalou, “deberá consignar o devandito salario no contrato de posta a disposición do traballador” [de novo, art. 4.2 LDT e art. 11.2, en relación co 22.1.c), LETT]. Téñase presente que, como tamén se advertiu con anterioridade ²⁵⁰, preséntase aquí unha excepción á regra de que só se terán en consideración as regulacións contidas en convenios colectivos sectoriais.

Posto que a lexislación española reconece aos traballadores cedidos por empresas de traballo temporal establecidas en España máis condicións de traballo específicas a cumprir ou respectar por aquelas, cabe preguntarse se a indicada, relativa ao salario, é a única que aproveitará tamén aos traballadores cedidos e desprazados a España por empresas de traballo temporal establecidas noutros Estados. Á primeira vista, parece que o art. 22.1.c) LETT conduce a responder afirmativamente á pregunta, ao manifestar que non lle serán de aplicación aos desprazados as restantes vantaxes recollidas no capítulo III da mesma lei ²⁵¹, entre as que figuran, por exemplo, as relativas á “forma e duración do contrato” (art. 10), á indemnización por extinción do contrato que se concertase por tempo determinado (art. 11.2), á formación en materia de prevención de riscos laborais (art. 12.3), á prohibición de que a posta a disposición poida ser para a cobertura dun posto que non fora obxecto de avaliación de riscos (de novo, art. 12.3) ou á nulidade da cláusula que obrigue o traballador a pagar en todo ou en parte os gastos da súa selección, formación ou contratación (art. 12.4).

²⁵⁰ *Supra* nota 76.

²⁵¹ “Non sendo de aplicación o capítulo III da presente Lei a excepción do disposto no apartado 1 do seu artigo 11”.

Sen embargo, unha resposta como a indicada sería precipitada e equivocada. O propio art. 22.1.c) LETT comeza manifestando que a empresa de traballo temporal “deberá garantir aos seus traballadores desprazados as condicións de traballo previstas” na LDT, un grupo das cales está constituído, segundo se tivo oportunidade de manifestar, polas relativas á “prevención de riscos laborais” [art. 3.1.e) LDT]. Nin aquel precepto da LETT nin a LDT introducen restricións na aplicación das aludidas condicións por razón de que o desprazado sexa un traballador posto a disposición; así pois, polo que se refire ás que forman parte da prevención de riscos, han de considerarse incluídas na garantía tanto as comúns como as específicas dos traballadores contratados por empresas de traballo temporal para a súa posta a disposición de empresas usuarias²⁵². Este é o caso da obriga de formación que aparece no art. 12.3 LETT. A omisión da súa cita no art. 22.1.c) de igual texto legal (“... non sendo de aplicación o capítulo III da presente lei a excepción do disposto no apartado 1 do seu artigo 11”) ben puidese considerarse que obedece a un *lapsus* ou esquecemento do lexislador; ou a que este considera que a observancia do que dispón o art. 12.3 LETT xa está cuberta, de modo abondo, polo establecido no art. 28.2 e 5 LPRL, así como polos arts. 3 (apartados 1, 3 e 5) e 4 [apartados 1.b) e 2], do Real Decreto 216/1999, de 5 febreiro, todos eles de obrigada aplicación por formar parte da garantía das condicións de “prevención de riscos laborais” [art. 3.1.e) LDT]. En definitiva, o art. 22.1.c) LETT non impide a imposición do cumprimento daquela obriga de formación á empresa de traballo temporal do traballador desprazado e cedido, cando a lei aplicable ao contrato de traballo (a do Estado de orixe) non conteña outra equivalente que garanta igual ou superior protección.

De acordo co parágrafo segundo do art. 23 LETT, as relacións entre a empresa usuaria e os traballadores desprazados para ser postos a disposición dela axustarase ao establecido no capítulo IV de igual lei, que inclúe tamén prescricións en materia de prevención de riscos laborais (art. 16, apartados 1 e 2). Tales prescricións son esixibles por dispoñelo o citado art. 23 LETT; e tamén formar parte das obrigas impostas ás empresas usuarias pola lexislación española, que non deixan de ser aplicables polo feito de que o traballador posto a disposición preste o seu traballo en virtude dun desprazamento realizado dende outro Estado, como recorda, oportunamente, a disposición adicional segunda LDT, da que é concreción ou coa que concorda aquel precepto da LETT. En cambio, non pode manterse que queden comprendidas dentro das condicións de traballo relativas á “prevención de riscos laborais” garantidas polo art. 3.1.e) LDT a calquera traballadores que sexan obxecto de desprazamentos incluídos no ámbito de aplicación da devandita lei. Insístese de novo en que o art. 3 LDT só se refire ás condicións que debe garantir a empresa que despraza, que é, aquí, a de traballo temporal; non impón ningunha obriga para as empresas que reciben a prestación do servizo transnacional, como tampouco o fai a Directiva 96/71/CE. Por

252 As contidas no art. 28 LPRL e no Real Decreto 216/1999, de 5 febreiro, sobre disposicións mínimas de seguridade e saúde no traballo no ámbito das empresas de traballo temporal

último, a aplicación aos desprazados dos dereitos que o art. 17 LETT confire a os “traballadores na empresa usuaria” e, en concreto, da posibilidade de recorrer aos representantes dos traballadores da devandita empresa para presentar determinadas reclamacións, concorda co ordenado pola disposición adicional terceira, 2, LDT, que, como se indicou, pode considerarse transposición de mandato de art. 5 da Directiva 96/71/CE.

e) Unha referencia aos desprazamentos a outros Estados decididos por empresas establecidas en España, incluídos os que afecten a traballadores cedidos por empresas de traballo temporal

Prevé a LDT, na súa disposición adicional primeira, 1, completando con iso o tratamento da mobilidade xeográfica contido no ET, que as empresas establecidas en España que despracen temporalmente aos seus traballadores ao territorio de calquera outro Estado membro da Unión Europea ou asinante do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo “deberán garantir a estes as condicións de traballo previstas no lugar do desprazamento polas normas nacionais de transposición da Directiva 96/71/CE”, salvo naqueles aspectos en que a regulación máis vantaxosa de tales condicións sexa a proporcionada pola lei aplicable ao contrato de traballo (a española), o convenio colectivo aplicable (en España) ou, mesmo, o propio contrato. O cumprimento da obriga trátase de facilitar e de garantir a través de determinadas previsións que máis adiante se exporán ²⁵³.

A finalidade do precepto non difire da do art. 9 CT. Así mesmo, hai que entender que a súa observancia non exime do cumprimento das regras do ET relativas á mobilidade xeográfica que apareza no desprazamento (principalmente, haberá que estar ao disposto no art. 40); ou ás que sobre a devandita mobilidade poida establecer o convenio colectivo aplicable ou o contrato de traballo. Deste modo, se se trata dun desprazamento xeográfico temporal comprendido no art. 40.4 ET, deberá ser causal (figurar xustificado por “razóns económicas, técnicas, organizativas ou de produción” ou “por contratacións referidas á actividade empresarial”), haberá de notificarse aos traballadores afectados con “antelación abonda” (non inferior a cinco días laborais cando o desprazamento vaia superar os tres meses) e obrigará a conceder a estes os beneficios previstos para o efecto (pagamento dos gastos de viaxe e das axudas de custo, permisos para gozar de estancias no domicilio de orixe). En cambio, se o desprazado fose contratado especificamente para prestar os seus servizos en empresas con centros de traballos móbiles ou itinerantes, algúns dos cales resultan atoparse no territorio doutro Estado, estaríase ante un suposto de exercicio do poder de dirección ordinario do empresario con encaixe no art. 20.1 ET e sometido, pois, aos límites que condicionan tal exercicio.

253 Apartado IV.3.C).b).

Ademais de contemplar os desprazamentos a España de traballadores cedidos por empresas de traballo temporal establecidas noutros Estados, a nosa lexislación laboral tamén dedica atención aos desprazamentos que realicen as empresas de traballo temporal españolas para poñer aos seus traballadores a disposición de empresas usuarias establecidas ou que exerzan a súa actividade noutros Estados membros da Unión Europea ou asinantes do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo. Ocúpase diso a sección segunda do capítulo VI LETT (arte. 26 e 27). Polo pronto, tales traballadores quedan comprendidos nas previsións da citada disposición adicional primeira LDT; isto é, beneficiaranse da protección superior que a lexislación laboral do Estado de destino poida outorgar en relación coas condicións de traballo garantidas aos desprazados polas normas que no devandito Estado procederan á transposición da Directiva 96/71/CE. Por se houberse algunha dúbida ao respecto, recórdao o art. 27.2 LETT. Que as aludidas condicións coincidan coas comúns a calquera suposto de desprazamentos ou se estendan tamén a algunhas específicas dos traballadores postos a disposición por empresas de traballo temporal, como sucede en España ²⁵⁴, dependerá xa da lexislación laboral do Estado de destino. Se esta incluíse previsións específicas e algunhas delas resultasen máis vantaxosas que as equivalentes contidas no capítulo III LETT, aplicaríanse en lugar destas últimas.

Sen prexuízo da suxeición da actividade transnacional das empresas de traballo temporal ao que estableza a lexislación do Estado ao que se produza o desprazamento dos traballadores cedidos, os contratos de posta a disposición celebrados coas empresas usuarias rexeranse, segundo prescribe o art. 26.1, parágrafo segundo, LETT, polo disposto en capítulo II do mesmo texto legal, do cal só deixa de ser aplicable o art. 8.c) ²⁵⁵ e o art. 9 ²⁵⁶, aínda que as obrigas que establecen tales preceptos poderían aparecer impostas, en iguais ou similares termos, pola lexislación do Estado de destino que, como se indicou, tamén pode incluír prescricións sobre aquela actividade transnacional.

254 Cfr. arts. 3.2 e 4.2 LDT.

255 Prohibición de celebración do contrato de posta a disposición “cando nos doce meses inmediatamente anteriores á contratación a empresa amortizara os postos de traballo que se pretendan cubrir por despedimento improcedente ou polas causas previstas nos artigos 50, 51 e 52, apartado c) do Estatuto dos Traballadores, agás nos supostos de forza maior, ou cando nos dezoito meses anteriores á devandita contratación os citados postos de traballo estivesen cubertos durante un período de tempo superior a doce meses, de forma continua ou discontinua, por traballadores postos a disposición por empresas de traballo temporal”.

256 Relativo á obrigas da empresa usuaria de “informar aos representantes dos traballadores sobre cada contrato de posta a disposición e o motivo de utilización” e de entregar a tales representantes “unha copia básica do contrato de traballo ou da orde de servizo, no seu caso, do traballador posto a disposición, que lle deberá facilitar a empresa de traballo temporal”.

2. OBRIGAS TENDENTES A ASEGURAR O CUMPRIMENTO DA GARANTÍA

Ordena a Directiva 96/71/CE, no parágrafo segundo do seu art. 5, que os Estados membros velarán, en particular, “por que os traballadores ou os seus representantes dispoñan de procedementos adecuados para que se cumpran as obrigas” que establece. Pois ben, no Dereito español garda relación coa transposición deste amplo e xenérico mandato, segundo se indicou, o contido da disposición adicional terceira LDT, ao que se fixo referencia en apartados anteriores. Pero tamén son manifestacións da transposición as contidas nos arts. 5 e 6 LDT, aplicables igualmente, en virtude da disposición adicional cuarta do mesmo texto legal, ás empresas establecidas en Estados que non sexan membros da Unión Europea ou asinantes do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo. Como manifestan estes dous artigos, as obrigas que imponen teñen a finalidade “de asegurar o cumprimento” da LDT por parte da empresa que desprace aos seus traballadores (art. 5.1) ou de que a devandita empresa xustifique aquel (art. 6).

As aludidas obrigas, que serven tamén para o exercicio de competencias administrativas de control da obriga principal, de cooperación e información, son as de comunicación do desprazamento e de comparecencia e achega de documentación. O incumprimento de calquera delas tipifícase como infracción administrativa sancionable²⁵⁷, o que, dito sexa de paso, persegue tamén garantir o cumprimento da LDT. Se se prefire, forma parte do mandato que contén o parágrafo primeiro do art. 5 da Directiva, segundo o cal “os Estados membros adoptarán as medidas oportunas en caso de incumprimento da presente Directiva”.

Nin o CT nin a LRCT establecen obrigas equivalentes ou similares ás que a continuación se describen. Probablemente, iso débese a que ningún destes textos legais pretende esgotar a transposición da Directiva 96/71/CE²⁵⁸ e, polo tanto, a regulación da materia correspondente aos desprazamentos temporais de traballadores de carácter transnacional.

A) Comunicación do desprazamento

Dispón o art. 5.1 LDT que “o empresario que desprace traballadores a España no marco dunha prestación de servizos transnacional deberá comunicar o desprazamento, antes do seu inicio e con independencia da súa duración, á autoridade laboral española competente por razón do territorio onde se vaian prestar os servizos”. A obriga só coñece unha excepción, establecida polo apartado 3 do artigo, segundo o cal aquel non será esixible nos desprazamentos onde a propia LDT reduce as condi-

²⁵⁷ Véxase *infra*, apartado IV.3.C).

²⁵⁸ Tanto o CT como a LRCT indican, ambos os dous no seu art. 2, que coa súa aprobación se realiza a transposición, total ou parcial, das Directivas que a continuación relacionan, entre as que figuran a 96/71/CE. Unha vez lidos os dous textos legais, é obvio que no caso desta a transposición é parcial.

cións garantidas ordinariamente; isto é, os que menciona no seu art. 3.2, xa examinados. A falta de calquera precisión ao respecto, debe entenderse que a comunicación poderá producirse por calquera medio compatible coa súa realización de forma documental. En canto á mencionada autoridade laboral, será a que na Comunidade autónoma onde os desprazados vaian prestar a súa actividade teña encomendadas as competencias de execución da lexislación laboral. A elas pertence, sen dúbida, a recepción da comunicación contemplada.

O contido da comunicación, tamén fixado polo art. 5 (apartados 2 e 4), haberá de estenderse aos datos relativos: 1) á empresa que a realiza (a súa identificación, domicilio fiscal e número de identificación para os efectos do imposto sobre o valor engadido); 2) ao traballador desprazado (os seus datos persoais e profesionais); e 3) ás características do desprazamento e, en concreto, a súa data de inicio, a súa duración prevista, a identificación da empresa ou empresas e, no seu caso, do centro ou centros de traballo onde os desprazados prestarán o seu traballo e o tipo de prestación de servizos que determine o desprazamento (a qué suposto corresponde dentro dos previstos polo art. 2.1 1º LDT: se é o propio dunha contrata ou subcontrata de obras ou servizos, se se trata dun caso de mobilidade dentro da empresa ou a outra empresa do grupo ou, en fin, se consiste na cesión de traballadores en virtude dun contrato de posta a disposición). A maiores, deberá incluír, cando o desprazamento o realice unha empresa de traballo temporal, para poñer aos seus traballadores a disposición dunha empresa usuaria: 1) a acreditación de que aquela reúne os requisitos que esixe a lexislación do Estado onde se atope establecida para realizar a actividade de cesión de traballadores²⁵⁹; e 2) a precisión das necesidades temporais de man de obra que a empresa usuaria trate de satisfacer co contrato de posta a disposición, con indicación do suposto do art. 6.2 LETT a que corresponda este.

A autoridade laboral competente para recibir a comunicación poraa en coñecemento da Inspección de Traballo e Seguridade Social e da Axencia estatal da Administración Tributaria, aos efectos oportunos (art. 5.5 LDT). No caso da Inspección de Traballo e Seguridade Social, tales efectos serán aqueles aos que se refire o art. 8 LDT, relacionados co exercicio, por parte da Inspección, da súa función de “vixilancia e esixencia do cumprimento” da devandita lei, cos que garda relación a obriga da que se dá conta no seguinte apartado, imposta polo art. 6 desta.

Ademais de cumprir coa obriga de comunicación aquí descrita, a empresa tamén haberá de cumprir “calquera outra obriga ... de comunicación, información ou declaración de actividades” que teñan como destinatarios ás Administracións públicas e que figuren impostas por disposicións legais (art. 5.6 LDT).

259 Cfr. art. 23, parágrafo primeiro, LETT.

B) Comparecencia administrativa e achega de documentación

Os empresarios que despracen temporalmente aos seus traballadores a España e se atopen incluídos no ámbito de aplicación da LDT “deberán comparecer, por requirimento da Inspección de Traballo e Seguridade Social, na oficina pública designada para o efecto e achegar canta documentación lles sexa requirida para xustificar o cumprimento” daquela lei, “incluída a documentación acreditativa da válida constitución da empresa”. Sobreenténdese que a obriga de que se trata, imposta polo art. 6 LDT, pode ser cumprida persoalmente ou por medio de representante. O requirimento encaixa, con naturalidade, nas facultades que atribúe aos Inspectores de Traballo e Seguridade Social o art. 5.3 da Lei 42/1997, de 14 novembro, ordenadora da Inspección de Traballo e Seguridade Social ²⁶⁰. Formaría parte da actividade inspectora de comprobación, previa ao procedemento sancionador, regulada nos arts. 8 e 9 do regulamento xeral para a imposición de sancións por infraccións de orde social e para os expedientes liquidatorios de cotas da seguridade social ²⁶¹. O seu incumprimento é constitutivo de infracción sancionable por *obstrucción* ao labor inspector ²⁶².

²⁶⁰ De acordo co citado precepto, no exercicio das súas funcións, os Inspectores de Traballo e Seguridade Social están autorizados para “proceder a practicar calquera dilixencia de investigación, exame ou proba que considere[n] necesario para comprobar que as disposicións legais se observan correctamente e, en particular, para:

3.1 Requirit información ... ao empresario ... sobre calquera asunto relativo á aplicación das disposicións legais ...

3.2 Esixir a comparecencia do empresario ou dos seus representantes ... nas oficinas públicas designadas polo inspector actuante”.

Cfr. art. 14.1 de igual lei, así como art. 15.1.b) do regulamento de organización e funcionamento da Inspección de Traballo e Seguridade Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 febreiro.

²⁶¹ Aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 maio.

²⁶² Véxase *infra*, apartado IV.3.C).

Cadro comparativo das condicións de traballo comprendidas na garantía, nos casos “ordinarios”

Directiva 96/71/CE	Código do Traballo	Lei 45/1999, de 29 decembro
Períodos máximos de traballo	Duración máxima do tempo de traballo	Tempo de traballo nos termos previstos nos arts. 34 a 38 do ET (xornada, horas extraordinarias, traballo nocturno e a quendas, descansos, permisos e vacacións)
Períodos mínimos de descanso	Períodos mínimos de descanso	
Duración mínima das vacacións anuais retribuídas	Vacacións retribuídas	
Contías do salario mínimo, incluído o importe correspondente ás horas extraordinarias	Retribución mínima e pagamento do traballo En horas extraordinarias	Contía mínima do salario
Condicións de subministración de man de obra, en particular por parte de axencias de traballo interino	Condicións da cesión “ocasional” de traballadores	Condicións para a cesión de traballadores a empresas usuarias
Saúde, seguridade e hixiene no traballo	Seguridade, hixiene e saúde no traballo	Prevenção de riscos laborais, incluídas as normas sobre protección da maternidade e dos menores
Medidas de protección das condicións de traballo e emprego das mulleres embarazadas ou en situación de parto recente	Protección da maternidade e da paternidade	Protección da maternidade, pero só nos aspectos comprendidos dentro da prevención de riscos laborais
Medidas de protección das condicións de traballo e emprego dos nenos e novas	Protección do traballo dos menores	Traballo de menores, de acordo co establecido no art. 6 ET
Igualdade de trato entre homes e mulleres e outras disposicións en materia de discriminación	Igualdade de trato e non discriminación	- Igualdade de trato e non discriminación directa ou indirecta por razón de sexo, orixe racial ou étnica, estado civil, idade, condición social, relixión ou convicións, ideas políticas, orientación sexual, afiliación ou non a un sindicato, vínculos de parentesco con outros traballadores da empresa, lingua ou discapacidade - Non discriminación dos traballadores temporais e a tempo parcial
		Respecto da intimidade e dignidade, comprendida a protección fronte a ofensas verbais ou físicas de natureza sexual
		Libre sindicación e dereitos de folga e de reunión
	Seguridade no emprego	

IV. MEDIDAS ADMINISTRATIVAS PARA A EFECTIVIDADE DAS OBRIGAS EMPRESARIAIS

Nas previsións da Directiva 96/71/CE, a efectividade do seu contido substantivo ou garantía que configura en beneficio dos traballadores obxecto dos desprazamentos aquí contemplados e, por extensión, das lexislacións nacionais que a traspoñan, non se confía ao cumprimento voluntario das empresas que realizan aqueles, nin tampouco se deixa por completo aos procedementos de fiscalización do cumprimento da lexislación laboral xa establecidos nos Estados membros. Precisa do concurso de determinadas medidas administrativas e xurisdiccionais especiais e específicas que contribúan a remover as dificultades a que se enfronta a mencionada efectividade por causa do lugar de establecemento do empresario que realiza o desprazamento, que se atopa noutro Estado distinto daquel cuxas condicións de traballo está obrigado a aplicar. Tales medidas son instrumentais respecto do cumprimento da obriga empresarial de garantir aos traballadores desprazados o dereito á protección superior que confira a lexislación laboral do Estado de destino nas materias propias das condicións de traballo e emprego xa coñecidas.

1. A SÚA CONFIGURACIÓN NA DIRECTIVA 96/71/CE

Polo que se refire ás medidas de tipo administrativo que deben adoptar os Estados membros, descóbreuse na Directiva tres, das que as dúas primeiras parten da obriga de cada un deses Estados de designar “un ou máis centros de enlace ou unha ou máis instancias nacionais competentes” (art. 4.1), comunicándoo aos demais, así como á Comisión (art. 4.4). En ningún momento se obriga a que tales centros ou instancias teñan que crearse *ad hoc* e cinguir a súa actividade aos desprazamentos transnacionais. As aludidas medidas son as seguintes:

1) A *cooperación* das Administracións públicas dos Estados membros, entre si e coa Comisión (art. 4.2). As Administracións públicas chamadas a cooperar son as que en cada Estado teñan encomendada a supervisión das condicións de traballo e emprego garantidas aos traballadores desprazados. A cooperación recíproca entre as Administracións, que se prestará de forma gratuíta, consistirá, “en particular” - non exclusivamente-, en responder ás peticións xustificadas que calquera delas curse solicitando “información relativa á subministración transnacional de traballadores, incluídos os casos de abuso manifesto ou os casos de actividades transnacionais presuntamente ilegais”. Trátase, pois, dunha cooperación centrada na materia de información e inspección, que pode chegar a estenderse a aspectos da maior relevancia e, lamentablemente, pouco explorados, como o establecemento de vías de solución dos problemas formulados por actuacións administrativas ou penais practicadas simultaneamente nos Estados de orixe e de destino. En canto á cooperación ou colaboración das mencionadas Administracións públicas e a Comisión, terá a finalidade “de analizar as dificultades que puidesen xurdir” con

ocasión de facer uso os Estados membros das facultades que lles reconece o art. 3.10 da Directiva ²⁶³.

2) A obriga de cada Estado membro de facer accesible a *información* sobre as condicións de traballo e emprego que a súa lexislación laboral garanta aos traballadores desprazados (art. 4.3). O centro, instancia ou organismo público encargado de facilitar a información será o designado conforme ao pedido polo art. 4.1. Sobre a accesibilidade da información aquí considerada fixo fincapé, no seu día, a STJCE de 23 novembro 1999 (*Arblade e Leloup*), cit., ao resolver que os preceptos do TCE que garanten a libre prestación de servizos “non se opoñen a que un Estado membro obrigue a unha empresa establecida noutro Estado membro e que realice temporalmente obras no primeiro Estado a pagar aos seus traballadores desprazados o salario mínimo fixado polo convenio colectivo de traballo aplicable no primeiro Estado membro, sempre que as disposicións de que se trate sexan *suficientemente precisas e accesibles* para evitar que, na práctica, resulte imposible ou excesivamente difícil que tal empresario coñeza as obrigas que debe cumprir”. Sen dúbida, contribúe ao cumprimento da obriga que se examina confeccionar e poñer a disposición de calquera suxeito que teña interese nos desprazamentos dende outros Estados unha guía onde figuren os convenios colectivos sectoriais que resultan de aplicación segundo a actividade na que vaian ser ocupados os traballadores desprazados.

3) Por último, tamén contempla a Directiva a *supervisión* ou *inspección* do cumprimento da obriga empresarial de aplicar aos traballadores desprazados a protección superior que prevexa a lexislación laboral do Estado de destino para as condicións de traballo e emprego comprendidas na garantía, conforme á transposición que se realizase daquela. Faise referencia a esta función cando se define a cooperación ou asistencia administrativa recíproca, que, como se viu, corresponde prestar aos órganos administrativos aos que competa a supervisión da garantía e inclúe a subministración de información sobre os casos de desprazamentos abusivos ou relacionados con actividades transnacionais presuntamente ilegais. Non cabe dúbida de que semellante información só se poderá facilitar se previamente se desenvolve unha supervisión eficaz das condicións en que se producen os desprazamentos, a cal debe ir acompañada da sanción dos incumprimentos apreciados. Ambas as dúas facetas da función ou competencia agora contemplada pódense apreciar no art. 5 da Directiva. Formarían parte das “medidas oportunas” que este precepto ordena adoptar aos Estados membros para corrixir o incumprimento da Directiva (mellor, das normas nacionais que a traspoñan) e que, ademais, haberán de ser obxecto de “procedementos axeitados”, aos que deben ter acceso os traballadores ou os seus representantes.

²⁶³ Lémbrese que tales facultades son as de: 1) ampliación das condicións de traballo garantidas coa inclusión doutras que formen parte de disposicións nacionais de orde pública; e 2) aplicación das regulacións que sobre as referidas condicións conteñan os convenios colectivos e laudos arbitrais correspondentes a actividades distintas das mencionadas no *anexo* da Directiva [ver *supra*, apartado III.1.B).a)].

2. A REGULACIÓN NO DEREITO PORTUGUÉS. UNHA TRANSPOSICIÓN INCOMPLETA OU DE MÍNIMOS

As medidas ás que se acaba de facer referencia son ignoradas polo CT e só merecen algunha atención por parte do art. 13 LRCT, que pouco engade á regulación que contén o art. 4 da Directiva 96/71/CE. A explicación da situación descrita pode buscarse no feito de que, como xa se sinalou, ambos os dous textos só incorporan unha transposición parcial da devandita Directiva.

Son dúas as únicas achegas significativas que fai o art. 13 LRCT. Unha é a designación da “Inspeção-Geral do Trabalho” como órgano encargado das dúas funcións ou competencias que aparecen explicitadas no art. 4 da Directiva: as de cooperación administrativa recíproca e de información sobre as condicións de traballo e emprego que a lexislación laboral portuguesa garante aos traballadores desprazados. A outra consiste en mostrar o propósito de que a referida cooperación permita un control eficaz dos desprazamentos realizados polas empresas de traballo temporal. Segundo aquel artigo, compete á “Inspeção-Geral do Trabalho”: “a) Cooperar cos servizos de fiscalización das condicións de traballo doutros Estados membros do Espazo Económico Europeo, en especial no que se refire ás informacións sobre desprazamentos realizados nos supostos da letra c) do nº 2 do artigo 11 [os de traballadores postos a disposición por empresas de traballo temporal], incluídos os de abusos manifestos ou os casos de actividades transnacionais presumiblemente ilegais”; e b) “prestar informacións, por solicitude de quen teña lexitimación, nos termos do Código de procedemento administrativo, sobre as condicións de traballo mencionadas no artigo 8 do Código do Traballo, reguladas por lei e por instrumento de regulamentación colectiva de traballo de eficacia xeral vixente no territorio nacional”.

A falta dun tratamento específico da fiscalización e sanción dos incumprimentos, este é o xeral. O incumprimento dalgunha das condicións de traballo aplicables ao desprazado será sancionable na medida en que afecte a unha norma (estatal ou dun “instrumento de regulamentación colectiva de traballo”) cuxa inobservancia figure tipificada como infracción administrativa (“contra-ordenação”) ²⁶⁴. A infracción e a súa sanción non son diferentes ou non se atopan cualificadas polo feito de que o afectado polo incumprimento sexa un traballador desprazado. A competencia para coñecer do procedemento sancionador atribúese á “Inspeção-Geral do Trabalho” (art. 630 CT).

3. DEREITO ESPAÑOL

As competencias administrativas que aparecen na Directiva contan coa oportuna transposición na LDT, que dedica á materia o capítulo III (arte. 7, 8 e 9). Ademais, este texto legal tamén proporciona regras relativas ás competencias administrativas nos desprazamentos de traballadores efectuados por empresas establecidas en España

²⁶⁴ Son incumprimentos constitutivos de infraccións administrativas os tipificados nos arts. 641 e segs. CT e 470 e segs. LRCT.

(disposición adicional primeira). Téñase en conta que as aludidas competencias ou medidas: 1) válese, para a súa efectividade, segundo se tivo xa oportunidade de sinalar, da recepción das comunicacións dos desprazamentos a cargo das empresas que os realicen, así como dos requirimentos de comparencia e achega de documentación que a Inspección de Traballo e Seguridade Social considere conveniente cursar as devanditas empresas; e 2) aínda que as competencias de cooperación administrativa e de subministración de información se definen pola LDT en relación cos desprazamentos a España realizados por empresas establecidas noutros Estados membros da Unión Europea ou signatarios do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo, han de entenderse que tamén se estenden, en virtude do previsto pola disposición adicional cuarta daquela, aos desprazamentos decididos por empresas establecidas en Estados distintos dos mencionados.

A) A cooperación administrativa gratuíta

Ocupase dela o art. 9 LDT, que a encomenda á “autoridade laboral” e á Inspección de Traballo e Seguridade Social. Unha e outra son as que poderán dirixirse aos órganos administrativos que teñan atribuída noutros Estados a cooperación e asistencia en materia de desprazamentos transnacionais (no caso de Portugal, á súa “Inspeção-Geral do Trabalho”) e solicitar deles ditas cooperación e asistencia, necesarias para o “eficaz exercicio das súas competencias” (de información, fiscalización e sanción) relacionadas con tales desprazamentos. Á inversa, prestar a asistencia e cooperación solicitadas por aqueles órganos administrativos (art. 9.1). Estase ante unha competencia comprendida na execución da lexislación laboral que as Comunidades Autónomas asumiron nos seus Estatutos, conforme ás previsións do art. 149.1 7ª Const.²⁶⁵. A autoridade laboral que menciona o precepto é, pois, con carácter xeral, a da Comunidade Autónoma onde o traballador desprazado vai realizar o seu traballo.

Reproducindo substancialmente o art. 4.2 da Directiva 96/71/CE, dispón o parágrafo primeiro do art. 9.2 LDT que a cooperación e asistencia “consistirán, en particular, en formular e en responder a peticións xustificadas de información respecto ao desprazamento de traballadores no marco de prestacións de servizos transnacionais, incluídos os casos de abuso manifesto e de actividades transnacionais presuntamente ilegais”. A tales funcións de cooperación, a cargo da “autoridade laboral”, súmase outra importante, descrita no parágrafo segundo do propio art. 9.2 LDT, segundo o cal aquela “porá en coñecemento dos órganos competentes das Administracións Públicas doutros Estados ... as infraccións administrativas cometidas en España polas

265 No caso de Galicia, aparece asumida a expresada competencia no art. 29.1 do seu Estatuto: “Corresponde á Comunidade Autónoma galega a execución da lexislación do Estado nas seguintes materias: 1) Laboral, asumindo as facultades, competencias e servizos que neste ámbito, e a nivel de execución, ostenta actualmente o Estado respecto ás relacións laborais ...”. Un comentario deste precepto, a cargo de M^a. E. CASAS BAAMONDE, en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*, dirigidos por J. L. Carro Fernández-Valmayor, Ministerio para las Administraciones Públicas (Madrid, 1991), páxinas 535 e segs.

empresas establecidas en tales Estados con ocasión do desprazamento dos seus traballadores no marco dunha prestación de servizos transnacional”. Iso terá lugar, dado o principio de territorialidade que rexe aínda no Dereito Administrativo sancionador, sen prexuízo da potestade sancionadora que corresponde á citada autoridade laboral española en relación con aludidas infraccións.

A función relativa ás peticións de información pode consistir no traslado das que se recibiran dos interesados nos desprazamentos a outros Estados, que tratan de coñecer as condicións de traballo que deben garantir neles aos desprazados (disposición adicional primeira, 2, LDT); ou na contestación das formuladas polos órganos administrativos deses outros Estados para cumprir a súa función de informar sobre cales son aquelas condicións de traballo en España (art. 7.2 LDT). Ambos os dous supostos gardan relación coa seguinte competencia administrativa.

B) Información sobre as condicións de traballo garantidas aos traballadores desprazados

Corresponde proporcionala á “autoridade laboral do territorio onde se vaian prestar os servizos en España”(art. 7.1 LDT); isto é, con carácter xeral, á da Comunidade Autónoma á que pertenza o devandito territorio. Poden solicitar a información de que se trata (art. 7.2 LDT): 1) os órganos administrativos que teñan atribuídas competencias en materia de desprazamentos transnacionais noutros Estados membros da Unión Europea ou signatarios do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo, suposto ao que se acaba de facer referencia no apartado anterior; 2) as empresas que teñan previsto desprazar traballadores a España; 3) as asociacións empresariais que representen os intereses de tales empresas; 4) os destinatarios da prestación de servizos transnacional; 5) as asociacións que representen estes; 6) os propios traballadores desprazados ou que vaian a selo; e 7) os sindicatos ou outros órganos de representación de tales traballadores. Tamén, aínda que nada se diga, os órganos administrativos de Estados distintos dos mencionados, cando o desprazamento o realicen empresas establecidas neles ²⁶⁶.

A pesar de que o art. 7.1 LDT refire a información á que verse “sobre as condicións de traballo” descritas no seu art. 3, non cabe dúbida de que tamén se debe estender a outros aspectos, como os relativos ás obrigas da empresa de comunicar o desprazamento á autoridade laboral española e de comparecer por requirimento da Inspección de Traballo e Seguridade Social e presentar a documentación xustificativa do cumprimento da LDT, establecidas por os arts. 5 e 6 desta ²⁶⁷. En canto á forma, dispón o art. 7.3 de igual texto legal que tanto a petición como a subministración da información pode ter lugar “por calquera medio, incluídos os electrónicos, informáticos e telemáticos, sempre que permita a axeitada identificación do solicitante da información, do lugar ou lugares do desprazamento dentro do territorio español e da prestación de servizos que se vaia realizar en España”. En cambio, nada

²⁶⁶ Cfr. disposición adicional cuarta LDT.

²⁶⁷ Véxase *supra*, apartado III.2.A-N) e B).

se indica sobre o prazo de que dispón a autoridade laboral para responder, nin sobre as consecuencias do seu silencio ou resposta tardía. Probablemente, a falta de tratamento destes puntos débese a que a LDT entendeu que a súa regulación é propia do desenvolvemento regulamentario que anuncia na súa disposición final segunda, o cal, a pesar do tempo transcorrido, aínda non se produciu.

A mesma autoridade laboral (“a administración laboral española” competente) debe tamén informar sobre as condicións de traballo que é obrigado garantir aos traballadores desprazados a outro Estado, se os interesados se dirixen directamente a ela para obter a información, en lugar de solicitar esta, como tamén poden facelo, dos órganos administrativos que no aludido Estado teñan encomendadas as competencias en materia de información ²⁶⁸.

C) Inspección e sanción

a) *Nos desprazamentos temporais de traballadores a España*

a’) Función inspectora

Despexando calquera dúbida ao respecto, dispón o art. 8 LDT que “corresponde á Inspección de Traballo e Seguridade Social a vixilancia e esixencia do cumprimento da presente lei, desenvolvendo as funcións establecidas na Lei 42/1997, do 14 de novembro, ordenadora da Inspección de Traballo e Seguridade Social”, con cuxo art. 3 concorda.

b’) Infraccións e sancións administrativas

Constitúe infracción administrativa: 1) o incumprimento da obriga principal e substantiva imposta ás empresas que despracen aos seus traballadores a España, isto é, que afecte ás condicións de traballo que deben garantirse a tales traballadores, que son, no caso de desprazados postos a disposición por empresas de traballo temporal, tanto as xerais que relaciona o art. 3.1 LDT como as particulares que, recoñecidas pola lexislación laboral española aos traballadores cedidos por empresas de traballo temporal establecidas en España, deban beneficiar tamén aos traballadores cedidos e desprazados polas empresas de traballo temporal establecidas noutros Estados, en virtude do disposto no art. 3.2 LDT e 22.1.c) LETT ²⁶⁹. 2) O incumprimento das condicións par-

²⁶⁸ Contempla o suposto a disposición adicional primeira, 2, LDT: “Os interesados nun desprazamento temporal de traballadores a un dos Estados a que se refire o apartado anterior poderán informarse das condicións de traballo que deben garantirse neste dirixíndose ben aos órganos competentes en materia de información de tales Estados, ben aos da Administración laboral española, que dará traslado a tales órganos das peticións de información recibidas, informando diso ao solicitante. Cando a Administración laboral reciba esta información directamente dos órganos competentes doutros Estados poraa, así mesmo, en coñecemento dos solicitantes.

²⁶⁹ Véxase *supra*, apartado III.1.B).c).d’).

ticulares baixo as cales poden operar (desenvolver a súa actividade) en España as empresas de traballo temporal establecidas noutros Estados e se poden asinar con elas contratos de posta a disposición a executar en España. E 3) o incumprimento das obrigas de comunicación administrativa do desprazamento e comparecencia e presentación da documentación xustificativa do cumprimento da LDT, por requirimento da Inspección de Traballo e Seguridade Social, impostas polos arts. 5 e 6 de igual lei a calquera empresa que realicen desprazamentos a España comprendidos no seu art. 2.1.

Comezando polo incumprimento das últimas obrigas salientadas, instrumentais do cumprimento da obriga principal, o que afecta á primeira delas tipifícase como infracción administrativa polo art. 10 LIS, merecendo a consideración de leve, grave ou moi grave, segundo que o incumprimento consista en simples defectos formais da comunicación administrativa do desprazamento (art. 10.1), na realización desta con posterioridade ao inicio do desprazamento (art. 10.2) ou na falta de calquera comunicación ou na falsidade ou ocultación dos datos comunicados (art. 10.3). En canto ao incumprimento da segunda, xa non é específico da materia de desprazamentos e queda comprendida dentro da xeral tipificación como infracción das *obstrucións ao labor inspector*, realizada polo art. 50 LIS. Que a obstrución proveña dunha empresa que despraza aos seus traballadores non a fai obxecto de ningunha particularidade de tratamento. Calquera obstrución por parte da mencionada empresa, consista ou non no incumprimento do requirimento de comparecencia ou de presentación da documentación xustificativa do cumprimento da LDT, será infracción leve, grave ou moi grave “segundo a natureza do deber de colaboración infrinxido e da entidade e consecuencias da acción ou omisión obstrutora sobre a actuación da Inspección de Traballo e Seguridade Social” (art. 50.1 LIS). Deste modo, merecerá a cualificación de infracción leve se supón “un mero atraso no cumprimento das obrigas de información, comunicación ou comparecencia” [art. 50.3.a) LIS]; grave, se perturba, atrasa ou impide “o exercicio das funcións que, en orde á vixilancia do cumprimento de disposicións legais, regulamentarias e convenios colectivos, teñen encomendadas os Inspectores de Traballo e Seguridade Social ...” (art. 50.2, parágrafo primeiro, LIS); e moi grave se, por exemplo, supón “reiteración nas condutas de obstrución cualificadas como graves” [art. 50.4.b) LIS].

Por certo, a tipificación como infracción administrativa sancionable do incumprimento das obrigas instrumentais contempladas non conta con reflexo directo e expreso na lista particularizada e non pechada de suxeitos responsables da infracción que proporciona o art. 2 LIS. Este precepto, aínda que menciona, entre tales suxeitos, a “os empresarios incluídos no ámbito de aplicación da normativa legal que regula o desprazamento de traballadores no marco dunha prestación de servizos transnacional”, faino só “respecto das condicións de traballo que deben garantir aos devanditos traballadores desprazados temporalmente a España”. Sorprende que non se diga nada en relación coa condición de suxeito responsable destes mesmos empresarios respecto ás infraccións por incumprimentos das obrigas dos arts. 5 e 6 LDT. Con todo, o expresado silencio non ten maior transcendencia, pois non impide que se lles poida ter por

suxeitos responsables das infraccións ás que se vén facendo referencia. A súa consideración de tales atopa cobertura, sen máis, na definición xeral de suxeitos responsables coa que comeza o art. 2 LIS (“son suxeitos responsables da infracción as persoas físicas ou xurídicas e as comunidades de bens que incorran nas accións ou omisións tipificadas como infracción na presente lei”).

Polo que se refire aos incumprimentos das condicións de traballo que debe garantir a empresa aos traballadores que desprace a España, a súa definición como constitutivos de infracción administrativa, realizada polo art. 10.4 LIS, non vai acompañada dunha tipificación particular ou específica da concreta infracción a que dá lugar cada un deles. Tal tipificación remítese á que corresponda ao incumprimento da condición de traballo afectada ²⁷⁰. Igual que no Dereito portugués, non é distinta nin a súa cualificación resulta máis grave polo feito de que o prexudicado polo incumprimento sexa un traballador desprazado.

En fin, as infraccións das condicións baixo as cales poden desenvolver a súa actividade en España as empresas de traballo temporal establecidas noutros Estados e pódense celebrar con elas contratos de posta a disposición a executar en España son obxecto de tipificación no art. 24 LETT. Tratan do primeiro grupo de infraccións os apartados 2 e 3 do devandito artigo ²⁷¹; do segundo, os apartados 4, 5 e 6. A maioría das condicións que permiten ás empresas usuarias españolas celebrar aqueles contratos non son diferentes das establecidas con carácter xeral, para canto a empresa de traballo temporal se atopa establecida en España. Iso repercute necesariamente sobre as infraccións correspondentes. Neste sentido, a LETT opta, nos apartados 4, 5 e 6 do seu art. 24, por acomodar a relación xeral de infraccións das empresas usuarias ás esixencias das condicións particulares da celebración do contrato de posta a disposición transnacional. Co expresado obxectivo, procede:

²⁷⁰ De acordo co citado art. 10.4 LIS, “constitúe infracción administrativa non garantir aos traballadores desprazados a España, calquera que sexa a lexislación aplicable ao contrato de traballo, as condicións de traballo previstas pola lexislación laboral española nos termos definidos polo artigo 3 da Lei 45/1999, do 29 de novembro, sobre o desprazamento de traballadores no marco dunha prestación de servizos transnacional, disposicións regulamentarias para a súa aplicación, e nos convenios colectivos e laudos arbitrerais aplicables no lugar e no sector ou rama da actividade de que se trate. *A tipificación das devanditas infraccións, a súa cualificación como leves, graves ou moi graves, as sancións e os criterios para a súa graduación, axustaranse ao disposto na presente Lei*”.

²⁷¹ De acordo co apartado 2, son infraccións graves das referidas empresas de traballo temporal: “a) Non formalizar por escrito o contrato de posta a disposición” e “b) formalizar contratos de posta a disposición para supostos non previstos no artigo 6.2 desta lei”. Segundo o apartado 3, son infraccións moi graves desas mesmas empresas: “a) Formalizar contratos de posta a disposición sen estar validamente constituídas como empresa[s] de traballo temporal segundo a lexislación do Estado de establecemento ou sen reunir os requisitos esixidos pola citada lexislación para poñer a disposición de empresas usuarias, con carácter temporal, traballadores por ela[s] contratados”; “b) formalizar contratos de posta a disposición para a realización de actividades e traballos que pola súa especial perigosidade para a seguridade ou a saúde se determinen regulamentariamente”; e “c) ceder traballadores con contrato temporal a outra empresa de traballo temporal ou a outras empresas para a súa posterior cesión a terceiros”.

1) A engadir as infraccións que piden as aludidas condicións particulares. Responden a iso as infraccións que tipifica o apartado 6.a) do artigo: “formalizar contratos de posta a disposición con empresas de traballo temporal que non estean validamente constituídas como tales segundo a lexislación do Estado de establecemento ou que non reúnan os requisitos esixidos pola citada lexislación para poñer a disposición de empresas usuarias, con carácter temporal, traballadores por elas contratados”.

2) A suprimir algunha infracción incompatible coas mencionadas condicións particulares. É o que sucede no apartado 4 do artigo, en relación coas infraccións leves, o cal só considera como tal a segunda das dúas que inclúe o art. 19 LIS. Non podía ser doutra forma, pois a primeira delas, consistente en “non cumprir, nos termos que regulamentariamente se determine, o contrato de posta a disposición”, non pode aplicarse aos contratos de posta a disposición transnacionais dende o momento en que o art. 22.1.b) LETT exime a estes da súa “formalización no modelo regulamentariamente establecido”.

3) Por último, a remitir as infraccións correspondentes ás condicións comúns da celebración de calquera contrato de posta a disposición á xa citada relación xeral de infraccións das empresas usuarias, que hoxe contén o art. 19 LIS. Prodúcese tal remisión nos apartados 4, 5 e 6.b) do artigo comentado, que dispoñen, respectivamente, que “constitúe infracción administrativa leve ... a prevista no artigo 20.1.b) da presente lei” [hoxe, o art. 19.1.b) LIS ²⁷²], que son “infraccións administrativas graves ... as previstas no artigo 20.2 da presente lei” (na actualidade, o art. 19.2 LIS ²⁷³) e “moi

272 “Non facilitar os datos relativos á retribución total establecida no convenio colectivo aplicable para o posto de traballo en cuestión, para os efectos da súa consignación no contrato de posta a disposición”.

273 “a) Non formalizar por escrito o contrato de posta a disposición.

b) Formalizar contratos de posta a disposición para supostos distintos dos previstos no apartado 2 do artigo 6 da Lei pola que se regulan as empresas de traballo temporal, ou para a cobertura de postos de traballo respecto dos que non se realizara previamente a preceptiva avaliación de riscos.

c) As accións ou omisións que impidan o exercicio polos traballadores postos á súa disposición dos dereitos establecidos no artigo 17 da Lei pola que se regulan as empresas de traballo temporal .

d) A falta de información ao traballador temporal nos termos previstos no artigo 16.1 da Lei pola que se regulan as empresas de traballo temporal, e na normativa de prevención de riscos laborais.

e) Formalizar contratos de posta a disposición para a cobertura de postos ou funcións que, nos doce meses anteriores, foran obxecto de amortización por despedimento improcedente, despedimento colectivo ou por causas obxectivas, ou para a cobertura de postos que nos dezaioito meses anteriores estivesen xa cubertos por máis de doce meses, de forma continua ou descontinua, por traballadores postos a disposición por empresas de traballo temporal, entendéndose en ambos os dous casos cometida unha infracción por cada traballador afectado.

f) Permitir o inicio da prestación de servizos dos traballadores postos a disposición sen ter constancia documental de que recibiron as informacións relativas aos riscos e medidas preventivas, posúen a formación específica necesaria e contan cun estado de saúde compatible co posto de traballo a desempeñar”.

graves ... as previstas no artigo 20.3” (hoxe, art. 19.3 LIS ²⁷⁴).

As sancións a aplicar, os criterios para a súa graduación e as competencias sancionadoras réxense polas regras xerais da LIS. Así o prevían os arts. 12.2 e 13.4 LDT, cando era esta lei a que regulaba as infraccións e sancións administrativas en materia de desprazamentos transnacionais. Na actualidade, unha remisión similar aparece nos arts. 10.4 LIS (“... as sancións e os criterios para a súa graduación, axustaranse ao disposto na presente lei”) e 25.1 LETT (“as infraccións ... serán sancionadas segundo o establecido na Lei 8/1988, do 7 de abril, de infraccións e sancións na orde social”; hoxe, o seu texto refundido -a LIS-). A única especialidade é a da apreciación da *reincidencia* na comisión de infraccións moi graves en que incorra a empresa de traballo temporal que desprace aos seus traballadores para poñelos a disposición de empresas usuarias en España. A referida especialidade só afecta á regra do art. 41.3 LIS ²⁷⁵, que se substitúe pola do art. 25.2 LETT. Esta acomódase á imposibilidade, provocada polo principio de territorialidade do Dereito Administrativo sancionador, de suspender a actividade a empresa de traballo temporal que reincida na comisión de infraccións administrativas moi graves. A referida suspensión substitúese pola prohibición de poñer traballadores a disposición de empresas usuarias en España: “a reincidencia das empresas de traballo temporal establecidas noutros Estados membros da Unión Europea ou en Estados signatarios do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo na comisión de infraccións tipificadas como moi graves no artigo 24.3 da presente Lei poderá dar lugar á prohibición durante un ano da posta a disposición de traballadores a empresas usuarias establecidas ou que exerzan a súa actividade en España ou, se a devandita sanción se impón en dúas ocasións, por tempo indefinido”. Será competente para resolver a proposta de prohibición que conteña o expediente sancionador “o Ministro de Traballo e Asuntos Sociais ou a autoridade equivalente das Comunidades Autónomas con competencia de execución da lexislación laboral”.

A limitación para contratar coas Administracións públicas (“en ningún caso poderán contratar coa Administración ...”) imposta ás persoas que fosen sancionadas “con carácter firme por infracción ... moi grave en materia social”, prevista, con finalidade disuasoria dos incumprimentos nesta materia, polo art. 20.d) do texto refundido da Lei de contratos das Administracións públicas ²⁷⁶, aplícase tamén ás infraccións administrativas moi graves relacionadas cos desprazamentos contemplados, como recorda o art. 14 LDT.

274 “a) Os actos do empresario lesivos do dereito de folga, consistentes na substitución de traballadores en folga por outros postos á súa disposición por unha empresa de traballo temporal.

b) A formalización de contratos de posta a disposición para a realización daquelas actividades e traballos que pola súa especial perigosidade para a seguridade ou a saúde se determinen regulamentariamente, entendéndose cometida unha infracción por cada contrato en tales circunstancias”.

275 Son aplicables, pois, as dos apartados 1 e 2 de igual artigo.

276 Aprobado por Real Decreto lexislativo 2/2000, de 16 xuño.

b) *Nos desprazamentos temporais de traballadores a outros Estados da Unión Europea ou signatarios do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo, realizados por empresas establecidas en España*

Segundo se expuxo noutro apartado ²⁷⁷, a LDT impón ás referidas empresas a obriga de garantir aos traballadores desprazados, se resultan superiores, “as condicións de traballo previstas no lugar de desprazamento polas normas nacionais de transposición da Directiva 96/71/CE” (disposición adicional primeira, 1). Sobre iso insiste, a propósito dos desprazamentos realizados por empresas de traballo temporal, o art. 26.2 LETT. Pois ben, esta previsión legal permite que, sen prexuízo da actuación inspectora e sancionadora que corresponda aos órganos administrativos do Estado de destino, a Inspección de Traballo e Seguridade Social despreague a súa función de vixilancia en relación co cumprimento da referida obriga e poida esixir as responsabilidades pertinentes polos incumprimentos que descubra. Con tal finalidade establécese, unha vez imposta a obriga, que constitúen infraccións administrativas as accións ou omisións dos empresarios que incumpran as condicións de traballo a cuxa aplicación se estende aquela, sempre que as aludidas accións ou omisións se correspondan con condutas “tipificadas e sancionadas segundo a lexislación laboral española” (disposición adicional, 3, LDT; remite a ela o art. 27.1 LETT). Concorrendo esta circunstancia, o feito de que a infracción administrativa se produza noutro Estado e afecte ás súas normas imperativas non impide a actuación da Inspección de Traballo e Seguridade Social nin a sanción por parte da Administración laboral española.

Sen embargo, non cabe pasar por alto que as anteriores infraccións poden xa ser obxecto de esixencia de responsabilidade administrativa ou penal no Estado de destino. Por tal razón dispónse, dando entrada á aplicación do principio *non bis in idem* ²⁷⁸, que as accións ou omisións en que consistan aquelas non darán lugar a sanción cando “fosen xa sancionadas penal ou administrativamente” no Estado de desprazamento e “apréciese identidade de suxeito, feito e fundamento” (disposición adicional primeira, 4, LDT; tamén, en relación coas empresas de traballo temporal, art. 27.2 LETT). Nada se indica acerca de cómo afectan ao expediente sancionador incoado en España as actuacións administrativas ou penais abertas e aínda non concluídas no Estado de destino con relación aos mesmos feitos, suxeitos e fundamento. Por hoxe, este importante problema de solapamentos só pode solucionarse a través de acordos de cooperación administrativa entre os Estados, que atoparían acomodo nas previsións do art. 4.2 da Directiva 96/71/CE.

Precisamente, os incumprimentos aquí considerados poden chegar a coñecemento da Inspección de Traballo e Seguridade Social a través da actividade de cooperación

²⁷⁷ O III.1.B).c).e’).

²⁷⁸ Cfr. art. 3.1 LIS.

entre Administracións públicas. Prevendo esta situación, establece a disposición adicional primeira, 5, LDT, de forma oportuna, que “para os efectos do disposto no artigo 13 da Lei 42/1997, do 14 de novembro, ordenadora da Inspección de Traballo e Seguridade Social, a Inspección de Traballo e Seguridade Social poderá tamén iniciar de oficio o procedemento sancionador nos supostos previstos nos apartados anteriores en virtude de comunicación das Administracións públicas ás que corresponda no lugar de desprazamento a vixilancia do cumprimento das condicións de traballo”.

V. UN APUNTAMENTO SOBRE A COMPETENCIA XUDICIAL

Xa se indicou que a Directiva 96/71/CE é consciente de que a efectividade da garantía que configura en beneficio dos traballadores obxecto de desprazamentos temporais a outros Estados precisa contar, ademais de con determinadas medidas administrativas, con outras de tipo xudicial, igualmente específicas, que permitan facer fronte, xunto coas primeiras, ás dificultades que, dende o punto de vista da consecución da referida efectividade, preséntanse asociadas ao feito de que o lugar de establecemento do empresario que realiza o desprazamento se atopa noutro Estado distinto daquel cuxas condicións de traballo e emprego está obrigado a aplicar. No mencionado ámbito xudicial, a solución ofrecida pola Directiva consiste en permitir que a persoa lexitimada (o propio traballador desprazado, os seus representantes ou, mesmo, a empresa) para exercitar accións xudiciais que garden relación coa aplicación das condicións garantidas teña a posibilidade de facelo ante os tribunais do Estado de destino, en lugar de ante os tribunais doutro Estado, de acordo cos convenios internacionais reguladores da competencia xudicial. Tal é o que dispón o art. 6 da Directiva: “co fin de salvagardar o dereito ás condicións de traballo e emprego garantidas no artigo 3, poderase entaboar unha acción xudicial no Estado membro en cuxo territorio estea ou estivera desprazado o traballador, sen prexuízo, no seu caso, da facultade de entaboar unha acción xudicial noutro Estado, de conformidade cos convenios internacionais vixentes en materia de competencia xudicial”.

Non se alteran, pois, as regras dos aludidos convenios (de Bruxelas, modificado polo de San Sebastián, de 1989, e de Lugano); só se matizan e completan cunha nova regra especial ²⁷⁹, que afecta á competencia xudicial para coñecer dun concreto tipo de cuestións litixiosas -aquelas relacionadas coa aplicación das condicións de traballo e emprego garantidas-, permitindo que, ao seu amparo, estas e só elas poidan ser

279 Xa é especial, respecto á do seu art. 2, a do art. 5.1 do convenio de Bruxelas (“as persoas domiciliadas nun Estado contratante poderán ser demandadas noutro Estado contratante ...; en materia de contrato individual de traballo”, ante o Tribunal do lugar “en que o traballador desempeñase habitualmente o seu traballo, e se o traballador non desempeñase o seu traballo nun único Estado, poderá tamén demandarse ao empresario ante o Tribunal do lugar en que estivese ou tivese estado situado o establecemento que contratou ao traballador”).

resoltas polos Tribunais do Estado de destino ²⁸⁰. Non se modifica a competencia para coñecer de cuestións litixiosas distintas; ou destas, se o lexitimado opta por non exercer a súa acción ante os aludidos Tribunais. A solución arbitrada, de facer posible que poida coincidir o foro competente co dereito aplicable é razoable. Sendo a lexislación aplicable ao fondo do asunto a do Estado de destino, son os seus Tribunais os que mellor coñecena; ademais, evítanse os problemas de acreditación no proceso da devandita lexislación, que aparecen, en maior ou menor medida, cando o pretensión preséntase ante os Tribunais doutro Estado ²⁸¹.

A posibilidade de entaboar ante os tribunais portugueses accións xudiciais que garden relación coa aplicación das condicións de traballo e emprego garantidas, entre elas, as exercitadas polo traballador coa finalidade de que se lle recoñeza o dereito a gozar das máis vantaxosas derivadas de aplicación de lexislación laboral portuguesa, conta con cobertura, en Portugal, no art. 10 do seu “Código de proceso do traballo” ²⁸², que prescribe que os tribunais de traballo portugueses teñen competencia para coñecer de litixios internacionais nos casos en que “a acción poida ser exercitada en Portugal, segundo as regras de competencia territorial establecidas neste Código ²⁸³, ou produciranse en territorio portugués, en todo ou en parte, os feitos que integran a causa de pedir da acción”.

No Dereito español, obedecen á transposición do art. 6 da Directiva 96/71/CE os arts. 15, 16 e 17 LDT, que parece que tamén poden considerarse aplicables, en virtude da disposición adicional cuarta da mesma lei, aos desprazamentos de traballadores a España realizados por empresas establecidas en Estados que non sexan membros da Unión Europea ou que non asinaran o Acordo sobre o Espazo Económico Europeo. De feito, os arts. 15 e 16 LDT refiren a competencia xudicial que regulan, sen máis,

²⁸⁰ Un suposto de recurso a tal posibilidade aparece no asunto tratado pola STJCE de 12 outubro 2004, cit. (*Pereira Félix*), no cal un traballador portugués demanda ante os Tribunais laborais de Alemaña (en concreto, o Arbeitsgericht Berlin), onde fora desprazado pola súa empresa establecida en Portugal, unha determinada cantidade que non se lle aboara. A demanda se atopa dirixida contra a referida empresa e tamén contra aquela por conta da cal a primeira realizara determinados traballos e destinara a eles ao demandante, por ser ambas as dúas responsables solidarias de acordo coa lexislación alemá.

²⁸¹ Polo que se refire a España, o “dereito estranxeiro” debe ser obxecto de proba “no que respecta ao seu contido e vixencia, podendo valerse o tribunal de cantos medios de indagación estime necesarios para a súa aplicación” (art. 281.2 LEC).

²⁸² Aprobado por Decreto-Lei 480/99, de 9 novembro. Vén a poñer de relevo a expresada cobertura P. ROMANO MARTINEZ, *op. cit.*, páxina 1134. Manifesta este autor, referíndose ao citado artigo, que “estando a relación laboral plurilocalizada”, por exemplo, porque o empresario ten o seu domicilio en Portugal pero a actividade foi prestada no estranxeiro ou o empresario está domiciliado no estranxeiro e a actividade foi desempeñada en Portugal, existe competencia internacional dos tribunais de traballo portugueses”.

²⁸³ Nos seus arts. 13 e segs. As regras sobre a competencia territorial para coñecer das accións derivadas do contrato de traballo contéñense no art. 14.

a “cantas cuestións litixiosas suscítense” en aplicación da propia lei (polo tanto, a todas elas); ademais, dita competencia en ningún momento figura vinculada a que os desprazamentos sobre os que se sustenta se realicen por empresas establecidas en Estados que sexan membros da Unión Europea ou asinantes do citado Acordo.

Recoñecendo que as cuestións litixiosas suscitadas pola súa aplicación pertencen, por razón da materia, á rama social do Dereito, o art. 15 LDT procede a sometelas ao coñecemento dos tribunais laborais, precisando, a continuación (art. 16), que estes serán competentes para o expresado coñecemento “cando o traballador estea ou estivera desprazado temporalmente en España [regra de conexión], de acordo co artigo 25 da Lei Orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do Poder Xudicial ²⁸⁴, e sen prexuízo da plena vixencia dos criterios de competencia que establecen o artigo 5.1 do Convenio relativo á competencia xudicial e á execución de resolucións xudiciais en materia civil e mercantil, asinado en Bruxelas o 27 de setembro de 1968, e o artigo 5.1 do Convenio relativo á competencia xudicial e á execución de resolucións xudiciais en materia civil e mercantil, asinado en Lugano o 16 de setembro de 1988”. A competencia examinada determinarase, dende o punto de vista obxectivo e territorial, de acordo coas regras dos artigos 6 a 10, ambos os dous incluídos, LPL (art. 16.2 LDT).

Segundo se indicou, a competencia esténdese a todas as cuestións litixiosas suscitadas en aplicación da LDT, a cuxo contido haberá que estar, polo tanto, para coñecer o ámbito material daquela. Pertencen a elas, dende logo, as cuestións en que se discuta a aplicación da regulación española sobre unha das condicións de traballo garantidas; tamén, por exemplo, a impugnación dunha sanción administrativa imposta por infracción das obrigas que a lexislación española establece para as empresas que realicen os desprazamentos. Sen embargo, a competencia dos tribunais laborais para coñecer de semellante impugnación, contida no art. 3.2.a) LPL ²⁸⁵, ao que fai referencia o art. 15 LDT, aínda non é efectiva por non se

284 “Na orde social, os xulgados e tribunais españois serán competentes:

1.º En materia de dereitos e obrigas derivados de contrato de traballo, cando os servizos se presten en España ou o contrato celebrárase en territorio español; cando o demandado teña o seu domicilio en territorio español ou unha axencia, sucursal, delegación ou calquera outra representación en España; cando o traballador e o empresario teñan nacionalidade española, calquera que sexa o lugar de prestación dos servizos ou de celebración do contrato; e ademais, no caso de contrato de embarque, se o contrato foi precedido de oferta recibida en España por traballador español.

2.º En materia de control de legalidade dos convenios colectivos de traballo celebrados en España e de pretensións derivadas de conflitos colectivos de traballo promovidos en territorio español.

3.º En materia de pretensións de seguridade social fronte a entidades españolas ou que teñan domicilio, axencia, delegación ou calquera outra representación en España”.

285 Na redacción dada pola disposición adicional quinta da Lei 29/1998, de 13 xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa. De acordo con esta redacción, “os órganos xurisdiccionais da orde social coñecerán das pretensións sobre: a) As resolucións administrativas relativas á imposición de calquera sanción por todo tipo de infraccións de orde social, coas excepcións previstas na letra b) do apartado 1 deste artigo”.

cumprir as previsións do art. 3.3 LPL ²⁸⁶. En calquera caso, esa referencia da LDT ao art. 3.2 LPL pon de relevo que a competencia examinada non se circunscribe ao coñecemento das pretensións promovidas polos traballadores desprazados. Aínda que as pretensións deste tipo sexan as máis frecuentes, poden presentarse casos en que o exercicio da acción proveña da empresa ou dos representantes dos devanditos traballadores, aos que se lles recoñece a posibilidade do mencionado exercicio (igual que o de accións administrativas) “nos termos recoñecidos aos representantes dos traballadores pola lexislación española” (disposición adicional terceira, parágrafo primeiro, LDT). Tampouco se require que compareza persoalmente e actúe no proceso o titular da acción. Este pode conferir a súa representación ou, se se trata dun traballador, autorizar a un sindicato para actuar no seu nome e interese. O tratamento que sobre ambos os dous aspectos conteñen os arts. 18 e seguintes da LPL non resulta alterado polo feito de que a acción verse sobre unha cuestión litixiosa suscitada en aplicación da LDT, que nada prevé ao respecto ²⁸⁷.

Simétrica respecto ao ordenado polo art. 16.1 LDT e respectuosa da competencia xudicial dos tribunais do Estado de destino fixada pola norma que nel traspuxera a Directiva 96/71/CE, é a regra da disposición adicional primeira, 6, LDT, aplicable aos supostos de empresas establecidas en España que realicen desprazamentos temporais dos seus traballadores a Estados membros da Unión Europea ou asinantes do Acordo sobre o Espazo Económico Europeo: “De acordo coa Lei Orgánica 6/1985, do 1 de xullo, do Poder Xudicial, os órganos xurisdicionais españois da orde social serán competentes para coñecer dos litixios a que se refire esta disposición adicional producidos con ocasión do desprazamento, sen prexuízo da posibilidade de entaboar unha acción xudicial no territorio do Estado membro en que estea ou estivera desprazado o traballador, de conformidade co que dispoñan ao respecto as lexislacións nacionais polas que se dea aplicación ao establecido no artigo 6 da Directiva 96/71/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 16 de decembro, sobre o desprazamento de traballadores efectuado no marco dunha prestación de servizos”.

²⁸⁶ Segundo este precepto, de redacción desafortunada, o Goberno debería remitir ás Cortes Xerais, “no prazo de nove meses dende a entrada en vigor” da lei que procede a dar nova redacción a aquel (a Lei 50/1998, de 30 decembro, de medidas fiscais, administrativas e da orde social; disposición adicional vixésima), “un proxecto de lei para incorporar á Lei de Procedemento Laboral as modalidades e especialidades procesuais correspondentes aos supostos do anterior número 2” e determinando, xa como lei, “a data de entrada en vigor da atribución á xurisdición da orde social das materias comprendidas no número 2 deste artigo”.

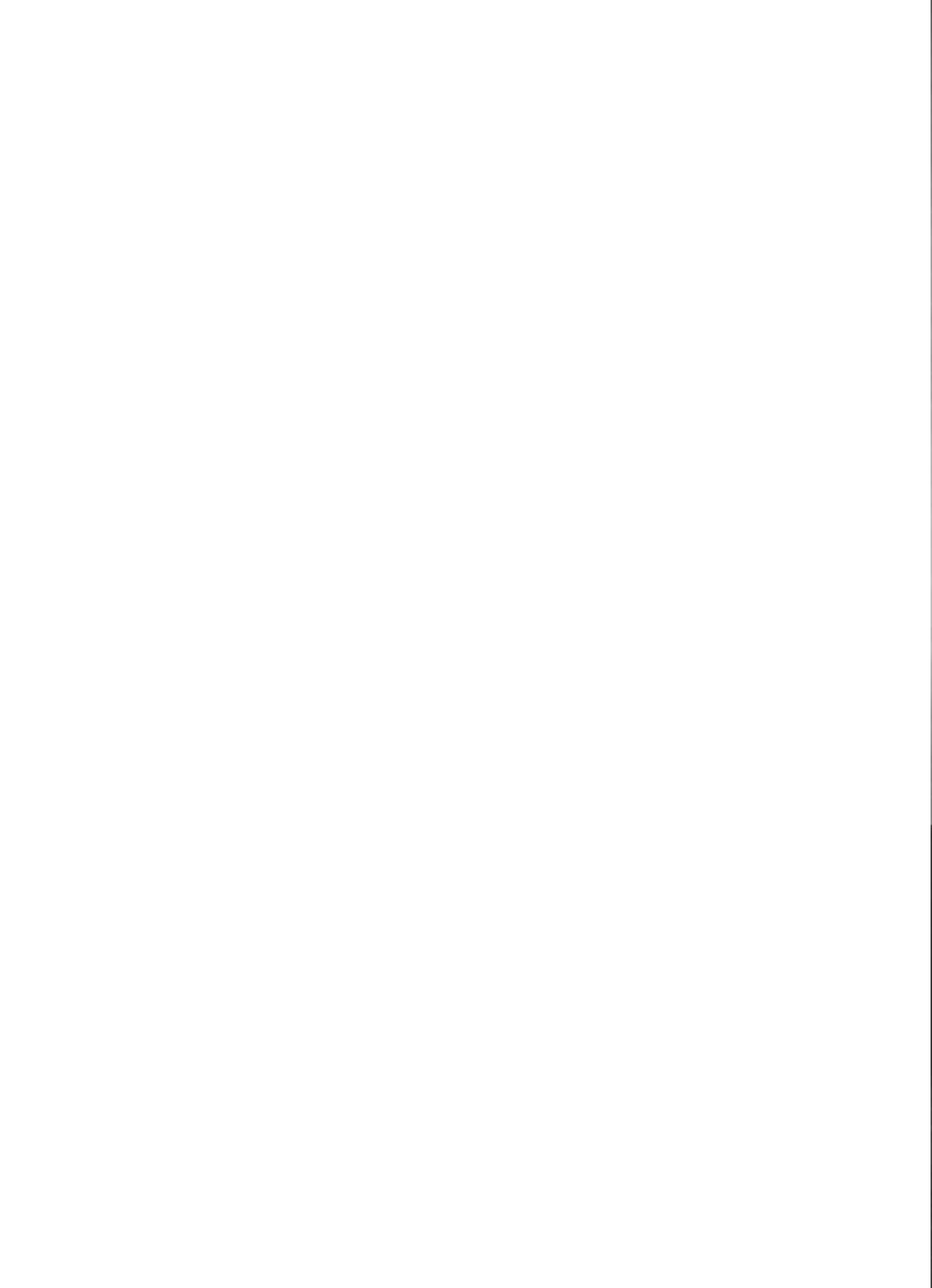
²⁸⁷ Estariase, pois, ante unha das cuestións nas que habería que estar ao que dispón o art. 17 LDT: “en todo o non previsto nesta sección rexerá, como dereito supletorio [isto non é tecnicamente correcto, debería indicarse que *aplicarase directamente ou sen máis*], a Lei de Procedemento Laboral”.



PARTE SEGUNDA

O ORDENAMENTO LABORAL PORTUGUÊS







TEMPO DE TRABAJO

CAPÍTULO PRIMERO



I. CONCEPTOS

A materia do tempo de traballo artículase en torno a algúns conceptos básicos, como son o de tempo de traballo, tempo de descanso, xornada normal de traballo e horario de traballo.

De acordo co artigo 155 do Código do Traballo e na liña, de feito, da definición comunitaria contida na Directiva 93/104/CE, “considérase tempo de traballo calquera período durante o cal o traballador está a desempeñar a actividade ou permanece adscrito á realización da prestación, así como as interrupcións e os intervalos previstos no artigo seguinte”. O tempo de traballo abrangue así tanto o período en que o traballador está propiamente traballando, como o período en que o traballador permanece dispoñible obrigado á realización da súa prestación, e mesmo determinadas interrupcións ou intervalos. Ao tempo de traballo contraponse o tempo de descanso ou, na terminoloxía legal, período de descanso, xa que, segundo o art. 157, “enténdese por período de descanso todo aquel que non sexa tempo de traballo”. Pola propia definición do art. 157 parece claro que, entre nós o tempo ou é tempo de traballo ou período de descanso: *tertium non datur*. No noso ordenamento está claro, polo tanto, que non existe un tempo de terceiro tipo. O artigo 156 integra no tempo de traballo certas interrupcións, pausas ou intervalos. Trátase, fundamentalmente, de interrupcións producidas por motivos técnicos, factores climáticos ou motivos económicos que poden considerarse incluídos nos riscos da empresa (apartado c), interrupcións e pausas impostas por normas especiais de seguridade, hixiene e saúde no traballo (apartado e), interrupcións ocasionais no período de traballo co consentimento do empregador ou para a satisfacción de necesidades persoais inaprazables do traballador (apartado b), intervalos para comer, nos que o traballador continúa dispoñible porque ha de permanecer no espazo habitual de traballo ou cerca del –como di Luís Miguel Monteiro neste caso a súa inclusión no concepto de tempo de traballo deduciríase xa do propio art. 155 dado que o traballador ha de permanecer dispoñible– e interrupcións de traballo que sexan cualificados ou consideradas como tempo de traballo en IRCT, regulamento interno da empresa ou polo costume.

A xornada normal de traballo é o número de horas que o traballador se obriga a realizar, existindo na nosa lei unha xornada normal de traballo diaria e outra semanal segundo se trate do número de horas por día ou por semana. A xornada normal de traballo é un elemento esencial, é parte integrante do obxecto do contrato de traballo, non podendo ser alterada unilateralmente polo empregador: en efecto, a alteración da xornada normal de traballo esixe, en xeral, o acordo das partes, acordo que mesmo pode ter que ser escrito, especialmente na transformación do traballo a tempo completo en traballo a tempo parcial e viceversa. Non se confunde a xornada normal de traballo (á que se alude no art. 158) co horario de traballo (ao que se refire o art. 159): o horario de traballo delimita ou distingue a xornada normal de traballo diaria ou semanal (art 159.2) e corresponde á distribución concreta das horas de traballo acordadas, isto é, á determinación da hora de inicio e de finalización da xor-

nada normal de traballo diaria, así como dos intervalos de descanso. O art. 159.3 di, de feito, que “o inicio e a finalización da xornada de traballo diaria poden producirse en días naturais consecutivos”. Como veremos mellor máis adiante, o horario de traballo non parece formar parte do obxecto do contrato, establecendo a lei no art. 170.1 que “compete ao empregador definir os horarios de traballo dos traballadores ao seu servizo, dentro dos condicionamentos legais”, do que parece deducirse, ao contrario do art. 173.1, que poden ser alterados unilateralmente polo empregador todos os horarios de traballo que non fosen individualmente acordados.

Aínda que non se trate de conceptos propiamente xurídico-laborais o Código do Traballo refírese tamén ao período de funcionamento dunha empresa que pode, de feito, denominarse período de apertura (cando se trata dun establecemento de venda ao público) ou período de traballo cando se trata dun establecemento industrial (cfr. art. 160.3). De acordo co art. 171 o empregador que estea legalmente suxeito a un réxime de período de funcionamento debe respectar tal réxime na organización dos horarios de traballo dos traballadores ao seu servizo. Por outro lado, sempre que exista o período de funcionamento e este supere o límite máximo da xornada normal de traballo, deberán organizarse quendas de persoal diferente, de acordo co art. 189.1.

Para permitir o control do respecto dos condicionamentos legais nesta materia o art. 162 impón ao empregador que manteña “un rexistro que permita saber o número de horas de traballo prestadas polo traballador, por día e por semana con indicación da hora de inicio e de fin do traballo”. Segundo Luís Miguel Monteiro –cremos que correctamente– o rexistro debe tamén indicar os intervalos de descanso e outras pausas que non constitúan tempo de traballo para permitir a determinación exacta da xornada normal de traballo. Desafortunadamente, o Código non establece durante canto tempo debe manterse o citado rexistro, polo que Luís Miguel Monteiro propón a aplicación neste contexto, directamente ou por analoxía, do art. 204.5, que fai referencia ao rexistro de horas extraordinarias e que prevé que este debe conservarse durante un prazo de 5 anos. Temos dúbidas sobre a aplicabilidade deste prazo dado que os efectos resultantes do rexistro de horas extraordinarias son relativamente máis restrinxidos que os do rexistro previsto no art. 162.

En relación aos límites á duración do traballo hai que dicir que a xornada normal de traballo non pode exceder de 8 horas por día e 40 horas por semana. De acordo coa doutrina dominante estes límites refírense soamente a cada contrato de traballo e non propiamente a cada traballador: deféndese, con iso, que as xornadas normais de traballo de varios contratos celebrados polo mesmo traballador –normalmente con diferentes empregadores pero, nalgúns casos, co mesmo– non deben sumarse para determinar se se superaron ou non os devanditos límites. Esa solución non sería de aplicación no caso de que o traballador fose menor, dado que o art. 69.1 do Código do Traballo dispón expresamente que “se o menor traballase para varios empregadores (...) a suma das xornadas de traballo non debe exceder os límites máximos da xor-

nada normal de traballo”. En rigor esta solución non parece representar unha transposición adecuada da Directiva 93/104/CE, segundo a cal os límites ao tempo de traballo se impoñen por consideracións de seguridade e de saúde.

II. LÍMITES Á DURACIÓN DO TRABALLO

Aínda que a xornada normal de traballo diaria non poida superar as 8 horas, en principio a lei permite que se poida ampliar ata 12 horas no caso traballadores que realicen o seu traballo exclusivamente en días de descanso semanal do resto dos traballadores da empresa ou do centro de traballo, sen prexuízo do disposto en IRCT (cfr. nº 3 do art. 163). A lei establece igualmente que haberá un marxe de 15 minutos, marxe que deberá ser, non obstante, de carácter excepcional para transaccións e servizos que xa comezasen, pero aínda non conclúisen cando remata a xornada normal de traballo diaria, debendo o incremento de traballo ser retribuído cando se completen 4 horas ou ao rematar cada ano. Como a situación configura unha marxe excepcional, este tempo non se incluírá na noción de horas extraordinarias, como resulta do art. 197.4.c). Non obstante, se a situación supera os 15 minutos e, sobre todo, en caso de que a marxe deixe de ser excepcional para transformarse nunha situación normal, deberá aplicarse o réxime das horas extraordinarias.

O Código do Traballo permite, ao igual que a lexislación anterior, a chamado adaptabilidade da xornada normal de traballo, ou sexa, que esta se defina en termo medio nun período predeterminado. Deste modo, a xornada normal de traballo diaria pode superar as 8 horas e a xornada normal de traballo semanal poderá superar nunha determinada semana ou semanas as 40 horas, sempre que no período de referencia a media da xornada normal de traballo diaria e da xornada normal de traballo semanal se sitúe dentro dos respectivos límites legais. Esta posibilidade vén a situarse como alternativa ás horas extraordinarias, coa importante diferenza destacada por Luís Miguel Monteiro de que o traballador non pode opoñerse á adaptabilidade invocando un motivo atendible. Lémbrese, non obstante, que existen traballadores con dereito a ser dispensados de realizar o seu traballo en réxime de adaptabilidade, como é o caso das traballadoras embarazadas, en período de lactación ou puerperio (cfr. art 45.3) [cfr. Igualmente os traballadores discapacitados]. A adaptabilidade pode ser o resultado de dous mecanismos: por un lado pode ser introducida por IRCT. Nese caso, previsto no art. 164, o límite diario da xornada normal de traballo pode aumentarse ata un máximo de 4 horas, e a duración do traballo semanal non poderá exceder das 60 (non se ten en conta para o devandito límite as horas extraordinarias prestadas por causa de forza maior). Nesta situación a xornada normal de traballo semanal non poderá exceder das 50 horas de media nun período de 2 meses. O outro réxime de adaptabilidade é o previsto no art. 165 e non vén dado por un IRCT, senón por un acordo entre o empregador e os traballadores. A lei, desafortunadamente, é moi ambigua respecto deste acordo, xa que non se define o nivel en que o acordo

pode introducirse: empresa, centro de traballo ou mesmo unha sección deste ou calquera estrutura dotada do mínimo de autonomía organizativa. O acordo pode alcanzarse, segundo a lei, mediante proposta dirixida polo empregador aos traballadores e presúmese a aceptación dos traballadores se no prazo de 21 días dende o seu coñecemento non o impugnan por escrito. Parece que a carga da impugnación tamén corresponderá aos traballadores cuxo contrato se atope en suspenso ou en réxime de licenza. A solución legal é igualmente sorprendente por canto fai presumir a aceptación dunha alteración que será onerosa para o traballador do silencio ou da pasividade deste cando, en moitas ocasións, o silencio ou a pasividade están xustificadas polo temor a represalias, polo que non se comprende que a lei imponha ao traballador a carga da impugnación escrita. Cremos mesmo que aínda cando a maioría dos traballadores dean o seu “consentimento” (polo menos baixo a forma de inercia), os traballadores que se opoñan por escrito non quedarán obrigados polo réxime de adaptabilidade. Neste caso en que a adaptabilidade non procede de IRCT, está suxeita a límites máis reducidos. De acordo co nº 3 do art. 165 a xornada normal de traballo diaria poderá ampliarse ata un máximo de 2 horas (e non 4 como no outro réxime) e a duración do traballo semanal non deberá exceder das 50 horas (e non das 60) non téndose en conta para este límite as horas extraordinarias prestadas por causa de forza maior. Nas semanas en que a duración do traballo sexa inferior a 40 horas, a redución diaria non poderá ser superior a 2, aínda que as partes poden acordar redución da semana de traballo en días ou medios días, sen prexuízo do dereito á axudas para comer. A lei establece tamén que o réxime resultante da adaptabilidade introducido por acordo se mantén en vigor ata o fin do período de referencia en execución á data en que entre en vigor un IRCT que incida sobre esta materia.

O art. 166 dispón o relativo ao período de referencia en que deben respectarse os límites á xornada normal de traballo. O devandito período de referencia non pode ser superior a 12 meses; en caso de que non estea previsto en IRCT non poderá ser superior a 4 meses. Con todo, neste último caso o nº 2 e o nº 3 do art. 166 permiten que o período de referencia subsidiario de 4 meses sexa ampliado a 6 en algunhas situacións. Tal ampliación pode facerse en relación a determinados traballadores, así como en relación a certas actividades caracterizadas pola necesidade de asegurar a continuidade do servizo ou da produción. Da redacción, certamente algo confusa, do nº 1 do art. 166 parece deducirse que a adaptabilidade só ten como límite máximo os 12 meses no suposto de que o período de referencia estea fixado en IRCT, é dicir, no suposto de adaptabilidade introducida por IRCT. En ausencia de tal previsión (é dicir, cando o período de referencia non vén referido no IRCT ou cando a adaptabilidade non é introducida por IRCT, senón por acordo entre o empregador e os traballadores) o período de referencia máximo será de 4 meses, aínda que poderá ampliarse a 6 meses nos supostos previstos nos números 2 e 3 do art. 166. Non comprendemos, pois, a afirmación de Luís Miguel Monteiro de que o período de referencia subsidiario é de 4 meses “pero por IRCT pode ampliarse a 12 meses, sexa no ámbito da regulación da adaptabilidade prevista no art. 164, sexa como regra tamén

aplicable aos acordos a que se refire o art. 165”. O art. 166.4 establece que “salvo cando estea expresamente previsto en IRCT, o período de referencia só pode ser alterado durante a súa execución cando o xustificuen circunstancias obxectivas e o total de horas de traballo prestadas fose inferior ou igual ás que se realizarían en caso de non estar en vigor un réxime de adaptabilidade, aplicándose coas necesarias adaptacións o disposto no art. 165.4.

No seu art. 167 o Código establece que os límites das xornadas normais de traballo fixados no art. 163 –ou sexa 8 horas para a xornada normal de traballo diaria, que poderá ser aumentado en 4 no caso dos traballadores que prestan servizo exclusivamente nos días de descanso semanal do resto, e 40 horas para a xornada normal de traballo semanal– só poden ser superados nos casos expresamente previstos no Código, coa excepción prevista no art. 167.2. Este precepto permite que por IRCT se amplíen os límites da xornada normal de traballo en dous supostos: en relación ao persoal que presta servizo en actividades sen ánimo de lucro ou estreitamente ligadas ao interese público, sempre que se demostre absolutamente irreconciliable a suxeición da súa xornada de traballo a eses límites (apartado a) e en relación ás persoas cuxo traballo sexa claramente intermitente ou de simple presenza (por exemplo vixiantes); lémbrese que a nosa xurisprudencia xa determinou que a xornada normal de traballo diaria dun gardabarreiras da CP pode ser de 24 horas por día. Hai que ter en conta que o nº 3 do art. 167 establece que sempre que as actividades sen ánimo de lucro ou estritamente ligadas ao interese público referidas no apartado a) do nº 2 tivesen carácter industrial, a xornada normal de traballo non debe superar a media de 40 horas por semana dentro dun número de semanas establecido no IRCT, o que significa, a noso entender, que en rigor non se trata neste caso dunha excepción ao límite máximo da xornada normal de traballo, senón doutra situación de adaptabilidade.

O art. 168 permite, á súa vez, a redución por IRCT dos límites máximos das xornadas normais de traballo, pero aclara que desta redución non pode resultar unha diminución da retribución dos traballadores (nº 2 do art. 168).

Aos límites máximos das xornadas normais de traballo hai que engadir outro límite, independente deste: a duración media do traballo semanal, incluíndo as horas extraordinarias (neste caso todas as horas extraordinarias) non pode exceder de 48 horas, nun período de referencia fixado en IRCT que non poderá superar os 12 meses e, en caso de que non exista período de referencia fixado en IRCT, nun período de referencia subsidiario de 4 meses ou de 6 nos casos previstos no art. 162.2 e 3. Para o cálculo desta media os días festivos subtraeranse ao período de referencia en que se gocen. Ademais, o nº 3 establece que os días de ausencia por enfermidade así como os días de licenza por maternidade e paternidade e de licenza especial do pai ou da nai para asistencia a persoa con discapacidade e a enfermo crónico inclúense na correspondente xornada normal de traballo. Estes días computan para a media co fin de evitar que a entidade patronal trate de compensar as ausencias e distribuír o tra-

ballo non prestado ao longo dos outros días, superando na práctica as 48 horas por semana nos días de traballo realmente efectuado. Se ese é o propósito da norma non se entende por qué non se computan, para os efectos da media, outras faltas, polo menos se están xustificadas: pénsese, por exemplo, nas situacións de matrimonio ou de morte dun familiar.

De acordo co art. 169.4 a esixencia de que non se supere unha duración media de traballo semanal de 48 horas nun período de referencia determinado non se aplica aos traballadores que ocupan cargos de administración e de dirección ou con poder de decisión autónomo que estean en situación de exención de horario de traballo. Na práctica o Código non establece ningún límite á xornada de traballo dos devanditos traballadores, en especial cando se aplica o réxime previsto no art 178.1.a). A exclusión, realizada polo nº 4, dos traballadores con exención de horario de traballo quizais non deba interpretarse, malia todo, no sentido de incluír a todos os traballadores con cargos de administración, dirección ou poder de decisión autónomo exentos de horario de traballo: cremos que a reserva non ten sentido no que se refire aos traballadores comprendidos no apartado c) do nº 1 do art. 178.

III. HORARIO DE TRABALLO

En relación ao horario de traballo a lei atribúe ao empregador, como xa se sinalou, a competencia para definilo (art. 170), aínda que fixa algunhas regras programáticas que o empregador deberá ter en consideración: así, e de acordo co art. 172, o empregador debe facilitar ao traballador a asistencia a cursos, en especial de formación técnica ou profesional, debendo ter en conta ao establecer o horario de traballo a existencia de traballadores ao seu servizo pertencentes á mesma unidade familiar e considerando como prioritarias, na definición do horario de traballo, as esixencias de protección e a seguridade e saúde dos traballadores. Para Luís Miguel Monteiro o feito de que o art. 659.1 preveña que a infracción deste artigo constitúe unha infracción grave demostraría que estas regras non son meramente programáticas. Non obstante, o certo é que algunhas delas, polo menos, teñen efectivamente un contido meramente programático, como sucede, por exemplo, coa necesidade de “ter en conta a existencia de traballadores da mesma unidade familiar”: o empregador poderá sempre afirmar que tivo en conta tal circunstancia pero que os intereses da empresa obrigaban a fixar horarios moi diferentes aos devanditos traballadores. Como tamén se dixo anteriormente, segundo art. 173.1 non poden ser unilateralmente alterados os horarios individualmente acordados; en canto ao acordo en cuestión, parécenos que este non ten que ser escrito, podendo o traballador demostrar por calquera medio que a existencia dun determinado horario de traballo era esencial de acordo coa vontade das partes, cando se negociou o contrato. En principio, non vemos fundamento á afirmación de que unha modificación substancial do horario esixa o consentimento do traballador cando, por exemplo, un traballador que tiña antes un horario de traballo

diúrno pase a ter un horario de traballo nocturno, aínda que, en efecto, é esta a interpretación dominante noutros países –véxase, por exemplo, a xurisprudencia francesa nesta materia. Pensamos, unicamente, que o empregador deberá, como é evidente, exercer de boa fe e sen abuso esta facultade de alteración unilateral do horario de traballo. En certos casos en que o interese da empresa o xustifique a esixencia de traballo diúrno a un traballador contratado, en principio, para traballo nocturno, pode, na nosa opinión, ser conforme á boa fe, dependendo do caso concreto. En principio, as modificacións dos horarios de traballo deben ser precedidas dun proceso de consulta aos traballadores afectados e á comisión de traballadores ou, no seu defecto, á comisión sindical ou intersindical ou aos delegados sindicais, debendo ser as devanditas modificacións expostas na empresa cunha antelación de sete días –só tres no caso de microempresa– e comunicadas á Inspección Xeral de Traballo. Non é necesario, sen embargo, adoptar este procedemento de exposición previa e de información á inspección se o empregador introduce un máximo de tres modificacións por ano cunha duración, cada unha delas, que non exceda dunha semana. Será necesario, non obstante, informar e consultar previamente á comisión de traballadores ou, no seu defecto, á comisión sindical ou intersindical ou aos delegados sindicais (pero non, polo menos de acordo coa letra da lei, aos propios traballadores directamente afectados –cabería preguntarse, con todo, se non sería contraria á boa fe a esixencia a un traballador, dun día para outro, dun horario diferente e se este non se podería negar invocando motivos atendibles tal como sucede no caso das horas extraordinarias). Esta modificación de horario inferior a unha semana virá, en moitas ocasións, a substituír a esixencia de horas extraordinarias. A lei estipula tamén (art. 173.5) que as modificacións do horario de traballo que impliquen incremento de gastos aos traballadores dan dereito a unha compensación económica.

IV. PERÍODO DE DESCANSO

Nos seus arts. 174 e 175 o Código do Traballo regulamenta o intervalo de descanso; en principio, a xornada de traballo diaria debe interromperse por un intervalo de descanso como mínimo dunha hora e máximo de dous, de maneira que se garanta que os traballadores non traballen máis de 5 horas consecutivas. Non obstante, practicamente todo o disposto no art. 174 é subsidiario. Na práctica, un IRCT pode permitir que a prestación de traballo se realice durante 6 horas consecutivas (nº 1 do art. 175) e mesmo durante máis de 6 horas consecutivas (e neste caso sen ningún límite), cando se trata de actividades de persoal operacional de vixilancia, transporte e tratamento de sistemas electrónicos de seguridade e industrias nas que o proceso de traballo non pode interromperse por motivos técnicos, así como no caso de traballadores que ocupan cargos de administración e de dirección e outras persoas con poder de decisión autónomo que estean exentos de horario de traballo. Como di Luís Miguel Monteiro no seu comentario a este precepto, a expresión exentos en masculino plural suxire que esta posibilidade de máis de 6 horas consecutivas de traballo

fóra das citadas industrias só é posible cando tanto os traballadores que ocupan cargos de administración e dirección como as outras persoas con poder de decisión autónomo estean en réxime de exención de horario de traballo (unha vez máis temos dúbidas acerca dos traballadores en réxime de exención do apartado c) do nº 1 do art. 178). O intervalo de descanso tamén pode ser, na práctica, reducido, suprimido ou ampliado mediante IRCT, podendo este, igualmente, prever a existencia e a duración doutros intervalos de descanso. O empregador pode tamén, sempre que achegue ao seu requirimento a declaración escrita de conformidade do traballador afectado e informe á comisión de traballadores e ao sindicato representativo do traballador, solicitar á Inspección Xeral de Traballo que autorice a redución ou supresión do intervalo de descanso –pero non o seu ampliación– cando iso sexa favorable aos intereses dos traballadores ou se xustifique polas condicións particulares de traballo da actividade. A petición de redución ou dispensa de intervalo de descanso considérase tacitamente aprazada se a Inspección Xeral de Traballo non tomase unha decisión final no prazo de 15 días a contar dende a presentación do requirimento.

O art. 176 establece unha nova esixencia motivada pola Directiva nº 93/104/CE: a esixencia dun período mínimo de descanso entre xornadas, entre períodos diarios de traballo consecutivos. Garántese ao traballador un período mínimo de descanso, entre xornadas, de 11 horas consecutivas. A lei, non obstante, contén un amplo abano de excepcións: en primeiro lugar, a garantía dun período mínimo de descanso entre xornadas non se aplica nin en relación a traballadores que ocupan cargos de administración e de dirección ou con poder de decisión autónomo exentos de horario de traballo, nin cando fose necesaria a prestación de horas extraordinarias por causa de forza maior ou para garantir a viabilidade da empresa ou por ser indispensable para previr ou reparar prexuízos graves. Tampouco se aplica o nº 1 nin se garante ao traballador o período mínimo de descanso entre xornadas cando as xornadas normais de traballo se fraccionen ao longo do día debido ás características da actividade, “principalmente no caso dos servizos de limpeza” (nº 3 do art. 176) e en “actividades caracterizadas pola necesidade de asegurar a continuidade do servizo ou da produción, sempre que por IRCT se garantan ao traballador os correspondentes descansos compensatorios, así como, segundo o establecido no nº 5, en caso de incremento previsible de actividade no turismo. En todas estas actividades, non obstante, o distanciamento do descanso entre xornadas esixe que o IRCT prevexa descansos compensatorios correspondentes.

V. EXENCIÓN DE HORARIO DE TRABAJO

Un dos cambios máis significativos do Código de Traballo nesta materia do tempo de traballo relaciónase coa chamada exención de horario de traballo. O Código introduce, por un lado, a opción entre varias modalidades de exención con efectos diferentes e por outro, facilita o recurso a este réxime. A exención de horario de traba-

llo deixou, en efecto, de depender de autorización da Inspección Xeral de Traballo, que pasa a ser simplemente informada da existencia do acordo entre traballador e empregador. O art. 177.1 prevé que por acordo escrito poden ser exentos de horario de traballo os traballadores que se atopen en determinadas situacións: segue permitiéndose a exención do horario de traballo a traballadores que exercen regularmente a súa actividade fóra do centro de traballo, sen control inmediato dos superiores (apartado c) do nº 1 do art. 177; é o caso, por exemplo, dos vendedores), a traballadores que realizan traballos preparatorios ou complementarios que pola súa natureza só poden efectuarse fóra dos límites dos horarios normais de traballo e a traballadores que exercen cargos de administración, de dirección, de confianza, de fiscalización. Actualmente esténdese aos traballadores que desempeñan postos de apoio aos titulares de cargos de administración, de dirección, de confianza e fiscalización (cargos por exemplo de asesoramento ou de secretariado persoal). O art. 177.2 permite que o IRCT poida prever outros supostos nos que pode recorrerse ao réxime de exención de horario de traballo. A lei non regula nin a duración do acordo entre o empregador e o traballador, polo que parece que se pode tratar dun acordo por tempo indefinido, nin o momento da celebración do devandito acordo (parece que pode constar xa no contrato inicial ou acordarse, por exemplo, no período de proba) nin se refire á posibilidade de que o acordo poida ser resolto polo traballador (invocando, por exemplo, cambio na súa situación familiar).

Como se dixo antes, actualmente existen varias modalidades de exención de horario de traballo que presentan, na nosa opinión, substanciais diferenzas entre si. En principio as partes poden escoller a modalidade de exención de horario de traballo que desexen, pero se nada dixesen a lei establece que o réxime de exención de horario será o do apartado a) do nº 1 do art. 178 (que é, curiosamente, o réxime máis oneroso para o traballador).

A modalidade de exención do horario de traballo pode consistir –esta é de feito, como se dixo, a modalidade subsidiaria– na non suxeición aos límites máximos das xornadas normais de traballo. O traballador pasará, por conseguinte, a poder ter que prestar máis de 8 horas de traballo diario e 40 horas de traballo semanal, supoñendo que estes sexan os límites máximos aplicables en ausencia de exención ás súas xornadas normais de traballo. Sen embargo, o nº 3 do art. 178 establece que “a exención non lesiona o dereito aos días de descanso semanal obrigatorio, aos festivos obrigatorios e aos días e medios días de descanso complementario, nin ao descanso diario a que se refire o nº 1 do art. 176, agás nos casos previstos no nº 2 do devandito artigo”. Deste modo, o traballador exento de horario de traballo terá dereito, en principio, ao período mínimo de descanso de 11 horas seguidas entre dúas xornadas diarias de traballo consecutivos; sen embargo, non terá dereito a ese período de descanso entre xornadas se se trata dun traballador que ocupa un cargo de administración ou con poderes de decisión autónomo exento de horario de traballo, e neste caso o art. 178.4 límitase a dicir que “debe observarse un período de descanso que permi-

ta a recuperación do traballador entre dúas xornadas diarias de traballo consecutivas”. Advértase que aos traballadores exentos de horario de traballo se aplica tamén, en principio, a esixencia de que a súa xornada de traballo semanal media, ou mellor, a duración media do traballo semanal non exceda de 48 horas nun período de referencia (art. 169.1). Como se ve, non é de todo exacto que o único interese deste artigo sexa o de crear máis dun límite á duración das horas extraordinarias. Sen embargo, en máis dunha ocasión, o art. 169.1 non se aplica a traballadores que ocupan cargos de administración e de dirección ou con poder de decisión autónomo que estean exentos de horarios de traballo (nº 4 do art. 169). Como se ve, a expresión “exención de horario de traballo” é enganosa en canto ao suposto previsto no art 178.1.a) en que, en rigor, o que existe, polo menos para os traballadores exentos de horario de traballo que ocupan cargos de administración, de dirección, ou con poderes de decisión autónoma é unha auténtica eliminación de todos os límites ás xornadas normais de traballo. Hai que sinalar tamén que as normas relativas á exención recorren a un concepto –o traballador con poder de decisión autónomo– que non retoma, expresamente, o citado art. 177.

Como xa comentamos, existen outras modalidades de exención de horario de traballo. Deste modo, o apartado b) do nº 1 permite a posibilidade de ampliar a prestación nun determinado número de horas, por día ou por semana. É coma se os límites máximos das xornadas normais de traballo fosen ampliados por acordo, pero non completamente eliminados. O traballador acepta, por exemplo, traballar máis dunha hora ao día ou máis de 4 horas á semana. Finalmente na terceira modalidade (art 178.1.c) observaranse as xornadas normais de traballo acordadas, coma se se introducise un réxime de horario flexible.

De acordo co art. 179 en todos os lugares de traballo debe colocarse en sitio ben visible un cadro co horario de traballo elaborado de acordo coas disposicións legais en vigor e cos IRCTs aplicables, debendo empregador enviar unha copia á Inspección Xeral de Traballo cunha antelación mínima de 48 horas á súa entrada en vigor. As modificacións do horario de traballo de duración inferior a unha semana non teñen, sen embargo, que reflectirse no cadro do horario de traballo, polo menos no que se refire a aquelas realizadas ao amparo do art. 173.4.

VI. RÉXIME DE TRABALLO A QUENDAS

O réxime de traballo a quendas está regulado nos arts. 188 a 191. A lei portuguesa permite tanto as quendas fixas, como as quendas variables, aínda que a maior parte das normas legais incida sobre esta segunda modalidade. De acordo coa opinión expresada por Luís Miguel Monteiro a institución do traballo a quendas representa unha modificación substancial do contrato e esixe o acordo dos traballadores afectados. O paso do traballo a quendas ao réxime normal non dependería xeralmente dese

acordo: “o regreso á “regra” depende só da vontade do empregador en canto titular do poder de fixar o horario de traballo” (Luís Miguel Monteiro, *op. cit.*, páxina 369). O autor admite, non obstante, que o paso do réxime de quendas ao réxime normal pode depender de acordo do traballador cando a prestación do traballo nese réxime constituíse un dos elementos esenciais para a formación da vontade contractual do traballador. Segundo o art. 188 “considérase traballo a quendas calquera modo de organización do traballo en equipo en que os traballadores ocupen sucesivamente os mesmos postos de traballo, a un determinado ritmo, incluíndo o ritmo rotativo que pode ser de tipo continuo ou descontínuo, o que implica que os traballadores poden executar o traballo a horas diferentes no transcurso dun determinado período de días ou semanas”. De acordo co art. 189.3 a duración do traballo de cada quenda non pode superar os límites máximos das xornadas normais de traballo. A lei establece tamén que o traballador só pode ser trasladado correspondente despois do seu día de descanso semanal; este día de descanso semanal obrigatorio terá que corresponderse, como di Luís Miguel Monteiro, cun día natural e non cun período de 24 horas. Seguindo co establecido no art. 189.2, “as quendas deben, na medida do posible, organizarse de acordo cos intereses e as preferencias manifestadas polos traballadores”. A nosa xurisprudencia entende, polo xeral, que se a empresa estivese legalmente autorizada a traballar en día festivo, o traballador a quendas se atopa obrigado a realizar a súa prestación mesmo en día festivo”. De acordo co art. 189.5 as quendas no réxime de traballo continuo e de servizos que non poden interromperse deben organizarse de maneira que aos traballadores de cada quenda se lles conceda polo menos un día de descanso por cada período de 7 días. Trátase dun precepto que se infire do disposto no art. 5 da Directiva 93/104/CE e que representa unha modificación importante en relación ao réxime anterior, que establecía que o traballador tiña dereito a un día de descanso por cada semana natural. De acordo co art. 190 o empregador ha de garantir condicións de seguridade, hixiene e saúde no traballo axeitadas á natureza do traballo desempeñado e polo menos equivalentes ás aplicables ao resto dos traballadores e medios de protección e prevención dispoñibles en todo momento. O empregador que organiza o réxime de traballo a quendas debe levar un rexistro separado dos traballadores incluídos en cada quenda (art. 191).

VII. TRABALLO NOCTURNO E TRABALLADOR NOCTURNO

Nos seus arts. 192 e 193 o Código do Traballo define na mesma liña respectivamente traballo nocturno e traballador nocturno. De acordo co nº 1 do art. 192 considérase período de traballo nocturno o que teña unha duración mínima de 7 horas e máxima de 11, incluíndo o intervalo entre as 24 horas e as cinco. Os IRCTs poden establecer o período de traballo nocturno, pero terán que aterse ao disposto no citado nº 1 (terán, por conseguinte, que abranguer sempre o intervalo entre as 24 horas e as cinco). O art. 192.3 fixa o período de traballo nocturno subsidiario, isto é, en ausencia de cláusula no IRCT: considérase período de traballo nocturno o comprendido entre as 22

horas dun día e as 7 horas do día seguinte. Como observa Luís Miguel Monteiro existen ao longo do Código normas que fixan o concepto de traballo nocturno para certos efectos determinados e que, neses casos, non poden ser modificadas por IRCT: véxanse os arts. 47.1 (as traballadoras embarazadas, en período de lactación e puerperio están dispensadas de prestar traballo entre as 20 horas dun día e as 7 horas do día seguinte, art. 65.1 (está prohibido o traballo do menor con idade inferior a 16 anos entre as 20 horas dun día e as 7 horas do día seguinte) e art 77 (os traballadores con enfermidade crónica ou discapacidade están dispensados de prestar traballo entre as 20 horas e as 7 horas do día seguinte sempre que presenten informe médico que probe que o traballo nocturno pode prexudicar a súa saúde ou seguridade no traballo. De acordo co art. 193 do Código será traballador nocturno aquel que realice polo menos 3 horas de traballo normal nocturno durante cada día ou que poida realizar durante o período nocturno unha parte do seu tempo de traballo anual definida en IRCT ou, a falta de definición en IRCT, correspondente a 3 horas ao día. Parece, polo tanto, que un traballador a tempo parcial cuxo período de traballo diario sexa inferior a 3 horas non será traballador nocturno aínda que realice a súa prestación integramente en período de traballo nocturno. A non ser que a norma do art. 193 sexa interpretada como unha forma de esixir que o traballo nocturno sexa realizado con carácter de regularidade para que o traballador poida ser considerado traballador nocturno. Segundo o art. 194 a xornada normal de traballo diaria do traballador nocturno cando está en vigor o réxime da adaptabilidade non pode ser superior a 8 horas diarias de media semanal salvo que resulte outra cousa de IRCT (non pode polo tanto facerse unha excepción a esta regra no acordo cos traballadores como modo de introducir a adaptabilidade). De acordo co nº 2 do art. 194, para o cálculo desta media non se teñen en conta os días de descanso semanal obrigatorio ou complementario nin os días festivos. Á parte disto, e segundo o nº 3 do art. 194 “o traballador nocturno cuxa actividade implica riscos especiais ou unha tensión física ou mental significativa non debe prestala durante máis de 8 horas nun período de 24 horas en que realice traballo nocturno. Segundo Luís Miguel Monteiro a referencia ás 24 horas pode interpretarse de dúas maneiras: nunha primeira interpretación significaría día natural e implicaría que nun día natural o traballador non podería realizar máis de 8 horas deste tipo de actividade. O autor parece adoptar esta interpretación. Sen embargo, é posible interpretar o período de 24 horas coma se se tratase dun período calquera de 24 horas, aínda que non se corresponda cun día natural en que se realiza traballo nocturno. A lei exclúe, sen embargo, da aplicación dos primeiros tres números do art. 194 a traballadores que ocupen cargos de administración e de dirección ou con poder de decisión autónomo que estean exentos de horario de traballo e, ademais, exclúe da aplicación do número 3, que establece o límite das 8 horas en cada 24, as actividades realizadas polo traballador nocturno que implican riscos especiais ou tensión mental e física significativa, xa sexa en situacións en que se esixen horas extraordinarias urxentes, xa sexa en determinadas actividades caracterizadas pola necesidade de asegurar a continuidade do servizo ou da produción, sempre que por IRCT se garantan os descansos compensatorios correspondentes. Nos art. 9 e 12 da Directiva 93/104/CE

establécese a obriga do empregador de realizar exames médicos gratuítos ao traballador antes de situalo nun réxime de traballo nocturno e despois de situalo no devandito réxime de forma periódica, co intervalo mínimo dun ano. Segundo o nº 2 do art. 196 o empregador debe asegurar o traslado do traballo nocturno ao traballo diúrno, sempre que iso fose posible, a un traballador que sufra de problemas de saúde relacionados co feito de realizar un traballo nocturno. No que se refire a actividades que implican riscos especiais ou tensión física e mental significativa, véxanse os artigos 184 a 186 da LECT.

VIII. HORAS EXTRAORDINARIAS

As horas extraordinarias defínense no art. 197.1 como todas aquelas que se realizan fóra do horario de traballo. Poderá, por conseguinte, non se tratar de traballo prestado fóra da xornada normal de traballo diaria. Deste modo, se o traballador, por acordo co empregador ou a petición deste entra ao servizo unha hora máis tarde e sae igualmente unha hora máis tarde, tratarase de horas extraordinarias. Sen embargo, cando as partes adopten por acordo a modalidade de exención de horario de traballo prevista no art. 178.1.c) (ou sexa, con observancia das xornadas normais de traballo acordadas), considérase horas extraordinarias as que exceden da duración da xornada normal de traballo diaria ou semanal (nº 3 do art. 197). Á súa vez, se as partes acordasen a modalidade de exención de horario de traballo prevista no art. 178.1.b), que permite a ampliación da prestación nun determinado número de horas por día ou por semana, haberá horas extraordinarias sempre que o traballo supere os períodos acordados entre as partes. O nº 4 do art. 197 exclúe, sen embargo, determinadas situacións da noción de horas extraordinarias: así, o traballo prestado por un traballador exento de horario de traballo en día normal de traballo (atendendo ás particularidades de cada modalidade); tampouco se consideran horas extraordinarias a marxe de 15 minutos prevista no art. 163 nº 2 (xa que se trata efectivamente dunha situación de marxe excepcional) e a formación profesional realizada fóra do horario de traballo, sempre que non exceda de dúas horas diarias (independentemente, polo que parece, da duración da xornada normal de traballo diaria e da propia existencia de auténticas horas extraordinarias). Mantense a solución dada pola lei anterior no relativo ás chamadas “pontes” que permite que por acordo entre o empregador e o traballador se suspenda a actividade durante non máis de 48 horas seguidas ou interrompidas por un día de descanso ou festivo: nese caso o traballo prestado para compensar esa suspensión de actividade non será considerado horas extraordinarias. En Portugal, o traballador por conta allea está obrigado, en principio, a realizar as horas extraordinarias que se lle esixan –e a lei non considera ningunha obriga de aviso previo para esa esixencia, mesmo fóra dos casos en que as horas extraordinarias préstense por causa de forza maior ou outras circunstancias imprevisibles. Segundo o art. 198, “o traballador está obrigado a realizar a prestación de horas extraordinarias salvo cando, existindo motivos atendibles, solicite expresamente a súa dispen-

sa”. Para unha determinada opinión doutrinal –é o caso de Luís Miguel Monteiro e Monteiro Fernandes– se o traballador alegase un motivo e solicitase a dispensa de horas extraordinarias, pero o empregador reiterase a orde, o traballador tería que obedecer, podendo como moito responsabilizar civilmente ao empregador e solicitar unha indemnización polos prexuízos que lle ocasione esta imposición de horas extraordinarias. Esta opinión susténtase na premisa de que o empregador é o único que pode decidir sobre a atendibilidade do motivo e “a cuxo prudente arbitrio corresponde, en exclusiva, decidir a verificación do presuposto que exonera ao traballador do deber de obediencia á orde dada” (Luís Miguel Monteiro *op. cit.*, páxina 382). Non compartimos de todo esta interpretación. Ante todo conduce a un resultado que difire moito da letra da lei: en realidade, a lei non di que o traballador está obrigado a realizar a prestación de horas extraordinarias salvo cando é expresamente dispensado polo empregador (o que, por outra parte sería obvio), senón salvo cando expresamente solicita a dispensa, tendo motivos atendibles. A solución legal susténtase na idea de que o traballador é, como dixemos en diversas ocasións ao longo de estas páxinas, alguén que asume un deber de colaboración leal co seu empregador. Deste modo, o traballador só poderá desobedecer a orde de realizar horas extraordinarias se esta lle ocasionase prexuízos desproporcionados fronte ao interese perseguido polo empregador. Neste sentido, é certo que haberá que ponderar os intereses perseguidos polo empregador e os intereses do traballador que poden ser prexudicados en cada caso concreto: considerando, por exemplo, a circunstancia de que as horas extraordinarias se esixan nun caso de forza maior e para evitar un grave prexuízo á empresa, o que podería implicar que só no caso dun prexuízo proporcionalmente máis grave do traballador cesaría o deber de obediencia. Haberá polo tanto que valorar en cada caso concreto se é esixible o sacrificio pedido ao traballador –á luz dos seus intereses persoais e doutros deberes xurídicos que tamén poida ter que cumprir (por exemplo fronte aos seus familiares) e tendo en conta as demais circunstancias do caso (por exemplo a antelación coa que foi informado da necesidade de horas extraordinarias)– co fin de decidir se alguén que cumpra o contrato de boa fe pode lexitimamente negarse. Certamente, tamén o empregador ten que actuar de boa fe e ponderar o motivo alegado para a negativa: o simple feito de que o empregador reitere a orde non carrega a súa licitude, e corresponde ao tribunal verificar se á luz das normas sociais establecidas e da boa fe e considerando os intereses contrapostos de ambas as dúas partes a negativa tiña un motivo atendible. Como xa dixemos, a valoración dependerá en boa medida de cada caso concreto: non se pode, por exemplo, esquecer que unha esixencia de horas extraordinarias pode non ser un incidente illado, senón corresponderse cun comportamento sistemático e regular do empregador (infrinxindo, canto menos, o espírito da lei) capaz de prexudicar gravemente a vida familiar do traballador. Por outro lado, aínda que o Tribunal chegue á conclusión de que o motivo alegado polo traballador para negarse a realizar as horas extraordinarias non era, no caso concreto, atendible e, por conseguinte, o traballador tiña o deber de obedecer, iso non significa, forzosamente, que o traballador actuara con culpa grave, toda vez que a situación pode ser precisamente unha situación límite en

que houbera intereses significativos nun e outro sentidos. A posición asumida por Monteiro Fernandes, establecendo que o traballador ten sempre o deber de obedecer primeiro e a posibilidade de pedir unha indemnización despois, significa, na práctica, que o traballador non pode defenderse eficazmente da pretensión do empregador de que realice horas extraordinarias. Mesmo quen teña un motivo moi poderoso –por exemplo, a necesidade de estar na casa a determinada hora para coidar dun familiar en estado terminal ou moi enfermo, sendo extremadamente difícil ser substituído coa antelación coa que a orde lle foi dada– tería que obedecer e despois pedir unha indemnización ... Sobra dicir, de feito, que poucos son os traballadores que, polo menos durante a vixencia do contrato, terían a temeridade de intentar unha acción xudicial contra o seu empregador por este motivo, polo que a referencia á responsabilidade civil do empregador ten escasísima importancia práctica.

De acordo coa lei portuguesa só poden realizarse horas extraordinarias en dúas clases de situacións ás que, de feito, corresponde un tratamento legal distinto, polo menos en termos de límites á súa realización. Por un lado, poden realizarse horas extraordinarias sempre que haxa incrementos eventuais e transitorios de traballo, non estando xustificada a contratación dun traballador (¿nin sequera temporalmente?) –véxase o disposto no nº 1 do art. 199. Neste caso as horas extraordinarias están suxeitas a límites: 2 horas por día normal de traballo (apartado c) do nº 1 do art. 200), un número de horas igual á xornada normal de traballo diaria nos días de descanso semanal, obrigatorio ou complementario e nos festivos (apartado d) do nº 1 do art. 200), un número de horas igual a media xornada normal de traballo en medio día de descanso complementario (apartado e) do nº 1 do art. 200), e, finalmente, un límite anual que varía segundo a dimensión da empresa e que é de 175 horas por ano nas microempresas e pequenas empresas e de 150 horas de traballo por ano nas medianas e grandes empresas (apartados a) e b) do nº 1 do art. 200). Estes límites anuais poden, non obstante, ser ampliados ata 200 horas por IRCT. Poden ademais prestarse horas extraordinarias cando hai causa de forza maior ou a súa realización é indispensable para previr ou reparar prexuízos graves para a empresa ou para a súa viabilidade. Nese caso as horas extraordinarias non están suxeitas aos límites do art. 200.1, quedando suxeitas soamente ao límite fixado no art. 169.1. O art. 201 refírese ás horas extraordinarias realizadas por traballadores a tempo parcial e comeza establecendo un límite anual ás horas extraordinarias, para facer fronte a incrementos eventuais de traballo, de 80 horas por ano ou o correspondente á porcentaxe que representa a xornada normal de traballo (semanal) respecto da dun traballador a tempo completo en situación comparable se a devandita porcentaxe fose superior ás 80 horas. Deste modo, por exemplo, un traballador a tempo parcial, cuxa xornada normal de traballo semanal sexa o 40% da xornada normal dun traballador a tempo completo en situación comparable terá como límite anual de horas extraordinarias 80 horas nunha mediana e grande empresa (xa que o 40% de 150 horas son 60 horas, un valor inferior ás 80). Un traballador a tempo parcial ao 60% terá nunha mediana ou grande empresa, en principio, un límite anual de 90 horas. Mediante acordo

escrito entre o traballador e o empregador as horas extraordinarias para facer fronte a incrementos eventuais de traballo poden ver o seu límite anual ampliado ata 130 horas por ano e, por convenio colectivo, ata 200 horas por ano. A xenerosidade da lei en canto ao volume de horas extraordinarias que permite e ás ampliacións dos límites legais que poden introducirse por acordo escrito (pode que mesmo xa ao asinar o contrato de traballo) ou por convenio colectivo (máis en concreto por IRCT) unida á circunstancia de que a lei non prevé ningún mínimo para que se fale de traballo a tempo parcial (nin sequera é evidente que teña que haber polo menos unha hora de traballo por semana) permiten chegar a unha situación moi próxima ao traballo de chamada. Sublíñese tamén a ausencia dun límite diario específico para as horas extraordinarias prestadas por traballadores a tempo parcial.

A prestación de horas extraordinarias ten, no noso país, dúas clases de consecuencias: remuneratorias e de descanso compensatorio. Como veremos, sen embargo, as consecuencias remuneratorias prodúcense sempre, pero o descanso compensatorio pode non sempre ter lugar. Comezando polas consecuencias remuneratorias, que actualmente están reguladas pola lei en forma de retribución, o art. 258 do Código establece que a prestación de horas extraordinarias en día normal de traballo dá dereito ao traballador a un incremento do 50% da retribución na primeira hora e do 75% da retribución na hora ou fracción seguintes. Á súa vez, o nº 2 do mesmo precepto establece que as horas extraordinarias prestadas en día de descanso (obrigatorio ou complementario) e en día festivo, dá dereito ao traballador a un incremento do 100% da retribución por cada hora de traballo realizada. A compensación horaria que servirá de base de cálculo corresponde á consagrada no art. 264: $(RM \times 12)$: $(52 \times n)$, en que RM é o valor da retribución mensual e non a xornada normal de traballo semanal.

O descanso compensatorio está regulado nos artigos 202 e 203 do Código. En primeiro lugar, e de acordo co nº 1 do art. 202, a prestación de horas extraordinarias en día laborable e en día de descanso semanal complementario ou en día festivo dá dereito ao traballador a un descanso compensatorio remunerado do 25% das horas extraordinarias realizadas, dereito que se devenga cando se completen un número de horas igual á xornada normal de traballo diaria e que debe gozarse nos 90 días seguintes. Deste modo, se o traballador tivese unha xornada normal de traballo diario de 8 horas, o seu dereito ao descanso compensatorio se devengará cando realice, por exemplo, en día laborable 32 horas extraordinarias. A expresión “días laborables” non é das máis afortunadas, dado que o propio día de descanso obrigatorio non ten, como veremos, que coincidir cun domingo, podendo ser un día laborable, e á inversa, o domingo un día normal de traballo. Nos casos de prestación de traballo en día de descanso semanal obrigatorio o traballador ten, en principio, dereito a un día de descanso compensatorio remunerado a gozar nos 3 días laborables seguintes. A falta de acordo, o día de descanso compensatorio fixarao o empregador (párecenos que se trata dun poder de concentración, pero a concentración no terceiro día ha de

facerse por forza das propias circunstancias, se no intervalo xa transcorresen dous días laborables seguidos). No seu art. 203, o Código inclúe, non obstante, unha serie de desviacións e excepcións ás regras fixadas no art. 202. Nos seus números 2 e 3 permítese a substitución do descanso compensatorio, en especial por un incremento retributivo. En efecto, e de acordo co nº 2 do art. 203, cando o descanso compensatorio se debese a horas extraordinarias en día laborable ou en día festivo, dito descanso pode substituírse, mediante acordo entre empregador e traballador, por prestación de traballo remunerado con incremento non inferior ao 100%. De acordo con Luís Miguel Monteiro nin sequera será necesario esperar ao vencemento do descanso compensatorio. Nas microempresas e nas pequenas empresas o descanso compensatorio correspondente non só a horas extraordinarias prestadas en día laborable ou en día festivo, senón tamén a horas extraordinarias prestadas en día de descanso semanal complementario pode substituírse, cando motivos atendibles relacionados coa organización do traballo así o xustifiquen, por prestación de traballo remunerado con incremento non inferior ao 100% ou, se se tratase de horas extraordinarias prestado en días laborables ou en días festivos –tal vez sexan eses os requisitos aos que se remite o nº 2– por un día de descanso a gozar nos 90 días seguintes [non atopamos fundamento á afirmación de Luís Miguel Monteiro segundo a cal no nº 2 sería necesario que xa tivese vencido o dereito ao descanso compensatorio, non sucedendo o mesmo no nº 3]. A referencia aos motivos atendibles relacionados coa organización do traballo relaciónase coa circunstancia de que neste caso o descanso compensatorio pode ser substituído por prestación de traballo remunerada con incremento non inferior ao 100% por unha decisión unilateral do empregador; no que se refire ao día de descanso a gozar nos 90 días seguintes tal vez esixa acordo dado que a lei remite aos requisitos do nº 2.

O art. 204 consagra a obrigatoriedade de que o empregador manteña un rexistro de horas extraordinarias. No devandito rexistro deben anotarse, antes do inicio da prestación, as horas de inicio e, ao rematar, a hora de finalización das horas extraordinarias, debendo ser o devandito rexistro visado polo traballador inmediatamente despois da prestación. O rexistro debe conter a indicación expresa do fundamento das horas extraordinarias e a anotación dos períodos de descanso compensatorio gozados polo traballador. A violación do disposto nos números 1 a 4 do art. 204 (non a da obriga de conservar o rexistro durante 5 anos) dá dereito ao traballador, por cada día que prestara os seus servizos fóra do horario de traballo, á retribución correspondente ao valor de 2 horas extraordinarias. Luís Miguel Monteiro defende (páxina 392), aínda que para nós sen fundamento legal, que esta norma non será de aplicación cando o traballador consiga probar a duración das horas extraordinarias (levado ao límite isto conduciría ao resultado de ser preferible probar a existencia de horas extraordinarias, pero non a súa duración). En realidade cremos que antes que do prexuízo concreto a un determinado traballador, trátase máis ben dunha forma de incentivar o respecto pola lei e o mantemento do rexistro actualizado, baixo pena de ter consecuencias a nivel remuneratorio.

IX. DESCANSO SEMANAL

O descanso semanal está regulado nos arts. 205 a 207. De acordo co art. 205.1 o traballador ten dereito polo menos a un día de descanso por semana. Ese día deberá coincidir, en principio, cun domingo, aínda que a lei contén a este respecto múltiples excepcións, xa sexa porque a empresa estea dispensada de pechar ou suspender o traballo, ao tratase dunha empresa de traballo continuo, ou porque estea obrigada a pechar ou a suspender o traballo en día distinto a domingo, xa sexa en función de determinadas actividades do traballador (por exemplo persoal de limpeza, persoal que exerce a súa actividade en exposicións e feiras, persoal operacional de vixilancia, transportes e tratamento de sistemas electrónicos de seguridade). Ao día de descanso semanal obrigatorio debe engadirse un período de 11 horas correspondente ao intervalo mínimo entre xornadas; non obstante, esta esixencia non é aplicable a traballadores que ocupan cargos de administración, de dirección ou con poder de decisión autónomo en réxime de exención de horario de traballo, así como a unha lista de actividades que coincide no esencial coa prevista no nº 4 do art. 176 (trátase precisamente de actividades nas que non se garante o período mínimo de descanso de 11 horas seguidas entre dúas xornadas diarias de traballo consecutivas). Tampouco se aplica esta esixencia nos casos correspondentes ao nº 3 do art. 176 e á parte final do nº 2 do art. 176 á que corresponden os apartados a) e b) do nº 4 do art. 207. Por outro lado a lei considera a posibilidade de que traballador teña un día ou medio día de descanso complementario ademais do descanso semanal establecido na lei. Este día de descanso complementario non corresponde a ningún imperativo legal podendo ser introducido por IRCT. Normalmente o día de descanso semanal complementario será contiguo ao día de descanso semanal obrigatorio, e neste caso se considerará total ou parcialmente satisfeito o período de 11 horas entre xornadas establecido no nº 2 do art. 207. Nada obriga, sen embargo, a que o descanso semanal complementario sexa contiguo ao día de descanso semanal obrigatorio, nin moito menos que o día de descanso semanal complementario sexa un sábado –é frecuente que así aconteza nos convenios colectivos, mais non hai obviamente ningunha obrigatoriedade de que así sexa. A lei permite mesmo que o día de descanso semanal complementario sexa repartido ou descontinuo no IRCT.

X. FESTIVOS

En relación aos festivos hai que destacar que o seu fundamento é, ao menos parcialmente, distinto do dereito ao descanso: os festivos corresponden a días que por razóns sociais, culturais, históricas ou relixiosas, se celebran coa suspensión da actividade laboral. Parécenos, polo tanto, moi dubidosa de *iure condendo* a solución ofrecida polo nº 3 do art. 208 que establece que “mediante lexislación especial determinados festivos obrigatorios poden ser trasladados ao luns da semana seguinte.

Curiosamente toda a materia dos festivos esta regulada na lei en termos absolutamente imperativos: en efecto, de acordo co art. 210 “son nulas as disposicións do contrato de traballo ou de IRCT que establezan festivos diferentes dos indicados nos artigos anteriores”. Deste modo a lei unicamente permite que, ademais dos festivos obrigatorios, sexan observados o Martes de Carnaval e o festivo municipal da localidade ou calquera outro día que o empregador e o traballador acorden en substitución dos dous festivos referidos (Martes de Carnaval e festivo municipal). A lei só permite que esta substitución se faga mediante acordo do empregador e do traballador e non por convenio colectivo. Por outro lado este día substitutivo pasa a ser un día festivo a todos os efectos legais.





LUGAR DE TRABAJO

CAPÍTULO SEGUNDO



I. DEFINICIÓN

É un innegable mérito do Código de Trabajo establecer no nº 1 do seu artigo 154 que “o traballador debe, en principio, realizar a súa prestación no lugar de traballo contractual definido...”. En efecto, ao ser un elemento esencial do contrato, o lugar de traballo debe resultar do acordo das partes, de xeito expreso ou tácito. Corresponde, polo tanto, ás partes definir, no contrato, o lugar de traballo, definición que tanto pode ser expreso como tácito. Tal definición pode, evidentemente, comportar unha marxe de incerteza e ambigüidade futura e de aí que a información sobre o lugar de traballo sexa unha das que o empregador debe facer constar por escrito. As partes poden definir o lugar de traballo con relativa amplitude: só a título de exemplo, o lugar de traballo pode definirse como calquera centro de traballo do empregador situado nun radio urbano de 50 quilómetros, nun concello ou área metropolitana ou mesmo en todo o territorio de Portugal ou no espazo comunitario. Repárese que se trata neste caso de cláusulas que definen o lugar de traballo e non das cláusulas de mobilidade propiamente ditas que se establecen no nº 3 do artigo 315 e que amplían a facultade do empregador de modificar o lugar de traballo durante a vixencia do contrato. Non obstante, é doado comprender que os seus efectos prácticos poden ser moi semellantes: compárese a cláusula pola cal se define o lugar de traballo como calquera centro de traballo do empregador nun determinado concello e a cláusula en que o traballador dá o seu previo consentimento a calquera traslado entre centros de traballo do mesmo concello. Hai que dicir, aínda que pareza superfluo, que polo feito de constar no contrato unha desas cláusulas (xa sexa as de definición do lugar de traballo, xa sexa as de mobilidade) non está automaticamente comprobada a súa licitude. Iso resultaría realmente paradoxal, principalmente nunha rama do dereito que naceu da constatación da profunda desigualdade que normalmente existe entre traballador e empregador –xa na propia fase precontractual, dada a asimetría de posicións que xeralmente existe entre o que busca e o que ofrece emprego– polo que haberá que coñecer o contexto concreto en que a cláusula se encadra. Cremos que tería que existir un interese lexítimo do empregador que a xustifique e que normalmente estará ligado ás funcións desempeñadas polo traballador. Ademais diso, haberá que determinar se a cláusula non é abusiva cando se encadra nun contrato de adhesión ou, en todo caso, froito de usura. Se unha empresa inclúe amplas cláusulas de definición do lugar de traballo ou cláusulas de mobilidade en practicamente todos os contratos de traballo que celebra e, en especial, en contratos con traballadores pouco cualificados, tales cláusulas con toda probabilidade son só pretextos para crear artificialmente situacións de incumprimento con respecto a aqueles traballadores dos que no futuro poida pretender prescindir. Tamén será necesario verificar, pola nosa parte, se a cláusula non remata por determinar variacións noutros aspectos do contrato de traballo que non só non poden ser alterados unilateralmente polo empregador, senón que só excepcionalmente poden ser modificados por acordo –pénsese na eventualidade de que se verifique, de feito, invocando a cláusula, unha redución da retribución gozada polo traballador.

De acordo con certa lectura –que, de feito, parécenos defendible– o nº 2 do artigo 154 expande aínda máis o lugar de traballo ao dispoñer que “o traballador atópase adscrito aos desprazamentos inherentes ás súas funcións ou indispensables á súa formación profesional”. Obsérvese que segundo está interpretación non hai lugar á aplicación dos artigos 315 e 316 (nin aparentemente das normas de procedemento previstas no artigo 317) nestes supostos, xa que non se trata, estritamente, do exercicio do poder unilateral do empregador de modificar o lugar de traballo, senón de esixir que o traballador se desprace ou se presente noutro punto dentro do seu lugar de traballo. O resultado non deixa, sen embargo, de resultar paradoxal: unha orde para que o traballador reciba formación profesional nun lugar distinto daquel en que realiza a prestación non tería que darse, segundo isto, cunha antelación mínima de oito días (como calquera traslado temporal), nin por escrito. O ámbito de aplicación do precepto tamén é dubidoso: cabería preguntarse se se aplicará a unha situación de *ius variandi* cando as funcións temporalmente esixidas (por exemplo, as de caixeiro-viaxante) corresponden a un lugar de traballo máis amplo.

II. MODIFICACIÓN

O lugar de traballo definido no contrato, expresa ou tacitamente, pode ser modificado posteriormente: por consenso das partes, como é obvio, pero tamén por alteración unilateral do empregador. Trátase neste caso dunha facultade excepcional que parece representar unha excepción ao principio *pacta sunt servanda*, pero que se comprende pola vocación duradeira do contrato de traballo e pola necesidade deste contrato de adaptarse, na súa execución, a circunstancias que se poden alterar significativamente, sendo preferible a adaptación do contrato á súa extinción.

O artigo 315 prevé dous supostos distintos en que o empregador pode modificar unilateralmente –trátase, na nosa opinión, do exercicio dun dereito potestativo modificativo– o lugar de traballo.

De acordo con iso, o empregador pode modificar o lugar de traballo (“trasladar ao traballador a outro lugar de traballo”) cando o interese da empresa o esixa e se ese traslado non ocasiona prexuízo serio ao traballador. O concepto de “interese da empresa” é, como xa se mencionará ao tratar do *ius variandi* funcional, extremadamente controvertido, xa que se para algúns pode falarse dun interese común ao empregador e aos traballadores, aínda que de natureza instrumental, para outros non hai aquí ningún colectivo susceptible de ter un interese propio, sendo a referencia ao interese da empresa, a fin de contas, unha referencia ao interese do empresario. Mesmo así, tal referencia pode ser útil para evitar a ilicitude de calquera decisión arbitraria, caprichosa, irracional do empregador ou determinada por motivos persoais, alleos á empresa. Ten que tratarse, polo tanto, dunha decisión que poida explicarse en termos dunha racionalidade de xestión –o que, de feito, está de acordo coa

necesidade de fundamentación prevista no artigo 317 para calquera traslado– e non dunha decisión tomada por riba e sen a necesaria reflexión (obsérvase que a redacción literal do nº 1 do artigo 315 di mesmo que o interese da empresa debe “esixir” o traslado). A lei italiana (artigo 2103 do Códice Civile) remítese a “comprobadas causas técnicas, organizativas e produtivas” e consideramos que no esencial as devanditas causas tamén poden ser alegadas entre nós para fundamentar a decisión.

A necesidade da empresa e as xustificacións presentadas deben valorarse atendendo ao eventual prexuízo que o traballador trasladado poida sufrir. Un traslado tanto pode non ocasionar ningún prexuízo ao traballador (mesmo pode beneficialo), como ocasionarlle un prexuízo máis ou menos grave en función da situación concreta. Un aumento significativo no tempo empregado nos desprazamentos, a circunstancia de non poder acudir rapidamente á casa cando se teñen familiares gravemente enfermos a cargo, por exemplo, poden ter un efecto seriamente perturbador na vida persoal do traballador. Desafortunadamente, a nosa lexislación non previu de forma expresa neste terreo –ao contrario, por exemplo, da lexislación italiana– situacións en que o traballador tivese dereito a rexeitar o traslado por razóns familiares, correspondendo á xurisprudencia apreciar as razóns aducidas polo traballador para negarse ao traslado. Aínda cando o prexuízo serio consista normalmente nun prexuízo na vida de relación do traballador, temos que considerar o suposto de que tal prexuízo sexa doutra índole, por exemplo, patrimonial, como sucederá cando se pretenda trasladar a un traballador que recibe comisións en función do produto das súas vendas a outra zona onde previsiblemente os ingresos serán sempre moito menores.

Por moito que a cuestión sexa controvertida, parécenos que o que está en xogo é se debe esixirse o sacrificio tendo en consideración, dun lado, o interese da empresa e, do outro, a intensidade do prexuízo para o traballador. No que se refire á distribución da carga de alegación e proba, seguimos sostendo a posición que sempre defendemos: a inexistencia de prexuízo serio do traballador constitúe un presuposto constitutivo do exercicio do dereito potestativo de modificar o lugar de traballo por parte do empregador, correspondendo a este último alegar e probar, na parte que controla, a inexistencia de prexuízo serio.

O empregador pode, igualmente, trasladar ao traballador cando ese traslado é o resultado do “cambio, total ou parcial, do centro de traballo onde aquel presta servizo” (nº 2 do artigo 315). Neste caso, o nº 4 do artigo 315 prevé que “o traballador pode resolver o contrato, se houberse prexuízo serio, tendo nese caso dereito á indemnización prevista no nº 1 do artigo 443”. O réxime do Código é, nesta materia, substancialmente distinto do da lexislación anterior e menos favorable ao traballador. Efectivamente, a LCT prevía que no suposto de traslado motivado por cambio total ou parcial do centro de traballo o traballador podía rescindir o contrato e tería dereito a ser indemnizado, coma se fose despedido, tendo a entidade patronal que probar a que o traballador non sufría prexuízo serio para evitar pagar a indemnización.

Actualmente, pola contra, parece claro que a existencia dun prexuízo serio é o presuposto, neste caso, do dereito de resolución do traballador –podíase lexitimamente dúbida que así fose na lexislación anterior– e do dereito a indemnización (ou quizais se debería falar máis ben, na terminoloxía xeralmente utilizada cando non hai culpa do empregador, de compensación), polo que a carga da proba do prexuízo serio parece corresponder ao traballador. Destáquese, tamén, que non habendo, en principio, culpa algunha do empregador na decisión de cambiar o lugar do centro de traballo, non se comprende doadamente a referencia ao artigo 443.1 –non habendo aquí nin ilicitude nin culpa na decisión do empregador nos parece que o único criterio ao que o Tribunal poderá atender na determinación da contía da indemnización entre os quince e os corenta e cinco días de retribución de base e antigüidade será ao valor da retribución (*vide* artigo 439 ¿aplicable por analoxía?).

Se a nosa interpretación fose correcta, no que respecta ao diferente réxime probatorio do prexuízo serio nos supostos do nº 1 e do nº 2 do artigo 315, haberá que prestar particular atención á xustificación presentada para a elección dos traballadores que serán trasladados como consecuencia de cambio parcial do centro de traballo. A iso engádesse que o artigo 457.1 do Código do Traballo esixe o acordo do traballador cando se trate dun representante dos traballadores, salvo que o traslado sexa consecuencia de cambio total ou parcial do centro de traballo no que aquel presta servizo.

O nº 3 do artigo 315 establece que “por estipulación contractual as partes poden ampliar ou restrinxir a facultade conferida nos números anteriores”, ou sexa, a facultade de que o empregador altere unilateralmente o lugar de traballo. Será válida, pois, tanto a cláusula pola cal se estableza que o lugar de traballo non poderá variar sen o consentimento do traballador, como a cláusula pola cal se estableza que o traballador acepta anticipadamente ser trasladado a calquera lugar de traballo dentro dunha determinada área definida previamente. Xa chamamos a atención anteriormente sobre a necesidade de verificar se estas cláusulas tutelan intereses lexítimos do empregador ou se son abusivas ou usureiras.

O nº 4 do artigo 315 dispón que “o empregador debe custear os gastos do traballador ocasionados polo traslado e resultantes do aumento dos custos de desprazamento e do cambio de residencia”. O precepto ten o innegable mérito de deixar claro, na nosa opinión, que é o empregador quen deberá pagar o aumento de gastos de transporte resultantes do traslado, réxime que xa defendiamos fronte á lexislación anterior, pero que era cuestionado por algúns. Parécenos, de feito, da máis elemental xustiza que sexa o empregador quen soporte estes custos, xa que o cambio de lugar de traballo foi unha iniciativa súa –ou, máis ben, unha imposición– e no seu interese, non atopando razón ningunha para que o traballador deba soportalos do seu peto. Hai que recoñecer, non obstante, que o precepto ten, por outro lado, unha formulación bastante restritiva e pouco xenerosa, xa que, ao referirse tan só aos “custos de desprazamento” parece excluír, por exemplo, o aumento dos gastos de alimentación que poden ser maiores no novo lugar de traballo.

Non atopamos fundamento ningún á tese defendida por Pedro Madeira De Brito segundo a cal, a pesar da copulativa empregada no texto legal, nunca habería lugar ao pagamento simultáneo polo empregador do incremento dos custos de desprazamento e do custo de cambio de residencia. Agora ben, non vemos a razón de que esa situación non se poida producir: imaxínese que o traballador é trasladado a un novo lugar de traballo que se atopa no centro dunha gran cidade ou nunha cidade onde a vivenda é moi cara, polo que se ve forzado a mudarse aos arredores da devandita cidade, onde a vivenda é menos cara. A pesar do cambio de residencia pode ter que soportar maiores gastos de desprazamento dos que soportaba antes e non vemos fundamento algunha na lei para que non se lle paguen. Parece máis atractiva, polo menos nun primeiro momento, outra tese sustentada polo mesmo autor, a saber, a de que “obviamente (...) o recurso a criterios de boa fe pode impoñer o cambio de residencia ao traballador cando esa sexa a única forma de que non se volva demasiado onerosa a contraprestación do empregador e o aproveitamento da prestación que este realice”²⁸⁸. Sen embargo, mesmo neste caso temos reservas que ilustran ben como a boa fe se pode transformar nun “arma de dobre fio”... En primeiro lugar, porque a decisión de elección do domicilio, garantida polo artigo 8 da convención Europea dos Dereitos Humanos, é tan persoal que dubidamos que a boa fe impoña un deber de cambio de residencia atendendo aos intereses do empregador. En segundo lugar, e fundamentalmente, porque o traballador pode estar casado ou vivir con alguén e ha de ter en conta os intereses do seu cónxuxe ou compañeiro, mesmo no plano profesional. Do mesmo modo, pode ter fillos en idade escolar e terá que atender a factores como a calidade dos colexios ou a alteración do curso escolar dos seus fillos... Son só algúns exemplos de como o traballador pode actuar de perfecta boa fe ao optar por non cambiar de residencia.

III. TRASLADO TEMPORAL

O artigo 316 do Código do Traballo prevé o chamado traslado temporal. Segundo a nosa interpretación, o artigo 24 da LCT aplicábase tanto ao traslado definitivo coma ao temporal, non existindo ningunha lagoa legal a este respecto, nin necesidade de invocar os principios que rexen a materia do *ius variandi*, que suscita, de feito, cuestións moi distintas. O lexislador do Código optou por introducir un precepto específico, aínda que, para ser estritos, tres dos catro números do artigo 316 (os números 1º, 2º e 4º) apenas presenten diferenzas importantes respecto dos preceptos correspondentes do artigo 315 (respectivamente os números 1º, 3º e 5º) e o lexislador non precisaba de moita imaxinación para refundir os dous preceptos (en todo caso aforrariáase un artigo...)

288 PEDRO MADEIRA DE BRITO, *op. cit.*, páxinas 537-538.

En primeiro lugar, parece obvio que un traslado temporal tamén pode producir un prexuízo serio, aínda que xa anteriormente defendemos que o carácter temporal do traslado ten que ser un factor relevante á hora de determinar a existencia e a dimensión do prexuízo sufrido polo traballador.

O nº 3 do artigo 316 establece que en “a orde de traslado, ademais da xustificación, debe constar o tempo previsible da modificación [do lugar de traballo], que, salvo condicións especiais, non pode exceder de seis meses”. O lexislador quería restrinxir a casos excepcionais –aqueles en que se verifican as mencionadas “condicións especiais”– os traslados temporais por período superior a seis meses. Pero en realidade trátase só de indicar na orde o “tempo previsible da modificación” polo que subsiste a dúbida sobre se unha entidade patronal poderá simplemente dicir que se equivocou na previsión para prolongar o traslado máis alá do período orixinarialmente indicado. Polo menos no que se refire a non superar os seis meses –¿e se o erro de previsión fose manifestamente serio, como cando se prevé quince días e o traslado prolóngase durante seis meses?– parece que a resposta é afirmativa (a pesar de que o prexuízo ao traballador se modifícase a medida que a dimensión temporal do traslado se fose dilatando). Máis alá do límite dos seis meses, parece que o empregador terá que invocar as referidas “condicións especiais” (é case innecesario subliñar o carácter indeterminado deste concepto) para prolongar a modificación do lugar de traballo.

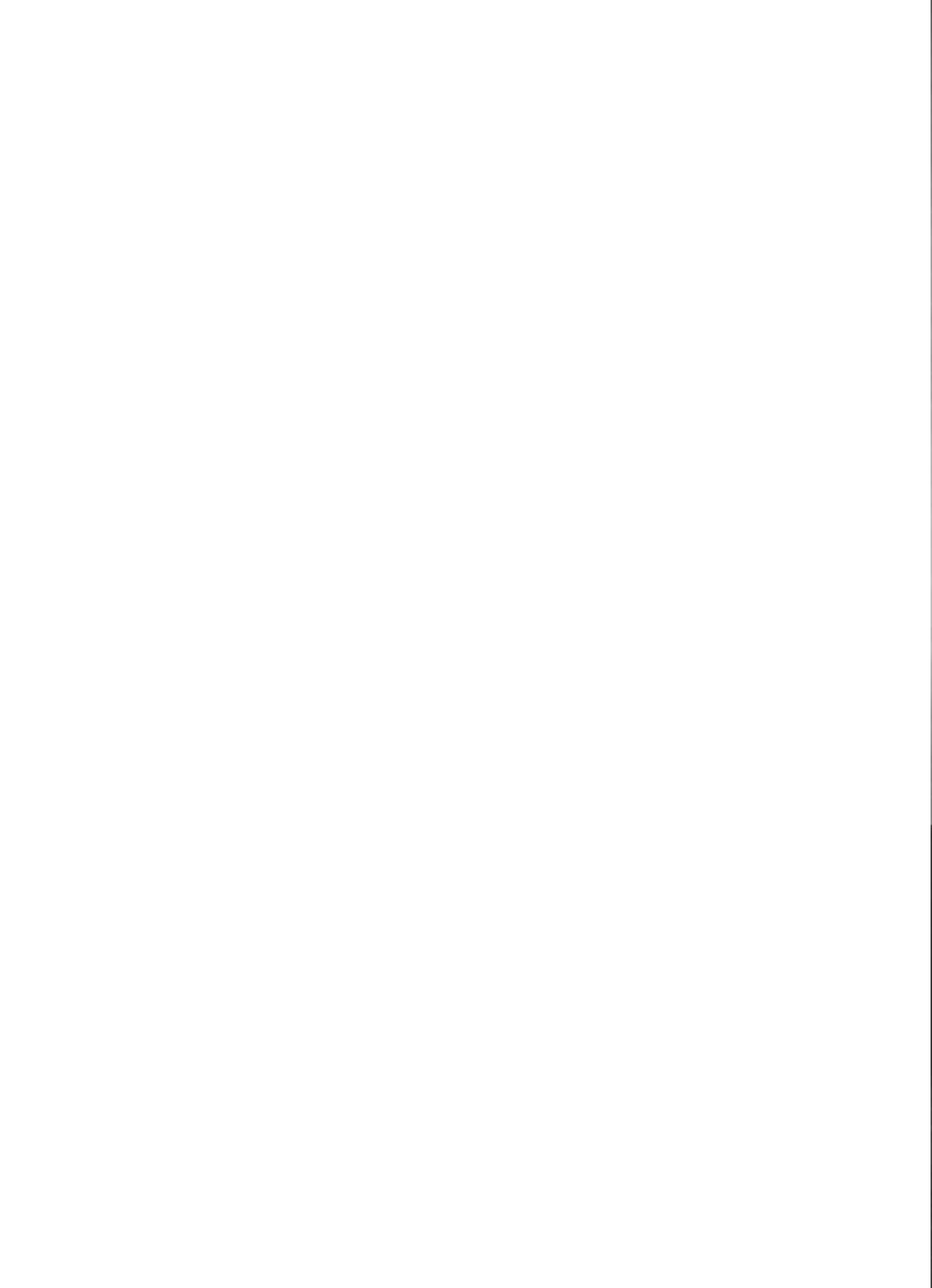
O artigo 316 só prevé, aparentemente, o traslado temporal individual. Pode, non obstante, crearse a necesidade dun traslado temporal determinado por un cambio temporal do centro de traballo (por exemplo, no caso de que as instalacións orixinais se pechasen por obras). Pedro Madeira De Brito propón que en tal suposto se aplique o réxime da mobilidade xeográfica previsto no artigo 315. parécenos unha boa solución, aínda que non consigamos resistirnos á pregunta: se se considerou conveniente dar autonomía ao traslado temporal no artigo 316 ¿non tería sido preferible que o mesmo regulase todos os traslados temporais, en vez de ter que remitirse ao artigo 315?

IV. PROCEDIMENTO

O artigo 317 veu a instituír un procedemento para o traslado que, de feito, parece aplicarse a todos os supostos de traslado, sexan ou non temporais e se baseen ou non no cambio de centro de traballo. O procedemento é unha técnica de control (e ata certo punto de limitación) dos poderes do empregador e parécenos loable que este deba dar a orde de traslado con certa antelación e que a orde se de por escrito e “debidamente fundamentada”. Se a orde non se dese por escrito, ou nela non constase ningunha fundamentación, consideramos que a mesma será ineficaz, non logrando modificar o lugar de traballo e podendo ser ignorada polo traballador –será o empregador quen entrará en amora se non acepta a prestación ofrecida no lugar

de traballo que non foi eficazmente alterado... Aínda que a lei non o diga expresamente, cremos que a citada fundamentación ten que estar suficientemente concretada ou detallada (non abondando, por exemplo, a mera alegación de que o traslado é “en interese da empresa”) para permitir o control por parte do traballador e eventualmente por un Tribunal e que o empregador non poderá invocar outros argumentos salvo aqueles aos que fai mención na orde escrita.

O inciso inicial do artigo 317 (“salvo motivo imprevisible”) parece aplicarse, fundamentalmente, a situacións en que o empregador non consiga dar o preaviso legalmente previsto. Nestes casos, mesmo se a orde é lícita porque existe, por exemplo, unha alteración imprevisible das circunstancias que non permitiu comunicala coa antelación normalmente esixible, pode que o traballador non estea en condicións de obedecer inmediatamente (principalmente cando o traslado sexa definitivo), correspondendo ao Tribunal valorar se o traballador obedeceu nun prazo razoable e coa necesaria dilixencia. En certos casos, a ausencia de preaviso poderá, non obstante, agravar o prexuízo sufrido polo traballador ata o punto de darlle unha intensidade tal que xustifique consideralo como serio. Seguindo a Pedro Madeira De Brito, cremos que a fundamentación presentada polo empregador debe, nestes supostos, incluír unha explicación ao incumprimento, pola súa banda, da antelación mínima legalmente esixida.





OBJECTO DO CONTRATO DE
TRABALLO/ *US VARIANDI*

CAPÍTULO TERCEIRO

I. DETERMINACIÓN DO OBXECTO

Baixo o epígrafe “obxecto do contrato de traballo”, o nº 1 do artigo 111 do Código do Traballo establece que “corresponde ás partes definir a actividade para a que o traballador é contratado”. Nun contrato cuxo contido se subtrai en boa medida á dispoñibilidade das partes –pode ser totalmente imperativo ou só introducir cambios cando iso fose máis favorable para o traballador– esta determinación do obxecto pola autonomía negocial é mesmo un dos momentos máis intensos e significativos da expresión da devandita autonomía. Por moito que se trate dunha verdade elemental –unha verdade, dirán algúns e non sen razón, de Monsieur de La Palisse– é importante destacar que corresponde ás partes, e só a elas, determinar a actividade que o traballador se obriga a desempeñar, nunha reafirmación da orixe contractual da relación laboral. Ninguén pode dar consentimento en lugar das partes contratantes, nin determinar por elas as prestacións ás que reciprocamente se obrigan. É fundamental subliñar que o principio de que a relación laboral se sustenta nun contrato e que este, como calquera outro, delimita as obrigas das partes, representa un principio extremadamente avanzado e actual.

Outro aspecto, acaso igualmente obvio, pero que tamén queremos resaltar, é o de que a liberdade de que gozan as partes na determinación do contido funcional do contrato de traballo significa que un traballador con determinadas capacidade e aptitudes profesionais –o que en ocasións se designa como capacidade subxectiva²⁸⁹– pode, obviamente aceptar un contrato de traballo en que executará funcións moi distintas. De aí que tendamos a estar de acordo cos autores que consideran que a cualificación ou categoría subxectiva, como ás veces é designada, está na práctica desprovista de relevancia xurídica, polo menos no ámbito do obxecto do contrato de traballo.

289 É a terminoloxía utilizada por ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Reflexões sobre a categoria profissional (a propósito do Código do Trabalho)*, Estudos de Direito do Trabalho en Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea, Almedina, coord. por António Monteiro Fernandes, Coimbra, 2004, páxinas 123 e segs., páxina 130, na liña de BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER. Trátase dunha terminoloxía que non imos adoptar, xa que a consideramos un factor engadido (e innecesario) de complexidade, que, ademais, non ten correspondencia ningunha coa lei, xa que se trata dunha clasificación meramente doutrinal. En efecto, o autor distingue entre a categoría subxectiva (“as aptitudes técnico-profesionais do traballador ou, mesmo, unha posición singular no mercado de traballo”), a categoría contractual (o conxunto de funcións para as que foi contratado), a categoría real (“o conxunto de tarefas que o traballador efectivamente executa”), a categoría empresarial (“unha determinada posición na organización patronal ou un posto de traballo do respectivo cadro”) e a categoría normativa (“un determinado perfil profesional definido no convenio colectivo aplicable e que se traduce nun específico tratamento remunerador”). Agora ben, a categoría subxectiva só parece ser relevante na medida en que é asumida polas partes do contrato: se o licenciado en dereito é contratado como porteiro, ¿tería empregador que considerar na execución do contrato e no exercicio do poder de dirección as aptitudes do traballador como xurista? Tampouco vemos de grande interese distinguir a categoría “real” dentro da contractual: parece continxente a circunstancia de que o traballador estea nun determinado momento realizando certas funcións comprendidas na actividade contratada. Pero, sobre todo, a linguaxe empregada suscita dúbidas: ¿a categoría contractual é menos real? ¿é menos normativa? ¿por qué a categoría relativa ao factor organizativo denomínase “empresarial” –só hai organización nas empresas?

A maior parte da doutrina parece considerar que o obxecto do contrato de traballo é indeterminado, aínda que determinable. En efecto, son moitos os que consideran que o traballo, a prestación de *facere* a que o traballador se obriga, está afectada *ab initio* por certa marxe de indeterminación, aínda que limitada e circunscrita. Cabería, non obstante, preguntarse se a obriga do traballador non será semellante ao fenómeno que se produce nas obrigas alternativas: o traballador obrígase a un abano de funcións, correspondendo ao empregador concretar cal é a función que nun determinado momento debe desempeñar o traballador. De feito dado o crecente grao de autonomía de moitos traballadores por conta allea, esta conformación ou concreción da prestación é, ás veces, delegada no propio traballador. En todo caso, abunda, como se sabe, para que exista contrato de traballo a posibilidade de exercicio do poder de dirección polo empregador.

Existe nesta materia unha confusión persistente que parece ser resultado, en parte polo menos, dunha multiplicidade lingüística e da utilización de expresións que ora teñen varios sentidos, ora superpóñense, non deixándose desentrañar doadamente. O propio Código fala de funcións, actividade, categoría e posto de traballo. Como vimos, corresponde ás partes, de acordo co nº 1 do art. 111, definir cal é a actividade debida polo traballador e que corresponde ao obxecto do contrato. En certo sentido, pode falarse dunha categoría contractual, que non é outra cousa que a actividade á que o traballador se obriga e as funcións nela comprendidas. Sucede, non obstante, que ao ser o contrato de traballo un contrato para o cal non se esixe, xeralmente, forma escrita, o acordo das partes exprésase ás veces tacitamente ou por feitos concluíntes, ao que se engade, por outro lado, que o contrato de traballo é con frecuencia un contrato de adhesión. Diso resulta que, ás veces, haberá que atender á actividade concretamente desempeñada polo traballador para ter unha idea do acordo real das partes en canto ao obxecto do contrato; por outro lado, é frecuente ademais que o devandito obxecto, a actividade contratada, sexa descrito en referencia á categoría profesional que consta no contrato colectivo de traballo ou do regulamento interno (cfr. artigo 111.2 e artigo 151.2). O feito de que o obxecto do contrato sexa ás veces, por economía de medios ou comodidade, descrito en referencia a outro concepto de categoría, externo ao contrato, foi fonte de confusións e equívocos persistentes. En efecto, a clasificación dos traballadores en categorías, feita nos convenios colectivos e nos regulamentos internos das empresas, en especial das medianas e grandes empresas, faise con outra finalidade, aínda cando manteña puntos de contacto coa categoría contractual. A nivel das relacións colectivas, hai que destacar a existencia de sindicatos de categoría en que un grupo de traballadores, en parte pola similitude das actividades desempeñadas, é portador dun interese colectivo común. As clasificacións de categorías realizadas polos convenios colectivos pretendían agrupar traballadores, xa sexa para definir unha carreira profesional, xa sexa para homoxeneizar tratamentos retributivos. Tratábase, como é evidente, dun concepto de categoría teleolóxicamente distinto, pero que parece terse gradualmente confundido ou imposto como propio obxecto do contrato, a medida que se foi difundindo a técnica da referencia. En realidade e como recentemente decidiu o Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea o feito

de que varias actividades consten na mesma categoría do convenio colectivo non implica necesariamente que estas sexan traballo igual ou de igual valor.

En certo sentido, polo tanto, a actividade contratada nunca representou esa coiraza ríxida que algúns autores denuncian. Esa rixidez resulta, de feito, da converxencia de dous fenómenos: a confusión entre a “categoría contractual” ou, máis ben a actividade contratada, e a categoría do convenio colectivo, así como o feito de que, debido á especialización crecente propia do sistema *taylorista*, as categorías dos convenios colectivos comezaron a estreitarse, ata o punto de que describen só unhas cantas funcións (ademais de que moitas categorías se diferencian por outros factores que non son a diversidade funcional, como a antigüidade e mesmo, no pasado, de modo claramente discriminatorio, o propio sexo dos traballadores). Foi esta verdadeira “esclerose”²⁹⁰ da clasificación das categorías dos convenios colectivos, asociada a un [case] ilusorio dereito á categoría o que xerou unha auténtica e perniciosa rixidez nesta materia. O que se pretende expresar co famoso “dereito á categoría” é tan só o seguinte: ante todo o traballador ten dereito –e parece tratarse dun verdadeiro dereito e non só dun interese lexítimo – a exercer funcións correspondentes á actividade para a que foi contratado. O Código no nº 1 do artigo 151 utiliza outra formulación, ao dispoñer que “o traballador debe, en principio, exercer funcións correspondentes á actividade para a que foi contratado”, pero, máis que un específico deber do traballador, significa que o traballador debe, a fin de contas, realizar aquilo ao que se obrigou e esas son as funcións que o empregador lle debe esixir. Trátase, no fondo, de cumprir o contrato, tal como foi acordado. Iso significa, dende logo, que, a non ser nos estritos límites do *ius variandi* previsto no art. 314, límites de entre os que queremos destacar, neste momento, o seu carácter temporal e a prohibición de modificación substancial da posición do traballador, o empregador non pode esixir ao traballador funcións non incluídas no obxecto do contrato, e ás que este, a fin de contas, non se obrigou. Fóra disto, de entre as diversas funcións que teñen cabida no obxecto do contrato, na actividade para a que foi contratado, o empregador debe atender á profesionalidade do traballador (“ás súas aptitudes e cualificación profesional”) ao concretar as funcións que lle vai esixindo (nº 5 do art. 151).

Pode afirmarse así mesmo que o traballador ten, finalmente, dereito a que as funcións que exerce, a título definitivo, teñan cabida no obxecto do seu contrato de traballo. De feito, na determinación deste obxecto haberá que atender, de acordo co principio da realidade que domina o dereito do traballo, ás funcións concretamente exercidas e non a aquelas que as partes eventualmente dixeran que o traballador ía desempeñar. Na nosa opinión, neste contexto debe tamén interpretarse o nº 2 do artigo 313, segundo o cal “salvo disposición en contrario, o traballador non adquire a categoría correspondente ás funcións que exerza temporalmente”. Para falar aquí da adquisición dou-

290 FRANCISCO PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, *op. cit.*, páxina 377. O autor fala tamén da substitución progresiva dos sistemas de clasificación profesional tradicionais, por sistemas de avaliación dos postos de traballo.

tra categoría debe, claro está, tratarse de funcións non incluídas na categoría orixinal. Pero se un traballador desempeña, sen que se reúnan os requisitos do *ius variandi* ou, mesmo, desatendendo o establecido no artigo 317 e no seu respectivo procedemento e sen que haxa ningún motivo imprevisible, funcións non incluídas no obxecto do contrato, tal circunstancia terá que ser tida en conta para determinar se houbo ou non correspondencia entre o que as partes dixeran que era o obxecto e a realidade da execución do contrato ou se houbo unha modificación dese mesmo obxecto²⁹¹. Temos que recoñecer, sen embargo, que ese case mítico “dereito á categoría” pode indicar algo máis que a necesidade de respecto polo obxecto do contrato. Ante todo porque o conxunto de funcións que poden ser esixidas ao traballador acaba por asociarse a certa posición deste na organización en que está incluído, sexa a nivel xerárquico ou a nivel da complexidade das súas tarefas, posición que é relevante, como veremos, no *ius variandi*, xa que tamén aí se coloca o límite da modificación substancial da posición do traballador. Deste modo, a través da tutela do obxecto do contrato e da actividade á que o traballador se obrigou polo contrato, poden tutelarse indirectamente intereses do traballador asociados á posición que ocupa nunha organización dada, ao prestixio de que goza e mesmo intereses relacionados coa súa profesionalidade, tales como o recoñecemento do carácter especializado da súa actividade.

II. MODULACIÓNS

Hai que recoñecer, non obstante, que o Código veu dalgún modo a ampliar o obxecto do contrato de traballo. Efectivamente o nº 2 do artigo 151 dispón que “a actividade contratada, aínda que descrita por referencia á categoría profesional de IRCT ou regulamento interno de empresa, comprende as funcións que lle son afíns ou funcionalmente vinculadas, para as que o traballador teña a cualificación profesional axeitada e que non impliquen desvalorización profesional”, engadíndose no nº 3 que “salvo réxime en contrario de IRCT, considéranse afíns ou funcionalmente vinculadas, principalmente, as actividades comprendidas no mesmo grupo ou carreira profesional”. Así, en principio, a actividade acordada –ou, segundo outros, a categoría contractual, nunha terminoloxía que, na nosa opinión, é susceptible de xerar aínda máis confusión– é máis ampla, en principio, que a categoría profesional do IRCT, abranguendo, polo menos, as actividades comprendidas no mesmo grupo ou carreira profesional.

Neste aspecto reside, quizais, unha das innovacións máis significativas do Código que, de feito, destácase na súa exposición de motivos onde se sinala que este levou a cabo unha “reformulación do concepto de actividade a prestar polo traballador” (punto VIII, a). Esta “interpretación” ou determinación do contido efectuada pola lei dunha remi-

²⁹¹ Unha vez máis, convén poñer atención ao que di GINO GIUGNI, *op. cit.*, páxinas 171-172: “a circunstancia obxectiva da permanencia en funcións superiores, cando o carácter provisional ou temporal da ocupación non é evidente por outros indicios, xera unha situación equivalente a unha manifestación de vontade modificativa da relación”.

sión ou referencia que o contrato individual de traballo poida facer ao convenio colectivo non deixa, na nosa opinión, de suscitar algunhas cuestións delicadas. Ante todo non se entende por qué o nº 3 do artigo 151, no suposto de que a actividade contratada sexa descrita por referencia á categoría profesional, establece que a actividade contratada engloba as actividades comprendidas no mesmo grupo ou carreira profesional (son as actividades afíns ou funcionalmente vinculadas, para os efectos do número anterior) coa única excepción de “réxime en contrario de instrumento de regulamentación colectiva de traballo”. ¿Queríase con isto evitar que as partes, cando no contrato individual de traballo remitan expresamente á categoría profesional do IRCT ou de regulamento interno, definan elas mesmas o que é afín ou funcionalmente vinculado ou limiten a extensión da actividade debida a todas ou a algunhas das actividades do grupo ou carreira profesional?²⁹² Pero ¿non corresponde, ao cabo, ás partes definir o obxecto do seu contrato de traballo? E, a fin de contas, poderían facelo sen usar a técnica da referencia á categoría profesional do IRCT ou do regulamento interno... Outro problema xorde cando o contrato de traballo é un contrato de adhesión. Dende logo, preguntámonos se un traballador que se vincula á proposta contractual contida no regulamento interno terá conciencia de que cando o potencial empregador afirma estar disposto a contratalo cunha determinada categoría profesional, está, en realidade, contratándoo para o exercicio de calquera actividade incluída nas categorías do mesmo grupo ou carreira e, posiblemente, mesmo de categorías profesionais inferiores a título permanente (a non ser que o artigo 313 represente indirectamente un límite, nos termos que máis adiante exporemos) ¿Terá o empregador polo menos deber de avisalo diso antes de que o candidato ao emprego acepte a súa proposta?²⁹³

292 Lémbrese que o artigo 5 do Código establece que “sempre que nunha disposición deste Código se determinase que a mesma pode ser modificada por instrumento de regulamentación colectiva de traballo, enténdese que non pode ser por cláusula de contrato de traballo”.

293 En todo caso o deber de información previsto nos artigos 97 e 98 incluírá, segundo creemos, esta información. É certo que aínda que o artigo 98.1.c), refírese á “categoría do traballador” e ás “características resumidas do seu contido”, creemos que esa información debe proporcionarse para que o traballador teña unha idea clara do obxecto do seu contrato e do que lle pode ser esixido, polo que deberá ser informado da posibilidade de que se lle esixan outras actividades (cfr., tamén, o nº 2 do artigo 98). Só así se respectará o espírito da Directiva 91/533/CEE do Consello do 14 de outubro de 1991, a cal no seu artigo 2.2.c), esixe que o traballador sexa informado do “título, grado, calidade ou categoría do posto de traballo que ocupa” ou da “descrición e características resumidas do traballo”. En todo caso, tal información non ten, como é sabido, que facilitarse antes da celebración do contrato, podendo facerse posteriormente, nos sesenta días seguintes ao inicio da execución do contrato (nº 5 do artigo 99). Repárese tamén que a información sobre a categoría e o seu contido non pode reducirse a unha mera referencia ás disposicións pertinentes da lei, do IRCT aplicable ou do regulamento interno da empresa (como resulta a *contrario* do artigo 98 nº 3 do Código que expresa a esixencia do artigo 2.3 da Directiva). E non é por casualidade que sexa así: a Directiva, en canto a certos aspectos esenciais da relación (como é, obviamente, o caso da actividade acordada), non se conforma cunha mera referencia ou remisión a textos legais, convenios colectivos e mesmo ao propio regulamento interno, porque o lexislador comunitario é consciente da importancia de garantir o coñecemento efectivo dos traballadores. O lexislador portugués procede exactamente ao contrario: parece partir da premisa de que cando un traballador celebra un contrato de traballo en que a actividade contratada é definida por referencia a unha categoría profesional debe saber que a referencia non inclúe só esa categoría senón, en principio, todas as comprendidas nesta carreira ou grupo profesional. Curiosa diferenza de actitude...

Se a resposta fose negativa, co argumento de que se supón que todos deben coñecer a lei, preguntámonos entón se servirá de moito, neste contexto, o disposto no artigo 96 sobre a aplicación do réxime das cláusulas contractuais xenerais aos aspectos esenciais dun contrato que non fora obxecto de negociación individual previa.

Estas disposicións son herdeiras das que, na lexislación anterior, consagraban a chamada polivalencia funcional, aínda que con diferenzas substanciais. Mentres que na polivalencia funcional prevista no réxime legal anterior existía unha actividade principal e as actividades afíns eran ou debían ser exercidas accesoriamente, a lei actual non parece, a pesar dalgunhas vacilacións na súa redacción²⁹⁴, impoñer que o exercicio das actividades comprendidas no mesmo grupo ou carreira profesional sexa accesorio.

Clarificouse tamén, en principio, e en ausencia de réxime en contrario do IRCT, o que debe considerarse afín ou funcionalmente vinculado. Infírese do Código do Traballo, en concreto do nº 2 do art. 151, que para a determinación do obxecto do contrato, isto é da actividade contratada, aténdase á tutela da profesionalidade, esixíndose que o traballador detente a cualificación profesional axeitada e que as outras funcións non impliquen desvalorización profesional.

O artigo 152 vén a establecer, á súa vez, que a determinación polo empregador do exercicio, “aínda que accesorio”, de funcións comprendidas no obxecto do contrato ás que corresponda unha retribución máis elevada confire ao traballador o dereito a esta mentres se manteña tal exercicio.

O artigo 313 suscita a cuestión de saber se se refire fundamentalmente á categoría contractual, ou sexa, ao obxecto do contrato ou, máis ben, á categoría profesional (que algunha doutrina cualifica de normativa), aquela que resulta da clasificación profesional do traballador, xeralmente, en convenio colectivo ou de regulamento interno. Parece que o propio lugar que ocupa no Código resolve a cuestión xa que, se fóra doutro modo, a norma debería constar no artigo 111 sobre o obxecto do contrato. Con todo, sempre se podería alegar que o artigo 111 define o obxecto inicial do contrato, en tanto que o artigo 313 respectaría os cambios sobrevidos dese obxecto. De aí a referencia, de feito, no nº 1, á categoría “para a que [o traballador] foi contratado”. Non obstante, como destaca Pedro Madeira De Brito, non só o Código cando utiliza a expresión categoría parece referirse sempre á categoría normativa, senón que todo indica que a propia redacción do precepto, ao falar de categoría “inferior”, está a considerar a referida categoría normativa. Sen embargo, a actividade contratada, segundo o disposto no artigo 151, aínda que descrita por referencia a unha categoría profesional, remata, en

294 En efecto, o nº 4 do artigo 151 fala do “exercicio das funcións accesorias”, pero pensamos que resulta do artigo 152 (“a determinación polo empregador do exercicio, aínda que accesorio...”) que as funcións diferentes (pero afíns ou funcionalmente vinculadas) daquelas que o traballador inicialmente exerceu, pero que lle son esixidas no exercicio do poder de dirección, aínda tendo cabida no obxecto do contrato, non teñen que ser exercidas accesoriamente.

principio, por abranguer todas as actividades (e acaso outras, dado o vocábulo “principalmente” utilizado polo nº 3 do artigo 151) comprendidas no mesmo grupo ou carreira profesional, e nestes poden incluírse categorías profesionais con diferente posición na xerarquía (“superiores e inferiores”). A cuestión que entón se suscita é esta: ¿poderá o empregador, a pesar do artigo 313.1, esixir permanentemente ao traballador o desempeño de tarefas que, aínda que correspondentes a unha categoría inferior á categoría profesional deste, teñen cabida no obxecto do contrato (na “categoría contratada”, por usar unha terminoloxía que, sen embargo, non é adoptada pola lei) por estar, supostamente, comprendidas no mesmo grupo ou carreira profesional? Poderíase dicir que si alegando que a finalidade do artigo 313.1 é só evitar a redución de categoría profesional, o descenso de categoría²⁹⁵. Aínda que tal interpretación sexa defendible, temos serias dúbidas de que corresponda ao alcance exacto do precepto. ¿Acaso esixir permanentemente actividades correspondentes a categorías inferiores non é tamén situar alguén en categoría inferior? Cremos que, a non ser que se adopte unha perspectiva estritamente nominalista, o artigo 313 non permitiría esixir permanentemente actividades correspondentes a categorías inferiores. De feito, o seu nº 2, parece seguir consagrando implicitamente a necesidade dunha correspondencia entre as funcións que o traballador exerce a título permanente e a súa categoría profesional.

III. CAMBIO DE CATEGORÍA POR NECESIDADES URXENTES OU ERICTAS

Por outro lado, parécenos que a posibilidade de cambio de categoría prevista no artigo 313.1, “imposta por necesidades urxentes da empresa ou por estrita necesidade do traballador”, coa aceptación deste e a autorización da Inspección Xeral de Traballo foi practicamente ignorada no noso país. Compréndese, dada a gravidade das consecuencias, que a lei rodee de especiais cautelas esta posibilidade de cambio de categoría *in peius* por acordo; a propia redacción literal da lei indica a necesidade de motivos graves ao referirse a “necesidades urxentes” da empresa e á necesidade estrita do traballador. De aí que en Italia, ao igual que en Portugal, non falte quen entenda que o acordo só será posible cando se trata dunha medida indispensable para a salvagarda do posto de traballo –xa que o contrato doutro modo finalizaría, por exemplo, por extinción do posto de traballo por causas obxectivas ou por caducidade resultante da imposibilidade definitiva, absoluta e sobrevida de que o traballador realice o seu tra-

²⁹⁵ Así, por exemplo, PEDRO MADEIRA DE BRITO, que parece considerar que “colocar en categoría inferior” é sinónimo de redución de categoría ao referirse á “prohibición de ser colocado en categoría inferior (descenso de categoría)” (*op. cit.*, páxina 528), por moito que, anteriormente, afirmara que “o que o presente artigo pretende previr é que a través dunha modificación [do] contrato acábese situando ao traballador en posición inferior na empresa ou desempeñando funcións de categoría inferior. Prohibese, deste modo, o descenso de categoría do traballador”. Pero, sendo así, parece subsistir a dúbida: o que se prohibe ¿é só o cambio de categoría profesional, a atribución dun outro *nomen*, ou tamén a situación en que mantendo a designación e o tratamento retributivo se pasa a esixir funcións correspondentes a categorías inferiores (aínda que sexa dentro do mesmo grupo ou carreira profesional)?

ballo, isto é, a actividade para a que foi contratado (isto para quen non entenda, como nós, que mesmo nese caso a boa fe e o respecto pola persoa da contraparte impoñen ao empregador que trate de verificar se non existe na súa organización un posto de traballo vacante onde poida utilizar a eventual capacidade que aínda exista para outras actividades)– ou da saúde ou integridade do traballador. Xustifícase unha interpretación tan esixente dado o teor claramente restritivo da lei, aínda que poden concibirse outras situacións en que o traballador teña un interese lexítimo que considere máis importante que a tutela da súa profesionalidade –por exemplo, cando está interesado no traslado a un lugar moito máis preto da súa residencia, para dedicar máis tempo á súa familia, mesmo a custa do sacrificio dun cambio de categoría– ou un interese profesional a medio ou longo prazo (pénsese na posibilidade de que o traballador se dese conta de que a actividade que realiza está condenada a desaparecer e que a súa experiencia profesional se tornará obsoleta, valéndolle máis cambiar de actividade ou de sector dentro da empresa mentres que está a tempo). Por iso comprenderíase unha visión máis aberta neste aspecto que a consagrada polo Código, sobre todo ao empregar a expresión claramente restritiva de “estricta necesidade” do traballador –aínda que rodeada, como dixemos, de cautelas fronte aos perigos que este tipo de acordos comporta, que van dende a usura ou abuso consciente da especial situación de vulnerabilidade en que o traballador pode atoparse, ata a posibilidade de camuflar, deste modo, verdadeiras descensos de categoría disciplinarios²⁹⁶.

En todo caso, esta actitude relativamente restritiva da nosa lexislación pode reflectirse en problemas e temáticas conexas tales como a posibilidade dunha novación obxectiva do contrato de traballo ou a renuncia a dereitos por parte do traballador.

IV. A MOBILIDADE FUNCIONAL

O artigo 314 do Código do Traballo continúa consagrando, baixo o epígrafe “mobilidade funcional”, o tradicionalmente designado *ius variandi*. Trátase da facultade

²⁹⁶ Provócanos moitos interrogantes o caso relatado por LUIGI NANNIPIERI en que se decidiu, en Italia (RGL 1997, II, 29), que non había fraude de lei no suposto en que un traballador cesou prevéndose a súa inmediata contratación posterior para desempeñar funcións inferiores. No citado caso, o director dun banco cesou e foi posteriormente contratado (como se acordara entre as partes) para exercer un cargo de categoría inferior e con responsabilidades menores tras verificarse unha grave infracción disciplinaria que sería causa xustificada de despedimento. Este acordo se insire dentro do que noutros ordenamentos se denomina despedimento modificativo ou sexa, unha situación en que a modificación do contrato xorde como alternativa á extinción ou cesamento deste. Comprendemos a solución do Tribunal italiano porque máis lle valía ao traballador ter ese emprego que ningún e a causa xustificada de despedimento parecía efectivamente existir. Non obstante, suscítanse algunhas interrogacións: ¿o resultado práctico así conseguido non é, a fin de contas, similar a unha sanción disciplinaria de descenso de categoría, sanción prohibida polo noso ordenamento? ¿E será válido este acordo mesmo ante a sospeita dunha infracción cuxa existencia e gravidade non é finalmente examinada a fondo en procedemento disciplinario e co necesario expediente contradictorio?

recoñecida ao empregador de impoñer temporalmente ao traballador funcións que van máis alá do obxecto do contrato, funcións, polo tanto, “non comprendidas na actividade contratada”.

Hai que destacar, dende logo, que o *ius variandi* permite ao empregador esixir a realización de tarefas que non constitúen o obxecto do contrato. Pode mesmo afirmarse que o *ius variandi* comeza onde o poder de dirección remata. Efectivamente, o poder de dirección inclúe a conformación da prestación debida dentro do obxecto do contrato, mentres que o *ius variandi* confire a posibilidade, como se dixo, de encomendar, aínda que sexa temporalmente, ao traballador tarefas para as cales non foi contratado. O *ius variandi* corresponde, pois, a un poder de facer variar unilateralmente a prestación debida, estendéndoa a comportamentos que, en principio, quedarían fóra dela o que, na nosa opinión, pon ao descuberto o seu carácter excepcional. Para unha parte da doutrina trátase dun dereito potestativo e o seu exercicio materialízase nun negocio unilateral recepticio.

Para que o empregador poida recorrer a esta facultade é necesario que se cumpran varios requisitos: en primeiro lugar, é preciso que o interese da empresa o esixa. A expresión “interese da empresa” é, como temos destacado noutro lugar deste estudo, extremadamente controvertida, pero cremos que hai que darlle un sentido útil. Non se debe, en efecto, entender que o interese da empresa se confunde co interese subxectivo do empregador, baleirando dese modo a esixencia legal. A referencia ao interese da empresa ten como fin impedir comportamentos arbitrarios, irracionais, caprichosos e é quizais unha forma máis vehemente de subliñar que o exercicio desta facultade debe obedecer aos consellos da boa fe e debe poder ser xustificadado (esixencia de xustificación que hoxe en día consta, de feito, expresamente no nº 4 do art. 314). Significa isto que non compete ao xuíz verificar se sería preferible tomar outras medidas en alternativa ao exercicio do *ius variandi* (contratar temporalmente a un traballador, esixir máis horas extraordinarias a outros...) nin, tampouco, se pronunciar sobre a bondade técnica das solucións de xestión atopadas; si será competencia do xuíz verificar se existen efectivamente causas técnicas e organizativas e un nexo causal entre estas e a decisión de cambio temporal de funcións.

O cambio de funcións esixido será temporal –o nº 4 do artigo 314 di mesmo que a orde debe indicar o tempo previsible do cambio– aínda que a lei non defina o que é temporal para estes efectos. Outro requisito ou presuposto é o de que o cambio non debe implicar “modificación substancial da posición do traballador”. O Código mantén unha expresión tradicional na nosa lexislación que parece estar inspirada na primeira versión do art. 2103 do Código Civil italiano, anterior ás modificacións que en materia de *ius variandi* veu a introducir o Statuto dei Lavoratori en 1970. Trátase dunha expresión desafortunada e cuxo alcance non é pacífico. Hai autores que entenden que o límite da esixibilidade das funcións consiste na equivalencia entre

estas: as funcións esixidas no ámbito da mobilidade funcional deberían ser equivalentes á actividade contratada, baixo pena de verificarse a modificación substancial da posición do traballador. Xa nos parecía que esta interpretación era excesiva respecto da lei anterior e da polivalencia nela consagrada: en realidade, acababa por só se permitir no *ius variandi* aquilo que xa era permitido pola polivalencia, cando o *ius variandi* equivale a unha modificación transitoria, o que non se pode dicir, polo que parece, da polivalencia funcional. Agora que o art. 151 establece que a actividade contratada “comprende as funcións que lle sexan afíns ou funcionalmente vinculadas” (nº 2) entendemos que non se esixe na mobilidade funcional a equivalencia de funcións. O *ius variandi* permite, aínda que transitoriamente, a esixencia de funcións non comprendidas no obxecto do contrato, o que significa, na nosa opinión, funcións que non son propiamente equivalentes. O xuízo sobre a modificación substancial da posición do traballador debe facerse en cada caso concreto, podendo mesmo atender a varios parámetros: entre eles, por suposto, a intensidade do interese da empresa e a duración previsible das novas funcións. A prestación requirida debe esixirse ao traballador en función da súa capacidade, incluíndo a fisiolóxica, e as funcións requiridas non deben ocasionar, por exemplo, un agravamento significativo dos riscos aos que o traballador se expón por causa do contrato de traballo que celebrou. O exercicio temporal doutras funcións tampouco debe ser humillante ou vexatorio; por outro lado, e aínda que a lei non refira aquí, ao contrario do que sucede no artigo 151, a necesidade de que o traballador detente a cualificación profesional axeitada e non sufra desvalorización profesional parécenos que tales requisitos ou esixencias deben aplicarse tamén no contexto da mobilidade funcional, aínda que tendo en conta a natureza transitoria desta e coas adaptacións que se impoñen polo maior alcance das funcións esixibles. Deste modo, a esixencia de funcións non comprendidas na actividade contratada debe corresponderse dalgún modo coa profesionalidade do traballador –ou, polo menos, se se lle encomendasen funcións para as que carece de formación tal formación terá que proporcionárselle en tempo de traballo– e o exercicio desas funcións transitorias non debe prolongarse de maneira que se desvalorice profesionalmente ao traballador (o que pode suceder, por exemplo, nunha modificación *in peius*).

De acordo co nº 3 do art. 314 o exercicio do *ius variandi* non pode implicar diminución da retribución, tendo o traballador, ademais, dereito a gozar das vantaxes (e, polo tanto, non só das vantaxes retributivas) inherentes á actividade temporalmente desempeñada. Deste modo, se un traballador que gozaba de comisións polo produto das vendas pasa a exercer funcións en que non existe a posibilidade de recibir tales comisións, haberá que garantirlle polo menos o mantemento do volume medio das comisións anteriormente recibidas.

A lei establece tamén que “por estipulación contractual as partes poden ampliar ou restrinxir a facultade conferida no nº anterior” (nº 2 do art. 314).



SEGURIDADE, HIGIENE
E SAÚDE NO TRABALHO

CAPÍTULO CUARTO



I. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR E DEBERES DO TRABALLADOR

A responsabilidade da organización das actividades de seguridade, hixiene e saúde no traballo incide primordialmente sobre o empregador, como resulta dos artigos 272, 273.1 e 276. De acordo co art. 272.3 o empregador deberá executar medidas preventivas en todas as fases de actividade da empresa, entre as que se atopan a planificación e organización da prevención de riscos profesionais, a eliminación dos factores de risco, a avaliación e control de riscos profesionais, a información, formación, consulta e participación dos traballadores e os seus representantes e a promoción e vixilancia da saúde dos traballadores. Sen embargo, non lle corresponden obrigas nesta materia só ao empregador. Tamén o traballador ten unha serie de obrigas xerais previstas no art. 274 do Código do Traballo, entre as que se contan o cumprimento das prescricións de seguridade, saúde e hixiene no traballo e o respecto polas instrucións do empregador nese campo, o deber de velar pola propia seguridade e saúde, así como pola de terceiros, de utilizar correctamente e segundo as instrucións transmitidas polo empregador as máquinas, aparatos, instrumentos e substancias perigosas e outros equipos, principalmente os de protección, así como deberes de cooperación co empregador, de comunicación inmediata ao superior xerárquico ou aos traballadores encargados das actividades de seguridade dos perigos que detecte ou de defectos nos sistemas de protección (máis concretamente de avarías e deficiencias susceptibles de orixinar perigo) e, en caso de perigo grave e inminente, se o traballador non puidese establecer contacto inmediato co superior xerárquico ou os responsables da seguridade, poderá adoptar as medidas axeitadas á situación, que poden, no caso de perigo grave e inminente, dar dereito ao traballador a afastarse dunha situación de perigo propio ou de terceiros (dereito de abandono do posto de traballo ou dunha área perigosa). Os deberes dos traballadores de cooperar para que estea asegurada a seguridade, a hixiene e a saúde no traballo comprenden, de acordo co art. 255 da LECT, o deber de coñecer a información prestada polo empregador e o de comparecer ás consultas e exames médicos determinados polo médico de empresa. O nº 2 do art. 255 da LECT prevé un deber especial de cooperación dos traballadores con funcións de dirección e dos cadros técnicos cos servizos de seguridade, hixiene e saúde no traballo. O exercicio do dereito de abandono ou doutras medidas axeitadas para a propia seguridade do traballador ou de terceiros non debe implicar, segundo o nº 4 do art. 274 do Código do Traballo, ningunha carga financeira para o traballador, sen prexuízo da eventual responsabilidade disciplinaria e civil deste polo incumprimento culposo das súas obrigas.

II. DEREITOS DOS TRABALLADORES

A lei establece ademais que non se deben invocar eventuais obrigas dos traballadores no terreo da seguridade e saúde no traballo como pretexto para excluír a responsabilidade do empregador. A lei considera, igualmente o dereito á información e consulta dos traballadores, así como dos representantes destes na empresa, cen-

tro de traballo ou servizo. Para estes efectos a lei prevé que o traballador, mesmo a título individual, debe dispoñer de información actualizada sobre os riscos relacionados co seu posto de traballo ou función e en xeral coa propia empresa, centro de traballo ou servizo, así como as medidas e instrucións a adoptar en caso de perigo grave e inminente, medidas de primeiros auxilios, loita contra incendios e evacuación de traballadores en caso de sinistro. A devandita información debe proporcionárselle aos traballadores principalmente ao ingresar na empresa, ao cambiar de posto de traballo ou de funcións, ao introducir novos equipos de traballo ou ao modificar os existentes, ao adoptar nova tecnoloxía e cando se realizan actividades que implican a traballadores de varias empresas (nº 2 do art. 275.º). Os traballadores e os seus representantes poden presentar propostas dirixidas a minimizar riscos profesionais. Ademais, prevese o deber do empregador de consultar por escrito e polo menos dúas veces ao ano, previamente ou en tempo de traballo, aos representantes dos traballadores ou, en defecto destes, aos propios traballadores sobre un extenso elenco de materias en que destacamos a avaliación dos riscos, as medidas de seguridade, hixiene e saúde antes de ser levadas á práctica, a designación de traballadores que exercerán funcións en materia de hixiene e saúde, o material de protección, unha lista anual de accidentes de traballo mortais ou que ocasionen incapacidade para o traballo superior a 3 días laborables e as relacións de accidentes de traballo, así como o recurso a servizos exteriores á empresa ou a técnicos cualificados no que respecta ás actividades de seguridade, hixiene e saúde no traballo. Todas estas consultas, respostas e propostas deben, de acordo co art. 275.7, constar nun libro de rexistro. A lei prevé un sistema de representación específico en materia de seguridade, hixiene e saúde no traballo, con representantes elixidos (cfr. art. 277).

A lei prevé igualmente o dereito á formación adecuada dos traballadores en materia de seguridade, hixiene e saúde no traballo, atendendo ao posto de traballo e ao eventual exercicio de actividades con risco elevado.

III. PAPEL DA INSPECCIÓN XERAL DE TRABALLO


Ademais das obrigas das partes, isto é, do empregador e do traballador, corresponden igualmente funcións en materia de seguridade, hixiene e saúde no traballo a institucións públicas, como a Inspección Xeral de Traballo, á que se lle recoñece principalmente a competencia para realizar investigacións en caso de accidente de traballo mortal ou con consecuencias particularmente graves, así como en situacións de enfermidade profesional. Prevese mesmo no nº 4 do art. 279 que os representantes dos traballadores en materia de hixiene, seguridade e saúde no traballo efectúen observacións con ocasión das visitas e fiscalizacións da Inspección Xeral de Traballo e soliciten a súa intervención se a actuación do empregador fose insuficiente para garantir a seguridade, hixiene e saúde no traballo.

IV. ORGANIZACIÓN DA PREVENCIÓN E REVISIÓNS MÉDICAS

A materia da seguridade, hixiene e saúde no traballo vén minuciosamente regulada nos artigos 205 a 283 da LECT (preceptos que corresponden ao capítulo XXI da LECT). É imposible, no espazo de que dispoñemos, analizar con detalle toda esta regulación. Mencionaremos soamente que a lei permite, por exemplo, ao empregador, na organización dos servizos de seguridade, hixiene e saúde no traballo na empresa optar polo mecanismo máis axeitado, xa se trate de servizos internos, servizos externos ou servizos interempresas (art. 213.1); a lei permite mesmo que o empregador opte por solucións diferentes en centros de traballo distintos e autoriza tamén a organización separada dos servizos de seguridade e hixiene e dos servizos de saúde (art. 213.4). En todo caso, a opción que o empregador eventualmente faga de servizos externos ou interempresas non o exime das súas responsabilidades. En canto aos servizos interempresas, o art. 222 da LECT prevé a posibilidade de que sexan creados por varias empresas ou centros de traballo para utilización común polos respectivos traballadores. En canto aos servizos internos, forman parte da estrutura da empresa, dependen do empregador e inclúen soamente aos traballadores que prestan servizo na empresa. En certos casos o empregador deixa de ter a opción entre os servizos internos, externos ou interempresas para pasar a estar obrigado a constituír servizos internos (será o caso dunha empresa ou centro de traballo que desenvolve actividades de risco elevado a que estean expostos polo menos 30 traballadores ou dunha empresa con polo menos 400 traballadores neste centro de traballo ou no conxunto dos centros de traballo que disten ata 50 quilómetros do de maior dimensión, sexa cal sexa a actividade desenvolvida).

A lei –art. 223 da LECT– distingue diferentes modalidades de servizos externos, como son os asociativos, cooperativos, privados e pactados podendo empregador adoptar outra modalidade se é previamente autorizado. Xeralmente, a utilización de servizos externos necesita dunha autorización, que se solicita a organismo do ministerio competente en materia de hixiene, seguridade e saúde no traballo (art. 225.1). No procedemento de autorización prevese a inspección das instalacións, equipos e utensilios pola Dirección Xeral da Saúde e pola Inspección Xeral de Traballo. O referido organismo do ministerio competente encárgase da dirección de toda a instrución do proceso; a autorización do servizo externo, a súa revogación ou alteración son decididas por un despacho conxunto dos ministros responsables en materia laboral e de saúde (art. 231.1). A lei prevé igualmente a actividade dos servizos de seguridade, hixiene e saúde no traballo, subliñando as súas funcións de prevención, información e formación, así como de avaliación do risco, análise dos accidentes de traballo e das enfermidades profesionais que sucedan, recollida e organización de elementos estatísticos e coordinación de inspeccións de seguridade sobre o grao de control e cumprimento das normas e medidas de prevención. A lei prevé tamén (art. 235 da LECT) que tales actividades técnicas deben ser realizadas por técnicos superiores ou técnicos-profesionais cualificados que as exercerán con autonomía técnica. No que se refire á saúde no traballo, o papel central corresponde ao médico de empresa (art.

238) que é en principio un licenciado en medicina con especialidade en medicina do traballo recoñecida pola Orde dos Médicos (art. 250.1) aínda que a propia lei prevé que excepcionalmente poderán exercer as devanditas funcións outros licenciados en medicina (véxanse os nº 2 e 3 do art. 250). O empregador debe promover a realización de revisións médicas (art. 239.1 da LECT) para verificar a aptitude física e psicolóxica do traballador para o exercicio da actividade, así como eventuais repercusións da actividade, e das condicións en que se realiza, na saúde do traballador. Deben realizarse, sen prexuízo doutras previstas en lexislación especial, revisións previas ao inicio da prestación laboral ou, no caso de urxencia na contratación, nos 15 días seguintes, revisións periódicas cada dous anos, salvo no caso dos menores e dos traballadores maiores de 50 anos que deberán realizar revisións anuais, e revisións ocasionais cando houbese situacións que impliquen alteracións substanciais nos compoñentes materiais do traballo que poidan repercutir de forma nociva na saúde do traballador, así como cando o traballador se reincorpore ao traballo tras unha ausencia de máis de 30 días por motivo de enfermidade ou accidente. O médico de empresa pode solicitar a realización doutras probas complementarias ou opinións médicas especializadas. Hai que destacar mesmo que o médico de empresa, ante o estado de saúde do traballador e para combater os riscos profesionais da empresa, pode reducir ou aumentar a periodicidade das revisións, debendo sempre ter en consideración o resultado doutras revisións ás que o traballador se sometera e que sigan sendo de utilidade. En canto ás observacións clínicas relativas ás revisións de saúde, anotaranse na ficha clínica do traballador (art. 241.1), ficha que deberá manterse en segredo (a ficha clínica está suxeita ao segredo profesional). De acordo co nº 3 cando o traballador deixa a empresa debe entregárselle, se o pide, unha copia da referida ficha clínica. A lei prevé igualmente que segundo o resultado do exame de ingreso o médico de empresa debe cubrir unha ficha de aptitude e remitir unha copia ao responsable dos recursos humanos da empresa. Sempre que a repercusión do traballo e das condicións en que se realiza fose nociva para a saúde do traballador, o médico de empresa debe comunicalo ao responsable dos servizos de seguridade, hixiene e saúde no traballo e, tamén, poderá solicitar ser acompañado por médico asistente. Sobra dicir que estas e outras informacións son confidenciais e están suxeitas a sxi-lo profesional por parte do médico da empresa (art. 243).



SUSPENSIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO

CAPÍTULO QUINTO



I. TIPOLOXÍA

O Código, tras establecer algunhas regras xerais sobre a suspensión (Subsección I da Sección IV do Capítulo VII) distingue entre as situacións de suspensión de contrato de traballo por feito referido ao traballador (Subsección II da Sección IV do Capítulo VII; artigos 333 a 334) e a suspensión do contrato de traballo por feito referido ao empregador (Subsección III da Sección IV do Capítulo VII: artigos 335 a 353), dentro da cal se distingue, á súa vez, entre as situacións de crise empresarial (División I da Subsección III) e as situacións en que se verifica o peche temporal do centro de traballo resultante de caso fortuíto ou de forza maior (art. 350) ou tamén de feito imputable ao empregador (art. 351). Finalmente regúlanse as licenzas (Subsección IV) e as situacións de prexubilación (Subsección V).

A sistematización do Código déixanos, non obstante, algunhas dúbidas; en primeiro lugar, poden existir situacións difíciles de encadrar na dicotomía feita referido ao traballador/ referido ao empregador. Así, se un traballador por conta allea fose designado como administrador da sociedade anónima para a que traballa parece que o seu contrato de traballo se suspende durante o exercicio destas funcións, pero ¿deberá entenderse que tal suspensión resulta dun acordo? Máis grave é a diversidade de réximes da suspensión por feito referido ao empregador en materia de procedemento: así, o Código regula con certa minucia o procedemento para a suspensión en caso de crise empresarial e a LECT (artigos 296 e segs.) regula o procedemento para o peche temporal por feito imputable ao empregador e, posiblemente, tamén por motivo do interese deste²⁹⁷, pero aparentemente non se ten que observar ningún procedemento no suposto de peche temporal por caso fortuíto ou causa de forza maior. Sublíñese, finalmente, que en certas situacións –por exemplo, na continxencia de cataclismo ou catástrofe– o empregador parece poder elixir entre recorrer ás normas sobre crise empresarial ou ao artigo 350, xa que as catástrofes están expresamente referidas no nº 1 do artigo 335. Nun caso terá que seguir un procedemento e someterse a obrigas de comunicación e negociación, mentres que no outro non estará suxeito, polo que parece, a ningún procedemento... Outra cuestión que se suscita é a de saber se as situacións de suspensión por crise empresarial son incompatibles co peche (¿total? ¿parcial?) do centro de traballo. Finalmente, obsérvase que o Código, ao igual que a lexislación que o precedeu, segue sen conter normas xerais sobre a eventual concorrencia de causas de suspensión: o centro de traballo pecha, e entre tanto o traballador enferma (ou viceversa); ¿o criterio a aplicar deberá ser estritamente cronolóxico?

²⁹⁷ O artigo 296.1 da LECT fala no seu texto só de peche temporal da empresa ou centro de traballo por feito imputable ao empregador, pero parécenos que o lexislador querería que este procedemento tamén se aplique no suposto de peche por motivo do interese do empregador. A lei reguladora tomaría a parte polo todo, mesmo atendendo ao epígrafe do artigo 351 do Código que se limita a mencionar o “feito imputable ao empregador”.

II. POR FEITO REFERIDO AO TRABALLADOR

En relación á suspensión do contrato de traballo por feito referido ao traballador, a lei determina que a suspensión do contrato se producirá sempre que se verifique un impedimento temporal por feito non imputable ao traballador que se prolongue por máis dun mes ou a partir do momento en que sexa previsible que o referido impedimento vai ter unha duración superior a un mes. En canto aos impedimentos non imputables ao traballador, o Código contén só unha enumeración exemplar, na que figura a enfermidade, o accidente, o servizo militar obrigatorio e a prestación social substitutoria. No suposto de impedimento temporal por feito imputable ao traballador, a suspensión do contrato de traballo só se producirá nos casos previstos na lei (nº 4 do art. 333).

Esta distinción entre feitos imputables e feitos non imputables ao traballador móstrase, non obstante, moi feble: o propio accidente, referido a título de exemplo pola lei como feito non imputable ao traballador, pode, dende un punto de vista naturalístico ou, mesmo, dende o punto de vista da responsabilidade civil, ser “imputable” ao traballador. Así, se o accidente se debeu a exceso de velocidade na condución ou a embriaguez por parte do traballador parece que non se debería negar a súa imputabilidade; de igual modo, se a incapacidade temporal para o traballo provén da necesidade de recuperarse de danos sufridos como consecuencia dunha tentativa de suicidio, parécenos que non sempre se podería estritamente afirmar que o impedimento non é imputable ao traballador. E, non obstante, nestes casos e noutros semellantes, a xurisprudencia e a doutrina –de feito, non só a portuguesa– tenden a considerar que o impedimento non debe ser imputable para estes efectos, debendo suspenderse o contrato de traballo, en lugar de verificarse, por exemplo, unha situación de faltas inxustificadas. Deste feito, algúns autores extraen un concepto específico de imputabilidade, segundo o cal un impedimento só será imputable ao traballador se se verificase “certo grao de intencionalidade dirixido á propia relación laboral, ou máis exactamente á creación dunha situación de impedimento”^{298 299}.

298 Así JOANA VASCONCELOS, *Anotação ao artigo 333.º*, Código do Trabalho Anotado de PEDRO ROMANO MARTINEZ *et alii*, 4.ª ed., Almedina, Coímbra, 2005, páxina 567.

299 Para MENEZES CORDEIRO, *Manual...*, páxina 769, unha tentativa de suicidio só xera unha situación de imposibilidade imputable ao traballador en termos laborais cando “a tentativa de suicidio tivese como fin xustamente poñer termo á relación laboral” e, do mesmo modo, se alguén fose encarcerado por un crime “colócase nunha situación de imposibilidade de traballar, salvo que se demostrase que buscou a prisión para non traballar”. Ademais da obvia dificultade de probar semellante intención, estamos de acordo en que os casos en que alguén comete un crime para ir a prisión e, por conseguinte, non traballar, parecen ser máis froito da imaxinación dos xuristas que supostos reais. De feito, certos casos de tentativa de suicidio, aínda cando se poida dicir que o fin último do suicida era poñer fin ao sufrimento asociado, por exemplo, ao mobbing de que é vítima no seu traballo –e, mesmo se poida dicir tamén que a súa finalidade era a extinción do contrato...– dificilmente xerarán unha imposibilidade imputable ao traballador.

Este tema foi discutido con particular intensidade na doutrina en relación ao suposto de prisión do traballador. Se, no referente á prisión preventiva cremos que, en virtude da presunción de inocencia do acusado, debe entenderse que é un impedimento por feito non imputable ao traballador, a resposta é máis delicada no suposto de prisión definitiva.

Unha parte substancial da doutrina portuguesa –aínda que non da xurisprudencia– pronunciouse no sentido de que tamén a prisión efectiva determina a suspensión do contrato de traballo por tratarse de feito non imputable, en sentido xurídico-laboral, ao traballador. Esgrímese, por un lado, a ampliación da propia noción de non imputabilidade ás situacións antes referidas, como a tentativa de suicidio ou o accidente de circulación causado pola elevada taxa de alcoholemia do traballador; pero á vez invócase que só así, evitando a perda do emprego, evitaríase unha especie de sanción accesoria non prevista por lei, ao que se engade que o mantemento do emprego estaría de acordo coa finalidade resocializadora da pena e facilitaría a reintegración do ex recluso.

Aínda que comprendemos os argumentos deste sector da doutrina, non compartimos a devandita interpretación e cremos que a prisión efectiva non debe ocasionar a suspensión do contrato de traballo. Por un lado, porque a ampliación da noción de non imputabilidade a situacións como a tentativa de suicidio ou a accidentes en que o traballador actuou con culpa é, xa en si, unha ampliación excepcional e por razóns de equidade que non parece corresponder propiamente a unha regra formulable en termos precisos e xeneralizable³⁰⁰. Por outro lado, o propio dereito penal coñece mecanismos para evitar a perda do emprego, a non ser en situacións límite: pénsese na prisión en réxime aberto ou na “aversión” do Código Penal a penas curtas de prisión. Deste modo, o problema formularase principalmente en relación a penas relativamente longas, debéndose subliñar que a suspensión do contrato de traballo non está sometida a límites temporais e que é moi dubidoso o intento de interpretar a imposibilidade definitiva subxacente á caducidade do contrato de traballo á luz do interese do acreedor: en realidade, a propia figura da suspensión do contrato de traballo ten como fin impedir que o acreedor alegue que perdeu o interese na prestación laboral e que, por iso, a imposibilidade temporal converterase en definitiva. É, polo tanto, altamente dubidoso, na nosa opinión, que o empregador poida esgrimir a

300 Finalmente, a extensión proposta dos casos de tentativa de suicidio do traballador e accidentes de circulación en que haxa culpa deste á comisión de crimes con resultado de prisión efectiva non é tan lineal. En relación á tentativa de suicidio non falta quen entenda que na súa base está normalmente unha situación de non imputabilidade transitoria ou pasaxeira do axente, ao que se engade que nin sequera é pacífico que un suicidio sexa un feito ilícito. En canto aos accidentes de circulación, por exemplo, considéralos non imputables ao traballador para os efectos de suspensión do contrato de traballo, aínda cando haxa culpa do traballador no accidente, dispénsanos de proceder a outras indagacións que poderían ser relevantes para determinar se, a fin de contas, o accidente non será tamén imputable ao empregador: longas horas de traballo ininterrompido, estrés, esixencias desmedidas por parte do empregador, son factores que poden contribuír á situación.

caducidade do contrato ante unha pena de prisión de 6, 8 ou 12 anos. Podemos recoñecer que así créase unha certa desharmonía entre o dereito penal e o dereito do traballo, pero preguntámonos se esa desharmonía non é, no fondo, inherente a un sistema que parece permitir a un potencial empregador esixir que un candidato calquera a un posto de traballo, engada ao seu currículo, por exemplo, [un certificado do seu rexistro criminal].

En Francia a doutrina mostra as mesmas vacilacións que entre nós. Un dos primeiros autores en defender a suspensión do contrato de traballo no suposto de prisión, mesmo efectiva, do traballador, foi Michel Roger³⁰¹. Non obstante, esa interpretación non parece ter tido éxito, dado que a suspensión só é recoñecida no suposto de prisión preventiva, en atención á presunción de inocencia de que se beneficia o detido.

De acordo co artigo 333.3, o contrato de traballo caduca no momento en que se volve certo que o impedimento é definitivo e non temporal (ou cando o impedimento se converte en definitivo). Por outro lado, o artigo 334 dispón que, no día inmediato seguinte ao do fin do impedimento, o traballador debe presentarse ao empregador para retomar a actividade, so pena de incorrer en faltas inxustificadas.

III. POR FEITO REFERIDO AO EMPREGADOR

1. SITUACIÓN DE CRISE EMPRESARIAL

O Código contén un tratamento específico para a redución das xornadas normais de traballo e, o que agora nos importa, a suspensión do contrato de traballo, sempre que

301 MICHEL ROGER, *Les effets de la délinquance d'un salarié sur son contrat de travail*, Droit Social 1980, páxinas 173 e segs. Xa na época en que o autor escribiu, a opinión dominante na doutrina e na xurisprudencia francesas, era a de que na prisión efectiva o motivo da non execución do traballo é imputable ao traballador. O autor, *op. cit.*, páxina 182, preguntábase acerca da bondade desta solución, en primeiro lugar no que dicía respecto ás penas de prisión de curta duración. A fin de contas, a prisión preventiva tamén suspende o contrato de traballo e a culpa do traballador non ten aquí ningunha conexión co traballo. De aí que o autor considerase que a pena de prisión de curta duración debería suspender o contrato. Non sería o mesmo nas penas de prisión de longa duración, pola necesidade de substitución definitiva do traballador, aínda que, mesmo en relación a estas, o autor acabase preguntándose se, nos supostos en que o crime non tivese ningunha relación co traballo, non sería preferible a suspensión do contrato. O Dereito do Traballo estaría, entón, máis próximo ao Dereito de Execución de Penas, inscribíndose nun movemento destinado a favorecer a resocialización dos detidos, posto que a existencia dun posto de traballo á espera do detido ten un claro efecto resocializador. Sobre o mesmo tema cfr., recentemente, e adoptando unha perspectiva bastante máis escéptica, J.Y.FROUIN, *L'incarcération du salarié et la relation de travail*, Revue de Jurisprudence Sociale, 2001, páxinas 3 e segs., que considera, seguindo a JEAN-EMMANUEL RAY, que a prisión representa un caso de incumprimento culposo das súas obrigas polo traballador, que o expón a sancións disciplinarias que poden chegar ao despedimento. A *Cour de cassation* decidiu, é certo, o 21 de novembro de 2000, que a prisión preventiva do traballador carrega a suspensión do contrato de traballo. Aínda que parece que debe defenderse unha solución diferente no suposto de prisión definitiva.

tales medidas se mostren indispensables para asegurar a viabilidade da empresa e o mantemento dos postos de traballo e se funden en “motivos de mercado, estruturais ou tecnolóxicos, catástrofes ou outras eventualidades que afectaran gravemente a actividade normal da empresa” (art. 335.1). Aínda que a lei non diga, como xa sucedía na lexislación anterior, que a suspensión dos contratos de traballo só se producirá cando a redución da xornada normal de traballo non fose suficiente, parécenos que segue valendo, no esencial, esta especie de prioridade entre as dúas medidas, dado que se esixe en cada unha delas a indispensabilidade para asegurar a supervivencia da empresa. Agora ben, se a redución temporal das xornadas normais de traballo fose suficiente, a suspensión dos contratos non será probablemente necesaria, “indispensable” para lograr a referida viabilidade da empresa. Obsérvese que neste caso a lei considera todo un procedemento en que o empregador terá que describir e demostrar os fundamentos que aduce para estas medidas; a esixencia dun procedemento e da obriga de información e de negociación a cargo do empregador contrasta curiosamente co silencio da lei a propósito do peche temporal do centro de traballo por caso fortuíto ou causa de forza maior (art. 350) en que non se require, aparentemente, ningún procedemento, abondando, polo que todo indica, que o empregador comunique aos traballadores a súa decisión de pechar temporalmente a empresa. A imposición dun procedemento nos artigos 335 e segs. e a súa ausencia no artigo 350 é tanto máis curiosa canto que é certo que os preceptos parecen superpoñerse, polo menos parcialmente: o artigo 335 fai referencia a catástrofes e o artigo 350 a causas de forza maior e de caso fortuíto que ben poden referirse igualmente a catástrofes.

De acordo co art. 336 o empregador debe comunicar por escrito á comisión de traballadores ou, no seu defecto, á comisión intersindical ou comisións sindicais da empresa representativas dos traballadores afectados ou, mesmo, se estas comisións non existisen, a cada un dos traballadores que poidan verse afectados, a intención de reducir ou suspender a prestación de traballo. O empregador deberá describir á comisión de traballadores, en defecto desta á comisión intersindical e ás comisións sindicais e, se non existisen estas, á eventual comisión *ad hoc* designada polos traballadores afectados, os fundamentos das medidas tomadas, indicando o prazo de aplicación destas, os criterios que adoptou para seleccionar aos traballadores afectados, o cadro de persoal diferenciado por seccións, o número dos traballadores afectados polas medidas planeadas e as súas categorías profesionais, así como as clases de formación ás que han de asistir os traballadores durante os períodos de redución da xornada normal de traballo ou de suspensión do contrato de traballo. Tras esta comunicación ábrese unha fase de negociación “entre o empregador e a estrutura representativa dos traballadores, co fin de lograr un acordo sobre a dimensión e a duración das medidas a adoptar” (nº 1 do art. 337). Nas reunións de negociación deberá redactarse acta da materia acordada e das posicións diverxentes de cada unha das partes, coas opinións, suxestións e propostas de cada unha delas. Celebrado o acordo ou, a falta deste, transcorridos dez días dende a data da comunicación da intención, o empregador debe

comunicar por escrito a cada traballador a medida que decidiu aplicar con mención expresa dos motivos e da data de inicio e termos da súa aplicación.

2. CASO FORTUÍTO E FORZA MAIOR

No suposto de peche temporal do lugar de traballo, a lei distingue entre as situacións de peche temporal por caso fortuíto ou causa de forza maior e as situacións de peche temporal por feito imputable ao empregador ou por interese deste.

En caso de que o peche temporal se deba a caso fortuíto ou causa de forza maior –por exemplo un cataclismo; a doutrina indica tamén como exemplos a falta de materias primas e a falta de combustible ou enerxía³⁰², aínda que nestes últimos casos é preciso verificar se non houbo culpa do empregador que, por exemplo, non ordenou a tempo o abastecemento de materias primas ou non fixo ningunha reserva de combustible cando as dificultades de abastecemento eran xa previsibles– a lei dispón que o empregador pasará a pagar o 75% da retribución (ver así mesmo o art. 306.3 da LECT); pola contra se o peche do centro de traballo estivese ocasionado polo interese do empregador (o centro de traballo pecha para remodelación ou para montaxe de novos equipos) ou por causas imputables ao propio empregador (que non cumpriu, supostamente, normas de hixiene e seguridade no traballo coa consecuen-te decisión da autoridade pública de proceder ao peche temporal) os traballadores manterán o dereito á retribución. A lei non di cando este impedimento se converterá en definitivo, polo que parece que deixa ao empregador a decisión sobre se o peche se ha de seguir caracterizando como temporal ou definitivo.

O art. 352 establece que “do valor da prestación a satisfacer polo empregador, ao amparo dos artigos anteriores, debe deducirse o que o traballador poida percibir por calquera outra actividade remunerada que pase a exercer durante o período en que o impedimento subsista e que non podería desempeñar se non fose o peche”. No seu comentario ao precepto, Joana Vasconcelos manifesta a súa perplexidade ante a opción do Código de facer esta dedución, mesmo nos casos de peche por caso fortuíto ou de forza maior en que a retribución do traballador xa se viu reducida ao 75%. Nas súas palabras “carece en absoluto de sentido, atenta á finalidade que subxace a tal solución que o traballador, privado dunha parte significativa (1/4) da súa retribución, que consiga outro traballo remunerado para compensar esa perda, teña que sufrir o desconto de todo o que de tal modo percibiu, nunha prestación xa de partida reducida”³⁰³. De aí a suxestión da autora, que nos parece completamente de aplaudir fronte á teleoloxía da dedución, de que unicamente se efectúe a devandita dedución se os rendementos obtidos polo traballador superan o 25% da retribución que deixou de percibir e nesa medida.

302 JOANA VASCONCELOS, *Anotación ao artigo 350.º, op. cit.*, páxina 586.


303 JOANA VASCONCELOS, *Anotación ao artigo 352.º, op. cit.*, páxinas 590-591.

Destáquese ademais que, verificado o fin do impedimento –o que en certos casos, fundamentalmente no peche por interese do empregador, parece depender só da vontade deste– o empregador deberá avisar aos traballadores cuxos contratos se atopan suspensos, so pena de que estes deixen de estar obrigados a retomar o cumprimento da prestación de traballo.

IV. LICENCIAS E PREXUBILACIÓN

En relación ás licenzas, consideradas polo Código como unha das posibles modalidades de suspensión ou, máis aínda, unha das fontes posibles de suspensión, o Código comeza dicindo que “o empregador pode conceder ao traballador, a petición deste, licenzas sen retribución”. Consideramos que se trata neste caso dunha das posibles modalidades de acordo entre as partes que xeran unha situación de suspensión. O art. 355.1 di que “a concesión da licenza determina a suspensión do contrato de traballo, cos efectos previstos no art.331”. Non está claro, na nosa opinión, se esta referencia significa que os efectos da suspensión pactada só poden ser os previstos no art. 331 ou se as partes non poderán acordar outros efectos ou introducir un réxime máis favorable ao traballador. Ademais destas situacións en que as partes son libres de acordar ou non a concesión dunha licenza, o art. 364.2 establece que “sen prexuízo do disposto en lexislación especial ou instrumento de regulamentación colectiva de traballo, o traballador ten dereito a licenzas sen retribución de longa duración para asistencia a cursos de formación impartidos baixo responsabilidade dunha institución de ensino ou de formación profesional ou no ámbito dun programa específico aprobado por autoridade competente e executado baixo o seu control pedagóxico ou para asistencia a cursos impartidos en centro de ensino. Non obstante, a concesión desta licenza non é automática nalgunhas situacións: cando o traballador non ten unha antigüidade na empresa igual ou superior a tres anos, cando se trate de microempresas ou pequenas empresas e non sexa posible a substitución adecuada do traballador, cando o traballador non sexa obxecto dunha formación profesional axeitada e deba someterse a esa proba, cando o traballador xa recibiu formación profesional adecuada ou licenza para ese mesmo fin nos últimos 24 meses (supoñemos que na mesma empresa ou co mesmo empregador, aínda que pode ser ao amparo doutro contrato de traballo) e mesmo no suposto de traballadores incluídos en niveis de cualificación de dirección, xefaturas, cadros ou persoal cualificado cando non fose posible a concesión da licenza aos devanditos traballadores sen que se cause prexuízo serio para o funcionamento da empresa ou servizo. A licenza considérase de longa duración cando é de duración superior a 60 días (art. 354.4). A lei prevé igualmente que o traballador beneficiario dunha licenza sen retribución mantén o seu dereito ao lugar (o que queira que iso sexa); pode tamén contratarse un substituto mediante contrato temporal de duración certa o incerta nos supostos en que a licenza sexa concedida. A prexubilación vén regulada nos artigos 358 a 362. Segundo o art. 356, “considérase prexubilación a situación de redución ou de sus-

pensión da prestación de traballo en que o traballador con idade igual ou superior a 55 anos mantén o dereito a recibir do empregador unha prestación pecuniaria mensual ata a data en que se produza algunha das situacións previstas no nº 1 do art. 361”, a saber, o paso á situación de xubilación por límite de idade ou invalidez, a finalización do contrato de traballo ou o regreso ao pleno exercicio de funcións por acordo entre empregador e traballador, como consecuencia da falta culpable de cumprimento da prestación de prexubilación ou se o non pagamento desta prestación se prolongase por máis de 30 días, aínda que sexa sen culpa do empregador. A lei prevé expresamente (art. 358.2) que o traballador en situación de prexubilación pode desempeñar outra actividade profesional remunerada. Dado que o pluriemprego non está prohibido como norma no noso país, haberá que verificar se este precepto tamén se aplicará no suposto de existir no contrato unha cláusula de exclusividade. De acordo co nº 1 do art. 359 a prestación de prexubilación non pode ser inferior ao 25% da última retribución percibida polo traballador, nin superior á contía desta retribución. Parece tamén que poderá acumularse a outras retribucións por outras actividades que o traballador desempeñe entrementes, sen que haxa lugar a ningún desconto ou dedución. Ademais disto a lei prevé unha actualización anual en porcentaxe igual ao do aumento de retribución que o traballador percibiría se estivese en pleno exercicio das súas funcións ou, se non houberse tal actualización, á taxa de inflación. Do que se deduce que se o aumento existise, pero fose inferior á taxa de inflación, será aquel aumento o que se teña en conta. A lei considera tamén a posibilidade de acordo en contrario no propio acordo de prexubilación. Segundo o art. 359.3 a prestación compensatoria de prexubilación “goza de todas as garantías e privilexios recoñecidos á retribución”.



EXTINCIÓN DO CONTRATO DE TRABALLO

CAPÍTULO SEXTO



I. DISPOSICIÓNS XERAIS

A materia da extinción do contrato de traballo vén regulada no capítulo IX do Título II do Libro I. Este capítulo comeza cunha sección co epígrafe disposicións xerais. Comeza a referida sección por reafirmar a prohibición, expresada no art. 53 da Constitución, dos despedimentos inxustificados ou por motivos políticos ou ideolóxicos. Establécese a continuación que o réxime fixado no capítulo IX non pode, en principio, ser modificado por IRCT ou por contrato de traballo, coa reserva feita das excepcións legais. O nº 2 do art. 383 establece que “os criterios de definición de indemnizacións, os prazos de procedemento e de aviso previo considerados neste capítulo poden ser regulados por IRCT”. Á súa vez, o nº 3 do mesmo art. 383 establece que “os valores das indemnizacións poden, dentro dos límites fixados neste código, ser regulados por IRCT”. Sublíñese ante todo que o contrato de traballo individual non pode, aparentemente, alterar os criterios de definición de indemnizacións ou os valores destas –o que nos suscita dúbidas en canto á validez dunha cláusula en que se prevea, por exemplo, que un traballador contratado pola empresa A teña dereito a que nesta empresa compute para os efectos de indemnización a antigüidade dese mesmo traballador na empresa B. As cláusulas de salvagarda de antigüidade eran admitidas pola nosa xurisprudencia, por exemplo cando un traballador pasa dunha empresa do grupo a outra, pero habería que preguntarse se agora serán lícitas; quizais se poida dicir que, en rigor, tales cláusulas non alteran o criterio da fixación da indemnización (que continua sendo a antigüidade) senón que só interfíren no cómputo desta. A articulación entre os nº 2 e nº 3 do art. 384 non é tampouco tarefa doada, xa que por un lado se permite ao IRCT alterar o criterio de definición das indemnizacións, pero, por outro, o valor da indemnización terá que manterse dentro dos límites fixados no código. Agora ben, a alteración dos criterios de definición implicará normalmente alteracións no valor da indemnización; as devanditas alteracións só serán lícitas, non obstante, nos límites fixados no código (tanto o límite mínimo como o límite máximo, segundo creemos).

O art. 384 establece que as modalidades de extinción do contrato de traballo son a caducidade, a revogación, a resolución e a denuncia. Queda aberta a cuestión xa discutida de se as modalidades de extinción de contrato de traballo só se poden producir nos estritos termos do Código do Traballo ou se, por exemplo, poderíase invocar en circunstancias excepcionais a resolución por modificación das circunstancias. Non falta quen considere que non hai lugar para esta na regulamentación do contrato de traballo, dada a existencia do despedimento colectivo e da extinción dos postos de traballo. Consideramos, non obstante, que determinadas modificacións sobrevidas que non se deixan reconducir á grande base negocial quizais puidesen atopar unha solución axeitada mediante a aplicación do art. 437 do Código Civil.

O art. 385 do Código do Traballo consagra unha obriga do empregador que parece representar un caso de eficacia poscontractual: cando finaliza o contrato de traballo o empregador está obrigado a entregar ao traballador un documento, un certificado

de traballo que deberá indicar as datas de ingreso e de saída do traballador e o posto ou postos que desempeñou, non debendo conter outras referencias, salvo que o traballador o solicite. Consideramos que a violación desta obriga de entrega producirá responsabilidade civil do empregador nos termos xerais, en función dos prexuízos que cause ao traballador, aínda que o dano (a maior dificultade en atopar emprego) poida ser de difícil cuantificación. O empregador deberá tamén entregar ao traballador outros documentos destinados a fins oficiais e que o traballador lle requira.

O art. 386 establece o deber de restitución polo traballador, unha vez finalizado o contrato, dos instrumentos de traballo e calquera outro obxecto que pertencen a este, baixo pena de incorrer en responsabilidade civil polos danos causados. Cremos que este deber de devolución inmediata inclúe tamén obxectos que non son propiedade do empregador, pero dos que este dispón lexitimamente para que o traballador, por exemplo, execute o seu traballo. Pode, non obstante, cuestionarse se o traballador terá o deber de restituír cousas que lle foron entregados polo empregador, pero que pertencen a un terceiro e fóronlle ilicitamente cedidas –quizais nese caso pódase invocar a norma correspondente do contrato de depósito. É improbable que a norma pretendiera excluír un eventual dereito de retención do traballador sobre instrumentos de traballo ou outros obxectos aos que pode, mesmo, introducir melloras ou reparacións, como garantía do pagamento, por exemplo, de salarios atrasados. Se o traballador realizase as reparacións necesarias nun vehículo da empresa, como consecuencia dun accidente de circulación no que non tivo ningunha responsabilidade, cabe preguntarse se non podería nese caso exercer o dereito de retención.

II. A CADUCIDADE

Unha das causas de extinción do contrato de traballo tipificadas no Código é a caducidade³⁰⁴. Trátase dunha causa que funciona xeralmente de forma automática e que determina, tamén xeralmente, a extinción inmediata do contrato de traballo sen que o traballador teña, por norma xeral, dereito a unha compensación³⁰⁵. Todas estas características son, como veremos, tendenciais: en realidade, debido a que o Código,

304 Xa en 1973 BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *A repercussão do encerramento definitivo do estabelecimento nos contratos de trabalho*, RDES 1973, ano XX, páxinas 1 e segs., páxina 9, subliñaba que a expresión “caducidade”, ten, neste contexto, “algo de desacerto terminolóxico”, xa que o termo “empregase normalmente a propósito da repercusión do tempo nas relacións xurídicas” (n. 14, páxina 9).

305 Así, expresamente, SÉRVULO CORREIA/BERNARDO XAVIER, *Reforma do traballador e caducidade do contrato*, *Anotação ao Acórdão do STA (Tribunal Pleno)*, de 14 de Janeiro de 1972, RDES 1973, ano XX, nº 1, páxinas 64 e segs., páxina 67, tras subliñar que o concepto de caducidade ten “carácter ambiguo” na teoría xeral das obrigas e dos contratos, din que “no contrato de traballo a caducidade determina a extinción da relación laboral sen indemnizacións de parte a parte e, polo tanto, sen ningunha compensación pola perda de emprego”.

contrariamente a outras lexislacións modernas, ampliou o dominio da caducidade, as situacións de caducidade teñen hoxe en día réximes moi diversificados. Así, a caducidade do contrato pode requirir un preaviso (como sucede, por exemplo, no contrato temporal de duración certa coa verificación do termo ou no suposto de peche definitivo dunha microempresa) ou mesmo un procedemento (véxase o curioso nº 3 do artigo 390 que prevé que o peche definitivo dunha empresa, sempre que non se trate dunha microempresa, produce a caducidade do contrato, que debe, non obstante, ser precedida do mesmo procedemento que un despedimento colectivo), pode dar orixe ao pagamento dunha compensación ao traballador (como sucede, por exemplo, no suposto de caducidade por morte do empregador ou peche definitivo da empresa, así como nalgúns casos de caducidade do contrato temporal). Non obstante, nada disto impide que a caducidade poida actuar automática (sen necesidade sequera dunha declaración nese sentido) e inmediatamente, sen ningunha compensación para o traballador, debido a que o seu núcleo duro corresponde a situacións en que existe unha imposibilidade de execución do contrato por razóns obxectivas, sen culpa de ningunha das partes e mesmo, frecuentemente, sen que a imposibilidade se deba a un comportamento voluntario de ningunha delas. Xa fai moito que en Portugal se sinalou a necesidade de ter unha visión moi restrinxida da caducidade e de non a ampliar ata o punto de erosionar a tutela contra os despedimentos desprovistos de causa xustificada: en efecto, xa en 1973, Sérvulo Correia e Bernardo Da Gama Lobo Xavier escribiron, en palabras atinadas, que manteñen toda a súa actualidade, que “os supostos de caducidade deben considerarse excepcionais, pois atentan contra a regra xeral de estabilidade de emprego”³⁰⁶. E non deixa de ser curioso que antes da entrada en vigor da LCT a doutrina dominante –principalmente Raúl Ventura e María Conceição Tavares Da Silva– entendese mesmo que, por exemplo, o peche da empresa non determinaba a extinción automática do contrato, senón que se impoñía unha manifestación de vontade do empregador nese sentido. Unha solución a fin de contas moito máis moderna e próxima que a actualmente consagrada.

1. A IMPOSIBILIDADE SOBREVIDA

O artigo 387 di que “o contrato de traballo caduca nos termos xerais” e, principalmente no suposto de “imposibilidade sobrevida, absoluta e definitiva de que o traballador realice o seu traballo ou o empregador o reciba”. O carácter radical dos efectos da caducidade e a ausencia, en xeral, de procedemento implican, na nosa opinión, que hai que ser particularmente esixente en canto á verificación de todos e cada un dos requisitos de que o precepto fai depender a caducidade do contrato de traballo. De feito, doutro modo habería o risco, xa sinalado, de que o empregador eluda as esixencias procedementais e probatorias inherentes, por exemplo, ao despedimento por feito imputable ao traballador (que tamén esixe que se torne imposible –“inmediata e practicamente imposible”– a subsistencia da relación laboral).

306 SÉRVULO CORREIA/BERNARDO XAVIER, *op. cit.*, páxina 67.

Compartimos, pois, por completo, a orientación preconizada polo Tribunal de Segunda Instancia de Lisboa, na súa sentenza do 29 de setembro de 1999³⁰⁷, cando defende “unha orientación segundo a cal o carácter absoluto e definitivo daquela imposibilidade sobrevida ha de apreciarse en termos ríxidos, obxectivos e naturalísticos, sendo indiferentes a esa apreciación os maiores ou menores sacrificios ou obrigas que a entidade patronal teña que soportar para garantir o mantemento do contrato de traballo”³⁰⁸. Non abonda aquí que a execución do contrato sexa moi onerosa ou difícil dado que a lei esixe a imposibilidade absoluta. A imposibilidade debe ser total e non meramente parcial. Para que se produza a caducidade do contrato de traballo é tamén necesaria que a imposibilidade absoluta “sexa total, e non meramente relativa, isto é, realizable, aínda que a custa de esforzos excepcionais”³⁰⁹. Igualmente en sentenza do Supremo Tribunal de Xustiza do 27 de outubro de 1999 decidiuse que “se un incendio destrúe parte dunha sección dunha fábrica e a totalidade dun tipo de máquinas nela existentes, non se verifica a imposibilidade determinante da caducidade, aínda que xa non haxa no mercado máquinas das destruídas e a adquisición doutras leve consigo outro proceso organizativo, se a entidade patronal colocou noutras seccións a grande parte do persoal que na incendiada traballaba”³¹⁰. Igual rigor debe mostrarse en relación ao carácter definitivo da imposibilidade: en realidade a resposta axeitada á imposibilidade temporal é a suspensión do contrato de traballo que non coñece entre nós ningún límite temporal e que, finalmente, é unha figura que presenta certa especificidade fronte ao réxime dos contratos civís. En suma, a referencia aos termos xerais realizada polo artigo 387 do Código do Traballo non debe facer esquecer a necesidade dunha lectura esixente e rigorosa dos requisitos da caducidade do contrato de traballo baixo pena de erosionar toda a protección do posto de traballo e da estabilidade do emprego que a tutela contra o despedimento inxustificable trata de proporcionar.

Cando se discute a imposibilidade sobrevida, absoluta e definitiva de que o traballador realice o seu traballo, cabe tamén se preguntar cál é o traballo que, por volverse de imposible execución, produce a caducidade do contrato de traballo. ¿Ha de tra-

307 Colectânea de Jurisprudência (dás Relações) 1999, IV, páxinas 171 e segs.

308 *Op. cit.*, páxina 172. Como igualmente se pode ler “verificase a caducidade do contrato de traballo se o traballador, por enfermidade natural, quedase imposibilitado de prestar o servizo para o que foi contratado ou outro, ou cando os elementos clínicos existentes permitan prever e concluír, con seguridade, que esa imposibilidade absoluta e definitiva se volveu física e xuridicamente irreversible”, engadíndose, axiña, que “se a enfermidade, de ámbito psiquiátrico, que o autor sufría e a negativa a tratarse non eran irreversibles, non podía a acusada, entidade empregadora, considerar a caducidade do contrato de traballo”.

309 Acórdão da Relação de Lisboa de Lisboa de 22 de Setembro de 1993, Colectânea de Jurisprudência 1993, IV, páxinas 171 e segs.

310 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Outubro de 1999, Colectânea de Jurisprudência 1999, vol. II, páxinas 268 e segs.

tarse do traballo concretamente exercido polo traballador, das funcións que vén desempeñando ou das funcións comprendidas na súa categoría? Para Pedro Romano Martínez, no seu Manual, escrito antes da entrada en vigor do Código do Traballo, a caducidade do contrato unicamente se produciría ante a imposibilidade de prestación de todas as actividades comprendidas na categoría do traballador. Só que, neste contexto, é necesario ter en conta, dende logo, que o Código do Traballo ampliou o obxecto do contrato de traballo: dedúcese do artigo 151.2, que a actividade contratada, aínda que se describe por referencia a unha categoría profesional de IRCT ou de regulamento interno, comprende tamén funcións afíns ou funcionalmente vinculadas que serán, en principio, e polo menos (xa que o nº 3 do artigo 151 di “principalmente” e non impide que existan outras...) “as actividades comprendidas no mesmo grupo ou carreira profesional”. Así, polo menos, nos parece que só cando o traballador queda nunha situación de imposibilidade sobrevida, absoluta e definitiva de exercicio de todas estas actividades poderá existir caducidade do contrato de traballo. Queda por saber, non obstante, se esta condición, aínda sendo necesaria, é suficiente. Temos en mente unha situación en que o traballador, aínda que imposibilitado para desempeñar todas as actividades comprendidas no obxecto do seu contrato, continúa tendo unha capacidade residual de traballo que lle permite executar outras tarefas ou funcións, se existisen na organización do empregador postos de traballo libres con esas características. ¿Tamén aquí funcionará a caducidade do contrato de traballo?

Para Pedro Romano Martínez imponse a resposta afirmativa: “como a imposibilidade absoluta ten que relacionarse coas actividades contractualmente debidas, se o traballador non se atopa en condicións de executalas o contrato caduca, pois non hai un deber xenérico de que o empregador modifique o obxecto negocial en función das limitacións do traballador”³¹¹. No mesmo sentido, pronunciose a sentenza do Supremo Tribunal de Xustiza do 27 de xaneiro de 1999³¹², na cal se pode ler que “non podendo o traballador, naturalmente a consecuencia da súa incapacidade permanente e absoluta para o traballo habitual, mesmo con excesiva onerosidade ou extrema dificultade, seguir realizando o seu traballo, aínda que só fose en parte, e sendo de todo improbable o cesamento desa imposibilidade (ou, polo menos, o seu cesamento en tempo de seguir interesando á empresa, non sendo razoable prever, en termos da súa evolución normal, a viabilidade da prestación), e non estando a súa recolocación en calquera outro posto axeitado, entre os que integran a estrutura produtiva da empresa, imposta por ningunha norma nin por ningunha cláusula contractual, colectiva ou singular, verificase unha imposibilidade sobrevida, absoluta e definitiva de que o traballador preste o seu traballo, finalizando, desta forma, por caducidade, o contrato de traballo que o ligaba á súa entidade patronal”.

311 PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Da cessação do contrato*, Almedina, Coimbra, 2005, páxina 411.

312 Acórdãos Doutriniais do STA 1999, páxinas 982 e segs.

Xa quedou claro, non obstante, que “a incapacidade permanente absoluta para o traballo habitual por si soa non constitúe causa de caducidade do contrato de traballo”, sendo “necesario que a entidade empregadora alegue e probe a imposibilidade absoluta de aceptar ao traballador por non ter posibilidade de que exerza outras funcións para as que estivese capacitado”, debido a que “a imposibilidade absoluta non se aplica só en relación ao traballador, senón tamén á entidade empregadora en recibir o seu traballo”³¹³. No caso en cuestión a traballadora, que contraera unha conxuntive crónica por pasar 13 anos ininterrompidos nun lugar completamente pechado, por imposición do empregador, no que manipulaba sen ningunha ventilación nin protección (principalmente máscara) “diversos produtos químicos que despedían olores e vapores”, solicitou traballar noutro lugar ao seu regreso, considerando o Tribunal que podería perfectamente traballar no sector de embalaxe.

2. O TERMO

O apartado a) do artigo 387 dispón que o contrato de traballo caduca coa verificación do seu termo. Aínda que a lei non o diga expresamente se está pensando, como é obvio, no termo resolutivo e non no termo suspensivo. Non obstante, a caducidade por verificación do termo está suxeita a un réxime híbrido ou, polo menos, a un réxime que non é o réxime normal da caducidade.

En relación ao contrato temporal de duración certa, a lei prevé a necesidade de que a parte interesada na caducidade comunique á outra parte, con certo aviso previo, a vontade de poñer fin ao contrato. En efecto, o empregador ou o traballador deben comunicar coa antelación, respectivamente, de 15 ou 8 días, antes de que o prazo expire, de forma escrita, a vontade de poñer fin o contrato. Trátase aquí, segundo creemos, dunha declaración recepticia. Sublíñese que se a declaración escrita non tivese lugar, ou non tivese lugar con respecto a este prazo, o contrato se renovará (se iso fose aínda posible por non se exceder os prazos de duración máxima ou o número máximo de renovacións consagrado no artigo 139) ao final do termo estipulado e por igual período (como resulta do artigo 140.2) a non ser que, por acordo das partes, o contrato de duración certa xa non estivese suxeito a renovación (artigo 140.1). Esta posibilidade de que se preveña no propio contrato temporal (ou quizais en ampliación posterior ao contrato unha vez escrito, xa que terá que respectar a forma do contrato temporal) que este non se renovará suscita dous cuestións: a primeira é a de saber se neste caso seguirá sendo necesario que o empregador ou o traballador teñan que comunicar o aviso previo a que se refire o artigo 388.1. a pesar de que este artigo non di expresamente (ao contrario da lei anterior) que esta é a antelación mínima esixida para a comunicación, creemos que o precepto non pretende evitar que o empregador avise cunha antelación superior a 15 días: sería ilóxico que non se tivese en conta un aviso feito cunha antelación non de 15, senón de 30 ou 60 días,

313 Acórdão da Relación de Lisboa de 6 de Maio de 1992, Colectânea de Jurisprudência 1992, II, páxinas 256 e segs.

aviso que dá mesmo máis tempo ao traballador para organizar a súa vida en función da morte anunciada do contrato. Agora ben, esta circunstancia de que o aviso puidese ser superior ao mínimo legal estivo na base ou serviu de fundamento á xurisprudencia que, xa antes do Código, viña admitindo que no propio contrato temporal constase que este non se renovaría e cesaría co termo. Parécenos, contrariamente á opinión expresada por diversos autores, que neste suposto non sería necesario o aviso: non será preciso avisar a outra parte daquilo que xa foi contractualmente acordado. Está claro que esta cuestión acaba tendo igualmente relevancia noutro sentido: e é que o Código do Traballo veu a conceder unha compensación ao traballador contratado temporalmente na eventualidade de caducidade, pero só cando a caducidade do contrato de duración certa resultase de declaración do empregador. No suposto de que no propio contrato temporal estivese previsto que este non se renova non sería polo tanto necesaria ningunha declaración do empregador nese sentido e non habería lugar a compensación ningunha. Unha segunda cuestión é a de saber, no suposto de que no contrato estivese prevista a súa non renovación, qué sucederá se este contrato continuase executándose nestas condicións despois da verificación do termo: parécenos que hai neste caso unha manifestación tácita de vontade no sentido da celebración dun contrato por tempo indeterminado e, eventualmente, unha novación (principalmente se as funcións fosen substancialmente diferentes das anteriores, desempeñadas ao amparo do contrato temporal).

De acordo co nº 2 do artigo 388 a caducidade do contrato de duración certa que resulte de declaración do empregador (e só desta) “confire ao traballador o dereito a unha compensación correspondente a 3 ou a 2 días de retribución base e antigüidade por cada mes de duración do vínculo, segundo o contrato durara por un período que, respectivamente, non exceda, ou sexa superior a 6 meses”, de xeito que, “para efectos da compensación prevista no número anterior a duración do contrato que corresponda á fracción de mes calcúlase proporcionalmente”. Impóñense varias observacións respecto a estas normas: en primeiro lugar, o Código seguiu o modelo francés, que tamén entende que non haberá lugar a esta compensación pola precariedade do contrato temporal se fose o propio traballador o que fai funcionar a caducidade, pero cunha *nuanca**: en Francia, a compensación pola precariedade unicamente non se paga cando o traballador fai funcionar a caducidade no momento en que o contrato se ía transformar en contrato indefinido, pero págaselle se o único que lle ofrece o empregador é a renovación do contrato temporal e, en consecuencia, a continuidade da precariedade. O que nos conduce a outra pregunta: ¿cal é, a fin de contas, a razón de ser desta compensación? Podería interpretarse como un mero instrumento de política lexislativa para encarecer o contrato temporal e, deste modo, desincentivalo. Pero parece que se trata de algo máis, variando, como varía, en función da antigüidade: diríamos que o que se pretende é compensar ao traballador pola precariedade do contrato temporal. En efecto, a contratación temporal

* En francés en el original

ten custos sociais elevados: a programación da vida das persoas, polo menos do común dos mortais que gaña o pan co suor da súa fronte, xira en torno ao seu traballo ou faise, en boa medida, en función deste. A inestabilidade no traballo que a contratación temporal obviamente xera –aínda que haxa moitas outras figuras que tamén producen unha acentuada inestabilidade no emprego– repercute en moitas outras facetas da vida, principalmente na vida familiar e mesmo en aspectos patrimoniais (maior ou menor facilidade en obter un crédito, etc.). A letra do precepto suxire un resultado que xa tivemos ocasión de criticar noutro estudo e que nos parece verdadeiramente insólito: en efecto, o teor literal da norma conduce ao seguinte cálculo da compensación: 3 días de retribución base e antigüidade se o contrato non excede dos 6 meses e 2 días de retribución base e antigüidade se durase máis de 6 meses. Iso significa que se o contrato tivese unha duración de 6 meses o traballador obterá unha compensación de 18 días de retribución base e antigüidade, pero se o contrato durase 7 meses o traballador tería dereito a 14 días de retribución base e antigüidade. Este resultado, ao que conduce a letra do precepto, é particularmente absurdo se se ten en conta o coidado co que o lexislador tratou de evitar que un contratado temporalmente cuxo contrato durou por exemplo 5 meses obteña unha compensación diferente daquel cuxo contrato durou 4 meses e 3 semanas: o primeiro terá dereito a 15 días e o segundo a 12 días máis $\frac{3}{4}$ de 3 días. Parécenos, polo tanto, que, a non ser que o lexislador teña unha especial e inconfesada aversión polos contratos temporais con duración, por exemplo, de 7 ou 8 meses, o cálculo da compensación pola caducidade nun contrato de duración certa con duración superior a 6 meses terá que facerse dunha das dúas formas seguintes: ou ben atribúese, en efecto, 2 días de retribución base e antigüidade por cada mes, pero sempre co mínimo de 18 días (que sería a compensación correspondente pola caducidade nun contrato que durara 6 meses e unha antigüidade maior non debería prexudicar ao traballador) ou ben se “divide” a duración do contrato superior a 6 meses en dous segmentos: o primeiro, correspondente aos primeiros 6 meses dará dereito a 18 días de retribución e antigüidade e o segundo segmento, a partir dos 6 meses, dará dereito a 2 días de retribución e antigüidade por cada mes de duración do vínculo, así como á parte proporcional correspondente á fracción de mes excedente. Por exemplo, supoñamos que o contrato temporal tivo unha duración de 7 meses e 15 días. Seguindo a primeira alternativa diríamos que o traballador ten dereito a 18 días de retribución base e antigüidade e iso porque, aplicando o criterio que resulta estritamente da letra da lei tería dereito a $(2 \times 7) + 1$, ou sexa 15, o que é inaceptable, razón pola cal se aplicará o mínimo de 18; seguindo a segunda alternativa o traballador terá dereito a 18 días (correspondentes a 3 días por cada un dos primeiros 6 meses), aos que hai que engadir 3 días $(2 + 1)$ polo período seguinte de mes e medio, cun total de 21 días de compensación. Consideramos que esta segunda alternativa é a máis axeitada e a que harmoniza mellor co espírito do Código: defendémola, non por un ilusorio principio de *favor laboris*, senón porque resulta máis coherente cunha lexislación tan atenta ás proporcións e as fraccións e ás inxustizas duns días de diferenza de antigüidade...

En relación ao contrato temporal de duración incerta, o artigo 389 dispón que “o contrato caduca cando, prevéndose a eventualidade do termo incerto, o empregador comunique ao traballador a súa finalización coa antelación mínima de 7, 30 ou 60 días, segundo o contrato durara ata 6 meses, de 6 meses a 2 anos ou por período superior” (nº 1), tendo o traballador dereito pola finalización do contrato por caducidade a unha compensación calculada nos termos do nº 2 do artigo 388. Prevese aquí, expresamente, que a falta da comunicación ou aviso previo implica para o empregador o pagamento da retribución correspondente ao período de aviso previo en falta: o incumprimento total ou parcial deste aviso previo non trae consigo polo tanto a conversión do contrato en contrato indefinido, dado que tal conversión só actúa, como resulta do nº 1 do artigo 145, se o traballador permanece no exercicio da súa actividade tras a data de produción de efectos da denuncia ou, a falta desta, transcorridos 15 días dende a conclusión da actividade, servizo ou obra para a que foi contratado ou dende o regreso do traballador substituído ou mesmo dende a finalización do contrato deste, segundo o motivo aducido para a contratación temporal de duración incerta. Repárese, ademais, que o nº 2 do artigo 389 establece que cando o contrato se funde en “actividades estacionais ou outras actividades cuxo ciclo anual de produción presente irregularidades resultantes da natureza estrutural do respectivo mercado” (apartado d) do artigo 143) ou na “execución dunha obra, proxecto ou outra actividade definida e temporal, incluídas a execución, dirección e inspección de traballos de construción civil, obras públicas, montaxes e reparacións industriais, en réxime de contrata ou en administración directa, incluíndo os respectivos proxectos e outras actividades complementarias de control e acompañamento” (apartado d) do artigo 143), a comunicación do feito previsible do termo incerto debe facerse, cando se contraten varios traballadores de forma sucesiva, en función da diminución gradual da ocupación ou actividade, tarefa ou obra que xustificasen a contratación temporal (nº 2 do artigo 389).

3. MORTE DO EMPREGADOR, EXTINCIÓN DA PERSONALIDADE XURÍDICA EMPREGADORA E PECHER TOTAL E DEFINITIVO DA EMPRESA

O artigo 390 regula as consecuencias da morte do empregador, persoa física, da extinción da persoa xurídica empregadora e do peche total e definitivo da empresa. Todas estas situacións están contidas no mesmo precepto, aínda que, en realidade, sexan substancialmente distintas entre si: a morte do empregador, salvo nos casos de suicidio, non se deberá normalmente á vontade deste (nin sequera a un comportamento imputable a este), a extinción da persoa xurídica pode ser ou non voluntaria e en canto ao peche da empresa é con frecuencia resultado dunha decisión voluntaria, polo que, a pesar da decisión de peche, o centro de traballo pode ser enteiramente viable. O lexislador decidiu, non obstante, encadrar todas estas situacións na figura da caducidade, nunha decisión claramente oposta á doutros ordenamentos.

A morte do empregador, persoa física, fai caducar o contrato de traballo na data do peche da empresa, a non ser que os sucesores do falecido continúen a actividade para

que a que o traballador foi contratado ou que se verifique unha transmisión de empresa ou centro de traballo (artigo 390.1). A extinción da persoa xurídica empregadora, cando non se verifica a transmisión de empresa ou centro de traballo, determina igualmente a caducidade do contrato de traballo (nº 2 do artigo 390). Non se fai aquí referencia á data do peche, polo que cabería preguntarse se este réxime será aplicable cando a persoa xurídica empregadora se extinga, pero en realidade o centro de traballo continúa funcionando, sen se pechar. Nese suposto se podería discutir unha eventual novación dos contratos de traballo.

A lei dispón que o peche total e definitivo da empresa determina a caducidade do contrato de traballo. A caducidade só se producirá, polo tanto, se o peche fose total e non só parcial (suposto en que haberá que facer uso do despedimento colectivo) e definitivo e non só temporal (suposto en que normalmente se verificará a suspensión dos contratos de traballo ou en que pode producirse unha situación de amora do acredor). Resta saber cómo se determina que o peche é verdadeiramente definitivo: parece que segundo o sistema do Código abondará a declaración do empregador nese sentido³¹⁴. Cabe preguntarse, non obstante, se ao finalizar os contratos de traballo polo peche definitivo dunha empresa, estes non deberían renacer –é o que a xurisprudencia española designa por “efecto Lázaro”, nunha suxestiva imaxe bíblica...– no caso de que o mesmo centro de traballo ou empresa volva efectivamente a abrir, mostrando que a decisión de peche non era, finalmente, definitiva ou irreversible.

De acordo co nº 3 do artigo 390 do Código do Traballo, o peche total e definitivo da empresa³¹⁵ determina a caducidade do contrato de traballo, pero deberá seguirse, en principio, o procedemento previsto para o despedimento colectivo nos artigos 419 e seguintes, coas necesarias adaptacións. Se ben algunhas desas adaptacións son eviden-

314 BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *A repercussão...*, cit., páxinas 11-12, nin tan sequera parecía esixir unha declaración do empregador nese sentido... Así, se ben recoñecía que non sempre é doado que o traballador coñeza o carácter definitivo do peche – “se o feito peche é moitas veces obvio, non o é tanto o seu carácter definitivo” (*op. cit.*, páxina 11) – engadía que a desintegración da empresa podería “operar fronte aos traballadores sen ningunha necesidade de aviso por parte do empregador” (*op. cit.*, páxina 12). Hoxe, en que os deberes de información entre as partes son tan intensos, debido á boa fe, poderá cuestionarse se os contratos de traballo caducan cando o empregador, sen dicir unha palabra, pecha o centro de traballo a cal e canto, retira as máquinas e desaparece... ¿Non deberá máis ben considerarse que existe aquí, polo menos, amora do acredor, cando non un comportamento que viola as máis manifestas regras de boa fe?

315 Fálase, no nº 3, de “peche total e definitivo dá empresa”, referíndose tamén o epígrafe do precepto á “extinción ou peche da empresa”. Non obstante, o nº 2 fai referencia á non verificación de transmisión de empresa ou centro de traballo. Deixando a un lado a interminable discusión dos comercialistas sobre o concepto de empresa e a diferenza en relación ao centro de traballo, a acepción máis común no dereito do traballo é a de que unha empresa pode ter diferentes centros de traballo. O peche de só un deles ¿determinará a caducidade dos contratos de traballo? O artigo 113.1 da LCT dispoñía que “en caso de peche definitivo do centro de traballo, sexa por exclusiva iniciativa da entidade patronal, sexa por orde das autoridades competentes, os contratos de traballo caducan, agás cando a entidade patronal puidese conservar ao seu servizo aos traballadores noutro ou outros centros de traballo”.

tes –por exemplo, non haberá que indicar os criterios que serven de base para a selección dos traballadores que van ser despedidos, dado que, en principio, se verificará a caducidade de todos os contratos de traballo xa que se procederá ao peche total– outras adaptacións son todo menos obvias: por exemplo, ¿haberá aquí que indicar ou describir os motivos para o peche ou tales motivos poden ser completamente omitidos, xa que non se trata de motivos obxectivos, económicos ou tecnolóxicos?

O peche da empresa previsto no artigo 390 parece, en realidade, non precisar de ningún motivo obxectivo, económico ou tecnolóxico: non están aquí en xogo os motivos estruturais, de mercado ou tecnolóxicos previstos no art. 397, podendo tratarse simplemente da decisión do empregador de cambiar de rama de actividade, ou de non proseguir a súa actividade ou, mesmo, de xubilarse. Se así fose, non se ve claramente cal é a finalidade da esixencia de observar o procedemento do despedimento colectivo: ¿que medidas alternativas poden propoñer verdadeiramente as estruturas representativas dos traballadores, a non ser suxerir que o centro de traballo sexa alleado en vez de ser simplemente pechado? Xa se afirmou a propósito da caducidade en xeral que, mesmo cando a lei impón que se respecte un determinado procedemento para que a caducidade se verifique, esta producirase, aínda que tal procedemento non teña lugar, co peche total e definitivo da empresa³¹⁶. Se así fose, máis dunha vez frústrase por completo o procedemento e o propósito das negociacións tal como estas están concibidas na Directiva sobre despedimento colectivo. No suposto de peche total e definitivo de microempresas non é preciso respectar ningún procedemento, debendo o traballador, non obstante, ser informado con 60 días de antelación. A lei non di, sen embargo, qué sucederá se non se informase con esa antelación: pode que a única posible consecuencia consista en que o traballador reciba a retribución base e a antigüidade correspondente ao período de aviso previo en falta ou pode haber lugar a outra reacción, en especial a considerar que os contratos de

316 Véxase o que afirma, ao respecto, PEDRO ROMANO MARTINES, *Da Cessação do Contrato...*, cit., páxina 102: “aínda que a información se impoña, non é a declaración na que se inclúe a que conduce á extinción do vínculo, pois a caducidade xa actuou. Así, se o contrato de traballo caduca por peche definitivo da empresa, a pesar das formalidades esixidas, a caducidade verificase no momento do peche e non no momento en que se cumpren tales formalidades”. Pero, nese caso, ¿para qué serven as “formalidades”? ¿Para crear a aparencia de que, a pesar da terminoloxía empregada, respéctase o disposto na Directiva nº 98/59/CE sobre despedimentos colectivos? Á parte diso, en relación agora ás microempresas, o mesmo autor afirma, noutra obra – *Código do Trabalho Anotado...*, cit., páxinas 644-645 – que “en canto a este réxime innovador, é necesario, ademais, dicir que, sendo caducidade, remítese ao procedemento propio do despedimento colectivo, agás cando se trate de microempresa, en que o traballador debe ser informado con sesenta días de antelación. En calquera caso, se pretende que, non obstante a verificación dos presupostos da caducidade, o traballador non sexa confrontado de inmediato coa finalización do vínculo. Este réxime é resultado, en parte, da Directiva nº 98/59/CE (...) que, ao non distinguir caducidade de despedimento colectivo, impón este procedemento en situacións cualificables como de caducidade do contrato”. Ninguén discute que o réxime sexa innovador; o que si é discutible é a bondade da innovación: en realidade, a caducidade actuará, polo que parece, mesmo se o empregador non cumpre os procedementos ou, no caso de microempresa, non da o aviso previo, unha vez que pecha a empresa. ¿Pode alguén realmente afirmar que a Directiva foi respectada?

traballo non caducarán mentres o aviso previo non se faga con esa antelación. En caso de verificarse a caducidade do contrato nunha das situacións previstas nos números 1 a 4 do art. 390 o traballador ten dereito á compensación establecida no art.401 “pola cal responde o patrimonio da empresa”. Por conseguinte o traballador terá dereito a un mes de retribución base e antigüidade por cada ano completo de antigüidade, non podendo ser inferior a tres meses e “no caso de fracción de ano, o valor de referencia previsto no nº 1 calcúlase proporcionalmente. Sublíñese que pasou a existir, ao contrario da lei anterior, un valor mínimo para esta compensación, idéntico, como se ve, ao suposto de despedimento colectivo. Continua causando perplexidade o inciso final do nº 5 – “pola cal responde o patrimonio da empresa” – que pode ocasionar algúns problemas no suposto do empregador a título individual. Imaxínese, por exemplo, que morre unha persoa física que empregaba un secretario persoal ou un condutor (sen que nin un nin outro poidan considerarse comprendidos na lei sobre traballo doméstico); ¿aplicarase este precepto? A resposta parece ser negativa por non existir, eventualmente, ningunha empresa (mesmo entendendo o concepto de modo moi amplo, como fai o dereito comunitario) cuxo patrimonio poida responder pola compensación.

O artigo 391 consagra a solución, que xa existía na lei anterior, segundo a cal a declaración xudicial de insolvencia do empregador non fai caducar, por se mesma, os contratos de traballo, debendo o administrador da insolvencia continuar satisfacendo integramente as obrigas que dos referidos contratos resultan para os traballadores mentres o centro de traballo non se peche definitivamente. A lei permite tamén (nº 2 do art. 391) ao administrador da insolvencia, antes mesmo de que se peche definitivamente o centro de traballo, poñer fin aos contratos de traballo dos traballadores cuxa colaboración non é indispensable para o funcionamento da empresa. O nº 3 do artigo 391 engade que “coa excepción das microempresas, a extinción do contrato de traballo como consecuencia do peche previsto no nº 1 ou realizada nos termos do nº 2 debe ser precedida do procedemento previsto nos artigos 419 e seguintes, coas necesarias adaptacións”. Aínda que tratemos desta materia –isto é, das consecuencias da insolvencia do empregador– máis detidamente noutro punto, non queremos deixar de destacar o seguinte: en primeiro lugar, non está claro na lei se esta posibilidade de poñer fin aos contratos dos traballadores cuxa colaboración non sexa indispensable para o funcionamento da empresa aplícase tamén ao administrador xudicial provisional. En segundo lugar, o alcance do nº 2 do artigo 391 non é evidente: cando se afirma que o administrador da insolvencia, antes do peche definitivo do centro de traballo, pode poñer fin aos contratos de traballo ¿téñense en conta outras causas de extinción (por exemplo, acordo de revogación, despido colectivo) ou preténdese mesmo admitir que o administrador da insolvencia o faga invocando a caducidade? Carvalho Fernandes responde que non se pode invocar a caducidade, mentres que Pedro Romano Martínez, ao contrario, responde positivamente. A controversia é comprensible xa que no sistema do Código a caducidade esixe, xeralmente, o peche definitivo do centro de traballo, polo que non se comprende que os contratos de traballo poidan caducar antes,

polo menos mentres non estean esgotadas as posibilidades (por certo, marxinais...) de recuperación da empresa existentes no marco dun proceso de insolvencia. Pero o disposto no nº 3 dificilmente se comprende a non ser que a intención do lexislador fora, precisamente, permitir neste caso unha caducidade do contrato de traballo por unha decisión do administrador da insolvencia, mesmo antes do peche da empresa (que se trata, no sistema do Código, dunha solución verdadeiramente paradoxal demóstrao, por exemplo, o nº 1 do art. 390 segundo o cal a morte do empregador persoa física só fai caducar o contrato de traballo na data do peche da empresa, polo que se a empresa continúa funcionando tras a morte do empregador, non será o momento da morte o decisivo para a caducidade). En todo caso, a solución proposta por Pedro Romano Martínez parece a máis correcta en relación ao dereito constituído, pero é, na nosa opinión, moi desafortunada no plano do dereito a constituír.

4. XUBILACIÓN, VELLEZ OU INVALIDEZ DO TRABALLADOR

No art. 387.c) prevese que o contrato de traballo caduca “coa xubilación do traballador, por vellez ou invalidez”. Se a xubilación por invalidez pode representar unha imposibilidade sobrevida, absoluta e definitiva de que o traballador realice traballo, non se pode dicir o mesmo, segundo creemos, da xubilación por vellez. O Código vén, polo tanto, a consagrar un réxime *sui generis* en materia de xubilación por vellez, no art.392. De acordo co disposto no nº 1 do art. 392, “a permanencia do traballador no servizo transcorridos 30 días dende o coñecemento, por ambas as dúas ás partes, da súa xubilación por vellez, determina a adición ao contrato dun termo resolutivo”. Trátase aquí dunha especie de termo legal. A situación é, en consecuencia, a seguinte: en caso de que o traballador solicite e obteña a xubilación por vellez (no noso sistema, no contrato de traballo de dereito privado a xubilación por vellez non se impón o traballador) parece que o contrato de traballo caduca, a non ser que o traballador continúe no servizo máis de 30 días dende o coñecemento por ambas as dúas partes da xubilación e neste caso o contrato se convertese, por lei, en contrato temporal. Parécenos que a boa fe impón ao traballador comunicar ao seu empregador a xubilación por vellez; ¿que sucederá no suposto de que o traballador continúe realizando a súa prestación, mesmo despois da xubilación por vellez, sen que o empregador tivera coñecemento da mesma? Enxérganse dúas solucións posibles, a saber, a de que existe aquí unha prestación de traballo de feito, que se produce despois de que o contrato se extinga por caducidade (coa xubilación, aínda que esta sexa descoñecida polo empregador) ou, ao contrario, poderá entenderse que a caducidade depende neste caso de declaración do empregador ao traballador. En todo caso, a letra do art. 387.c) suxire que o contrato de traballo caduca efectivamente coa xubilación do traballador por vellez, aínda que a continuidade na execución do contrato durante 30 días dende o coñecemento por ambas as dúas partes da xubilación por vellez fai renacer o contrato, pero agora convertido en contrato suxeito a un termo resolutivo. Trátase, de feito, dun contrato cun réxime moi específico, xa que a lei lle impón aplicar o réxime definido no Código para o contrato temporal coas necesarias adaptacións e con algunhas particularidades. En canto ás particula-

ridades, están consagradas no art.392.2: non é necesario que o contrato se faga por escrito (392.2.a), o contrato ten unha vixencia de 6 meses renovable por períodos iguais e sucesivos, sen suxeición a límites máximos (apartado b), a caducidade do contrato estaría suxeita a un aviso previo superior ao normal no contrato de duración certa (60 días se fose a iniciativa do empregador ou 15 días se fose a iniciativa do traballador –apartado c) e tal caducidade non determinaría o pagamento de ningunha compensación ao traballador. En canto ás adaptacións a efectuar acaso se podería suxerir como exemplo que o traballador así contratado non terá preferencia na contratación por tempo indefinido nin deberá terse en conta, por exemplo, para a prohibición ou limitación de celebración de contratos temporais sucesivos. O art. 392.3 dispón que “cando o traballador alcance os 70 anos de idade sen producirse a caducidade do vínculo por xubilación, se xustapón ao contrato un termo resolutivo, coas particularidades mencionadas no número anterior”. Non son convincentes, na nosa opinión, os argumentos aducidos por Pedro Romano Martínez no sentido de que a norma tamén se aplicaría no caso de que se celebrase un contrato de traballo cun traballador xa xubilado. Doutro modo, afirma o autor, “sería estraño e determinaría desigualdade que o traballador que se xubila por idade ao servizo doutra entidade puidese ser contratado de forma indefinida, cando o traballador que se xubila mentres traballa nunha empresa pasa a ter obrigatoriamente un contrato temporal”; en palabras do autor, “a interpretación contraria permitiría que dous traballadores de 70 anos nunha mesma empresa tivesen un réxime contractual diferente: o que se xubilou ao servizo da súa empresa tería (obrigatoriamente) un contrato temporal; o que, tras xubilarse ao servizo doutra entidade, é contratado por aquela empresa podería ter un contrato indefinido. Habería, así, un novo motivo para a contratación temporal que non se deixa, en rigor, reconducir ás necesidades temporais dunha empresa, xa que as funcións exercidas polo traballador contratado temporalmente poderían ser perfectamente permanentes: a circunstancia de que o traballador teña 70 ou máis anos ou estea xubilado por vellez.

Temos, non obstante, serias dúbidas en canto a esta interpretación. En primeiro lugar, non ten, na nosa opinión, o mínimo apoio no teor literal da norma que debe ter calquera interpretación para manterse dentro dos marcos sobre interpretación da lei previstos no Código Civil. O nº 1 do art. 392 fala expresamente da permanencia do traballador ao servizo despois da súa xubilación por vellez e o nº 3 menciona a circunstancia de que o traballador alcance os 70 anos de idade sen que, non obstante, o seu vínculo caducara por xubilación; non se menciona, polo tanto, a situación do traballador que é contratado cando xa ten 70 anos ou xa se xubilou por vellez. Pero, e especialmente, non é pacífica a teleoloxía destas normas. ¿Hai algunha razón para que o Código só considere a situación do traballador que se xubila por vellez ou alcanza certa idade ao servizo dunha empresa e para que só nese caso o seu contrato se converta en contrato temporal? Na nosa opinión, pódese responder afirmativamente. A idade avanzada non ten os mesmos efectos sobre todos os individuos e as súas repercusións no contrato de traballo dependen de múltiples factores, entre eles,

as propias funcións exercidas e os riscos que implican, así como o grao de aptitude física e de concentración e rapidez de reflexos que presupoñen. Cando un traballador alcanza unha idade avanzada e a súa produtividade reséntese debido a ese feito, en ausencia destas normas ¿con que medios de reacción conta o empregador? O despedimento disciplinario por redución culposa de produtividade atoparíase, dende logo, na necesidade de demostrar a culpa do traballador ou, polo menos, a culpa grave e o patrón non pode deixar de ter en conta a idade do traballador e que o seu comportamento varía en función desta. En certos casos, sería posible recorrer a un despedimento por inadaptación, sempre que se reunisen os requisitos para iso, principalmente a ausencia de culpa das partes, en especial do propio empregador –faría falta saber se este proporcionou a formación necesaria ao traballador para que se adaptase e se non sería o propio comportamento do empregador, ao manter durante longos anos ao traballador afastado da evolución técnica, indirectamente responsable da situación creada. En todo caso, despedir a un traballador con moitos anos de “bos e leais servizos” podería ser traumatizante para o propio traballador e para o ambiente de traballo. Nada disto sucede cando o empregador decide contratar un traballador “de fóra” que xa ten 70 anos ou que xa está xubilado por vellez: neste caso a empresa expónse ao risco, sendo certo que poderá con frecuencia reducir tal risco, xa sexa por medio da contratación temporal polas regras xerais, xa sexa porque tamén para iso existe o período de proba.

Subsiste, certamente, aquela desigualdade á que se refire Pedro Romano Martínez de que poidan coexistir nunha empresa traballadores que por alcanzar os 70 anos ao servizo desta quedan contratados temporalmente por lei e traballadores que ao ter xa, supostamente, 70 anos cando foron contratados poderán selo por tempo indefinido. Pero resta saber se esa desigualdade non será máis ben consecuencia de que o artigo 392 é, polo que todo indica, e á luz do disposto no artigo 383.1, absolutamente imperativo, sen que enxerguemos un interese público tan forte que o xustifique.

De calquera modo, establecer un réxime segundo o cal calquera contrato de traballo celebrado con traballador de 70 ou máis anos é forzosamente un contrato temporal dá pé á acusación de discriminación. Mesmo aceptando que tal discriminación non existiría porque a diferenciación ten por obxecto un fin de carácter público –por exemplo a creación de emprego para os máis novos– a devandita medida debería ser necesaria e proporcional, non podéndose alcanzar polo tanto o mesmo propósito mediante unha medida menos drástica. Cuestión que tamén nos suscita as maiores dúbidas...

III. O ACORDO REVOGATORIO

Como calquera contrato, o contrato de traballo pode extinguirse mediante un acordo revogatorio e que representa, a fin de contas, un acordo de signo contrario ao

acordo das partes que se traduciu na celebración do contrato de traballo. Non obstante, hai que subliñar dende agora mesmo que este acordo revogatorio ten que estar –e estao efectivamente– suxeito a un réxime legal que teña en conta a especificidade da situación do traballador por conta allea. En realidade, se o dereito do traballo –aínda que non necesariamente todas as súas normas– explícase pola propia circunstancia de que o traballador se atopa, xeralmente, nunha situación de grande vulnerabilidade fronte ao seu empregador, tal situación non podería, sen incorrer en evidente contradición, deixar de ser relevante no réxime do acordo revogatorio. Segundo algunha doutrina podería selo, mesmo, na necesidade de adaptar as normas sobre os vicios e a formación da vontade a esta situación concreta. Pero antes de falar diso, convén referirse ás particularidades que atoparon consagración legal expresa.

Destáquese ante todo que “o acordo de extinción debe constar de documento asinado por ambas as dúas partes, quedando cada unha cun exemplar” (art. 394.1). Como se ve, mesmo nun contrato como o contrato de traballo en que polo xeral non se esixe a forma escrita se require a devandita forma para o acordo de extinción. Non se trata só de facilitar a proba do acordo revogatorio, senón que, na nosa opinión, a forma legalmente esixida desempeña aquí outras funcións e, de modo especial, alerta ás partes (sobre todo ao traballador) das consecuencias da revogación, intentando evitar que se faga de por riba. A lei contén (art. 394.2 e 3) varias referencias en canto ao contido deste documento. En primeiro lugar, hai referencias obrigatorias: o documento debe mencionar expresamente a data da celebración do acordo e a do inicio da produción dos seus efectos. Dada a natureza formal deste contrato (o acordo revogatorio) parécenos que tales mencións non poden suplirse con outros medios de proba. As partes poden acordar a produción doutros efectos, sempre que non sexan contrarios ao disposto no Código: por exemplo, era práctica frecuente no contexto dos grupos de empresas que o acordo revogatorio cunha empresa incluíse un compromiso de contrato de traballo suxeito a un determinado termo ou condición (porque o traballador ía exercer entrementes funcións noutra sociedade do grupo; hoxe en día moitos destes casos resólvense mediante o recurso á cesión ocasional). Un dos efectos que poden preverse no acordo revogatorio consiste en engadir ao contrato unha cláusula de non concorrencia, suposto expresamente previsto na parte final do apartado a) do nº 2 do art. 146 do Código do Traballo. O art. 394.4 establece que “se, no acordo de extinción, ou conxuntamente con este, as partes establecesen unha compensación pecuniaria de natureza global para o traballador, presúmese que nela as partes incluísen e liquidasen os créditos xa vencidos á data da extinción do contrato ou esixibles en virtude da devandita extinción”. Saúdase a utilización polo Código do vocábulo “presúmese” cando anteriormente a lei empregaba a expresión “enténdese”, xa que a xurisprudencia dominante –a pesar da crítica de boa parte da doutrina– fundamentábase na letra do precepto correspondente para defender que se trataba dunha ficción legal e non dunha presunción. Hoxe está claro que se trata dunha presunción e que se aplica aquí a regra segundo a cal as presuncións son normalmente presuncións

relativas (art. 350.2 do Código Civil) polo que subscribimos sen reservas a tese formulada por Pedro Romano Martínez segundo a cal o que está en xogo neste precepto é unha presunción relativa ou que admite proba en contrario.

O art. 395 mantén a posibilidade de que o traballador poña fin aos efectos do acordo de revogación. Non obstante, o réxime é completamente distinto do da lei anterior. Esta última permitía que o traballador “revogase” o acordo de extinción, dispoñendo para o efecto dun prazo que se contaba a partir da data en que o acordo produciría os seus efectos. Excluíase esta posibilidade de revogación en caso de que o acordo de extinción fose celebrado ante notario ou inspector de traballo e non transcorresen máis de 60 días entre a data do acordo e a produción dos seus efectos. A lei anterior tiña como fin protexer ao traballador non só contra a súa propia precipitación ou irreflexión na celebración do acordo, senón principalmente contra o risco de fraudes, e en especial o risco de acordos datados con antelación ou sen data que quedarían en poder do empregador para facer uso deles cando lle parece. A lei actual deixou de protexer contra este risco limitándose só a protexer ao traballador fronte á súa propia irreflexión na celebración do acordo e mesmo nese caso concédelle unha protección moi limitada: en efecto, o traballador ten a posibilidade de reflexionar e de anular o acordo de revogación que subscribiu nun principio, pero só se tal acordo non estivese debidamente datado e as sinaturas non foran obxecto de recoñecemento notarial presencial, á parte de que o prazo pasa a contarse a partir da data da celebración do acordo e non a partir do momento en que o mesmo produce os seus efectos.

A anulación do acordo deberá facerse mediante comunicación escrita ata o sétimo día seguinte á data da celebración do referido acordo e, en caso de que non sexa posible garantir a recepción da comunicación nese prazo, o traballador debe remitila ao empregador mediante carta rexistrada con xustificante de recepción no día hábil seguinte á finalización dese prazo. En todo caso, a finalización do acordo de revogación só será eficaz “se, simultaneamente coa comunicación, o traballador entrega ou pon, por calquera medio, a disposición do empregador, na súa totalidade, o valor das compensacións pecuniarias eventualmente pagadas en cumprimento do acordo, ou como consecuencia da extinción do contrato de traballo. Parece, pois, que o traballador deberá proceder a unha oferta real desas cantidades ou á súa consignación en depósito.

A anulación do acordo de revogación fará que cesen todos os efectos deste e, por conseguinte, non só o efecto extintivo do contrato de traballo, senón tamén outros efectos eventualmente previstos no acordo de revogación (por exemplo, unha cláusula de non concorrencia).

Como calquera contrato, o acordo de extinción pode ser nulo pola presenza de vicios da vontade.

IV. O DESPEDIMENTO

1. CONCEPTO

É case innecesario subliñar a importancia que asume na regulación da relación laboral, o réxime do despedimento –palabra tradicionalmente empregada entre nós para designar a extinción do contrato de traballo por decisión unilateral do empregador³¹⁷– ao punto de terse xa empregado ao respecto a imaxe da buxaina que xira sobre o seu punta: o dereito do traballo sería a buxaina e a punta o réxime do despedimento. En realidade, non é só a decisión, xa de por se fundamental, de permitir ao empregador a denuncia libre do contrato de traballo, senón o nivel de procedimentalización alcanzado, os motivos que poden xustificar a decisión de rescindir o contrato e mesmo os remedios dispoñibles para reaccionar contra unha finalización que non obedeza aos requisitos formais e materiais, sendo certo que é todo menos indiferente que se permita só unha indemnización en diñeiro ou que se preveña a readmisión.

A pedra angular do noso sistema, neste aspecto, consiste na prohibición, constitucionalmente consagrada, de despedimentos inxustificadas (artigo 53 da CRP, sendo tal prohibición reafirmada polo artigo 382 do Código do Traballo). A causa xustificada a este respecto tanto pode ser subxectiva e representar un comportamento imputable ao traballador (despido por feito imputable ao traballador), como obxectiva (como sucede, por exemplo, no despedimento colectivo ou na extinción de postos de traballo).

2. POR FEITO IMPUTABLE AO TRABALLADOR

A) Consideracións xerais

Seguindo a orde do Código referirémonos, en primeiro lugar, ao despedimento por feito imputable ao traballador. Con este fin, comezaremos por observar que o lexislador do Código optou inequivocamente por clasificar o despedimento como unha modalidade de resolución dun contrato –de feito, a Subsección I da Sección IV do Capítulo IX do Título II do Libro I do Código ten precisamente o epígrafe “resolución”– e como unha reacción ao incumprimento ou cumprimento defectuoso do contrato de traballo polo traballador. Aínda cando se trate dunha perspectiva compartida por moitos, está, non obstante, lonxe de ser pacífica e ilustra ben os perigos dun lexislador empeñado en facer doutrina. En efecto, o despedimento por feito imputable ao traballador é, tamén, unha sanción disciplinaria (*vide* artigo 366 apartado f) e a responsabilidade disciplinaria non se confunde coa responsabilidade civil (contractual ou extracontractual) polo que, de partida, non deixa

317 Cfr., por exemplo, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Incumprimento Contractual e Justa Causa de Despedimento*, Estudos do Instituto de Dereito do Traballo, vol. II, Justa Causa de Despedimento, Almedina, Coímbra, 2001, páxinas 93 e segs., páxina 108: “o despedimento é unha forma de rescisión unilateral do contrato de traballo no que a iniciativa corresponde ao empregador”.

de ser insólito que se presente como sanción disciplinaria un mecanismo (a resolución do contrato) previsto no dereito civil. A cualificación do despedimento como resolución do contrato suscita, en verdade, cuestións moi delicadas: ante todo cabe preguntarse se o despedimento só representa unha reacción ao incumprimento do contrato de traballo. Supóñase que o traballador comete adulterio coa muller do patrón; ou que no seguimento dunha investigación policial se descobre na casa do director dunha escola infantil unha enorme colección de materiais pedófilos; ¿poderíase despedir aos traballadores baseándose en este fundamento? ¿E habería ademais unha violación do contrato de traballo (ou polo menos, unha violación de deberes accesorios de conduta)? Polo menos en certas situacións –por exemplo, o traballador que, no seu día de descanso, atropela mortalmente, ao conducir embriagado, a unha persoa que non sabe que é o fillo do seu empregador– pode poñerse en dúbida a existencia de violación do contrato de traballo. Resta saber se o medio adecuado de reacción nestes casos será o despedimento –como pretende un sector da doutrina³¹⁸– ou se non será máis ben a caducidade sempre que a imposibilidade de recibir o traballo non se entenda en termos estritamente naturalísticos.

Pero mesmo cando se entende que o despedimento é sempre unha resposta a un incumprimento (ou cumprimento defectuoso) do contrato de traballo, subsisten outras razóns para cuestionar a equiparación do despedimento á resolución do contrato. Así, ao ser o despedimento unha sanción disciplinaria, está suxeita, na súa aplicación, ao respecto polo principio da proporcionalidade, consagrado, fundamentalmente, no artigo 367 do Código. A existencia de sancións disciplinarias menores que, de feito, foron xurdindo e estendéndose para proporcionar unha alternativa viable en moitos casos ao despedimento, implica que o empregador só pode facer uso do despedimento cando, de boa fe, non se lle esixe recorrer a outra sanción, fronte á gravidade do comportamento e da culpa do traballador. A nosa xurisprudencia reiterou a necesidade dun comportamento altamente censurable do traballador, ou sexa, a necesidade de culpa grave do infractor, para que sexa lexítimo recorrer ao despedimento. A censura adquire aquí unha importancia que non

318 Cfr., por exemplo, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Justa causa de despedimento: concepto e ónus da prova*, RDES, ano XXX (III dá 2.ª Série), 1988, páxinas 10 e segs., páxina 24, para quen o comportamento susceptible de representar causa xustificada non ten forzosamente que ser unha infracción disciplinaria. Para o autor, non se podería tampouco inferir tal ilación da necesidade dun proceso disciplinario, podendo producirse causa xustificada sen proceso disciplinario (*op. cit.*, páxina 23). Así, por exemplo, poderían producirse comportamentos culposos do traballador que, aínda que non impliquen responsabilidade disciplinaria, fixesen inesixible na práctica a continuidade da relación de traballo (o autor pon o exemplo do traballador que fóra do ámbito da empresa comete un crime de homicidio contra un familiar do patrón). Pensamos que o autor ten razón no esencial: determinados comportamentos da vida persoal do traballador poden, en efecto, facer imposible a continuidade da relación, non podendo esixirse ao empregador que soporte ou tolere a súa permanencia. A nosa dúbida consiste só en saber se o despedimento é o medio axeitado para rescindir o contrato nestes casos.

asume, polo xeral, na resolución do contrato. É certo que tamén na resolución se esixe que o incumprimento do contrato sexa grave, de acordo coa economía daquela relación contractual, á luz do interese do acredor, pero normalmente non é necesario que haxa culpa grave do debedor, porque a distinción entre os diferentes graos de culpa non é, polo xeral, de importancia decisiva na responsabilidade contractual (xa que a culpa do debedor presúmese, fronte a unha situación de incumprimento). O poder disciplinario representa o punto de encontro por excelencia entre o contrato e as necesidades da organización; de aí que a función ou o propósito dunha sanción disciplinaria –mesmo da sanción última e final que é o despedimento– non se poida reducir ou circunscribir ao horizonte daquel contrato. Na nosa opinión, é pobre e reducida a visión da infracción disciplinaria como simple violación contractual, cando a infracción é relevante tamén na medida en que pon en cuestión a disciplina e a paz da empresa. Máis que o incumprimento do contrato, o que está en xogo é manter a funcionalidade dunha organización, reafirmar a autoridade, “apagar” a impresión negativa causada por ese “mal exemplo”. De aí que na ponderación da gravidade da infracción haxa que atender a factores como a súa repercusión no ambiente da empresa, as relacións entre compañeiros, o pasado disciplinario do infractor, factores todos que non se teñen en conta en ningunha outra resolución de contrato. Ao ter o despedimento unha finalidade marcadamente punitiva e, principalmente, preventiva, e ao presupór un forte xuízo de censura persoal –que pode estar case ausente na resolución doutros contratos en que, por exemplo, pode estar en xogo a responsabilidade do debedor polo comportamento de auxiliares– parécenos completamente inadecuado partir aquí da presunción de culpa do debedor. É certo que, como veremos, non será suficiente para servir de base a un despedimento, porque este presupón, segundo creemos, unha culpa grave, pero ante o carácter punitivo da sanción e o feito de que esta se presente como a reacción a un comportamento persoal censurable, nos parece que se debería partir máis ben da presunción de inocencia do acusado disciplinariamente.

Por algo foi historicamente moi ardua a afirmación de que o despedimento é unha infracción disciplinaria –este parece confundirse, efectivamente, coa resolución, que é un mecanismo civilista de reacción a incumprimentos contractuais. Pero, en realidade, o despedimento é un equivalente funcional que substitúe á resolución de dereito común, sen confundirse con ela (o que é máis visible nos sistemas en que se esixe resolución xudicial).

B) Concepto

O nº 1 do artigo 396 do Código do Traballo, nunha formulación xa tradicional entre nós, establece que constitúe causa xustificada de despedimento, “o comportamento culposo do traballador que, pola súa gravidade e consecuencias, fai inmediata e practicamente imposible o mantemento da relación de traballo”.

A primeira nota a destacar en relación a esta cláusula xeral é a de que se esixe un comportamento culposo do traballador. Ten que tratarse, polo tanto, dunha conduta propiamente humana e voluntaria do traballador (e non por exemplo de actos reflexos)³¹⁹ que permita a formulación dun xuízo de censura. Exclúense, en principio, comportamentos que non sexan do propio traballador, senón, por exemplo, dos seus familiares, polo menos se non se pode demostrar a instigación por parte do propio traballador ou, acaso a súa complicidade³²⁰. Así, e por poñer como exemplo un caso francés, se unha traballadora se desafoxa na casa e revela a membros do seu ámbito familiar dificultades na súa relación co seu superior xerárquico e a irmá preséntase ao día seguinte na empresa e insulta ao referido superior xerárquico non se pode en rigor dicir que hai causa xustificada para o despedimento, sempre que non se probe que a traballadora instigou tal actitude³²¹. Pódese producir unha violación do deber de sixelo, pero esa, de existir, non parece suficiente para xustificar unha sanción tan grave como a do despedimento. Ademais de tratarse dun comportamento do propio traballador e dun comportamento ilícito³²² e culposo, pola súa gravidade e consecuencias ten que facer práctica e inmediatamente imposible, segundo se di, o mantemento da relación de traballo. Ten que existir, por conseguinte, unha gravidade subxectiva (culpa grave) e unha gravidade obxectiva, esixíndose que o comportamento do traballador teña tales consecuencias que non poida esixírselle ao empregador o mantemento do contrato de traballo. En efecto, a lei esixe que tanto a gravidade do comportamento en se mesmo, como as súas consecuencias, fagan imposible (inesixible) a continuidade da relación laboral. Por conseguinte, parece que o comportamento do

319 Este aspecto é destacado por JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Tipificações legais da justa causa. A "lesão de interesses patrimoniais sérios da empresa" e a "prática intencional, non ámbito da empresa, de actos lesivos da economía nacional"*, Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, vol. II, *Justa Causa de Despedimento*, Almedina, Coímbra, 2001, páxinas 135 e segs., páxina 137.

320 Entre nós, pode lerse na sentenza do Supremo Tribunal de Xustiza do 17 de novembro de 2004, que "configura causa xustificada de despedimento a conduta da traballadora que incorre en desobediencia reiterada ás ordes lexítimas dadas polos superiores xerárquicos, provoca repetidos conflitos con compañeiros de traballo e superiores xerárquicos, e practica, no ámbito da empresa, ameazas, violencias físicas e aldraxes, por se mesma e a través de familiares, sobre traballadores da empresa e superiores xerárquicos". Da lectura da sentenza resulta, ademais, que o comportamento persoal da traballadora xa era por si só suficiente para xustificar o despedimento, ademais de que todo facía crer que a intervención dos seus familiares fora provocada por ela.

321 Véxase o que afirma ao respecto LUCE PELTIER, *op. cit.*, páxina 1328: «mesmo se existe o 90% de probabilidades de que Mademoiselle Dalila Benamsili sexa en realidade cómplice, non hai ningunha proba contra ela. Agora ben, o dereito non se funda en pretensións senón en probas ».

322 Así, tamén, JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *op. cit.*, páxina 137: a referencia legal á culpa presupón, obviamente, que o comportamento é, dende logo, ilícito. En sentido aparentemente diferente cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Justa Causa de Despedimento...*, cit., páxina 5, n. 9, que afirma "aínda que non necesariamente, para nós, un comportamento ilícito está habitualmente na base da causa xustificada de despedimento". A referencia "non necesariamente" compréndese, porque o autor entende que o despedimento non ten forzosamente carácter disciplinario.

traballador ten que ser grave e simultaneamente ter consecuencias apreciables; en canto á gravidade do comportamento debe traducirse nun comportamento practicado con culpa grave (dolo ou negligencia grave) pola proporcionalidade que se esixe entre o despedimento (a última das sancións) e o grao de culpa do traballador. Parécenos, pois, inaceptable a visión que se transloce xa nalgunhas sentenzas segundo a cal abundaría para que houbera causa xustificada cunha culpa “moderada” do traballador.

En relación ás consecuencias, estas deberán consistir nun prexuízo grave para o empregador, aínda que tal prexuízo non sexa necesariamente de orde patrimonial. En efecto, as consecuencias perniciosas poden consistir en minar a autoridade do empregador (ou do superior xerárquico), danar a imaxe da empresa ou nun dano por así dicir “organizacional”. Referímonos, con isto, ao que vulgarmente se coñece como a perda de confianza no traballador. Así, cando o traballador practica un roubo dunha pequena contía en diñeiro ou dun obxecto de valor moi reducido o prexuízo que pode estar en xogo non é tanto o prexuízo patrimonial, como a destrución da confianza mínima en que se basea a relación laboral. E cando un traballador por conta allea non informa o seu empregador dun potencial conflito de intereses pode xerarse a mesma destrución da confianza mutua. Sirva de exemplo un caso acontecido entre nós: un arquitecto cuxa actividade por conta allea consistía en elaborar estudos e proxectos de sinalización de hospitais, pasou a ser socio e xerente dunha sociedade que realizaba proxectos desa natureza e “nun determinado momento, suxeriu á entidade patronal a consulta de entidades distintas para a execución dun proxecto, sendo a referida sociedade unha daquelas entidades, e, unha vez competente para valorar as propostas presentadas, propón coa autoridade conferida a adxudicación dos traballos á mesma sociedade”³²³. O Supremo Tribunal de Xustiza entendeu que había aquí causa xustificada de despedimento por violación do deber de non concorrencia, léndose, ao respecto, na sentenza, que “na violación da prohibición da concorrencia hai unha especie de ilícito de perigo, non sendo necesaria a efectividade dos danos”. Na nosa opinión, non obstante, a violación grave do deber de lealdade, ao omitir o traballador a referencia ao conflito de intereses, tradúcese nun dano efectivo, aínda que non necesariamente dende o punto de vista patrimonial: a destrución da confianza mínima que serve de soporte á relación de traballo. E a violación grave do deber de lealdade consistiu, na nosa opinión, na omisión de información respecto do conflito de intereses e en asumir o traballador o papel decisor en relación ás distintas propostas presentadas, sen informar ao empregador da circunstancia de que era socio dunha das entidades. Tal violación grave do deber de lealdade existiría mesmo aínda que non se puidese falar de ningunha violación do deber de non concorrencia.

³²³ Sentenza do Supremo Tribunal de Justiza de 12 de Maio de 2003, in ADSTA nº 507, 2004, páxinas 451 e segs.

C) Referencia á causa xustificada

Este concepto de causa xustificada expresa, polo tanto, a idea de que o despedimento representa unha *ultima ratio*, á que só é posible recorrer cando non pode esperar que un empregador, actuando de boa fe, tolere o mantemento da relación.

En ocasións, certa doutrina invoca ao respecto a necesidade dun prognóstico en canto á evolución futura do contrato e afirma que a causa xustificada é relevante fundamentalmente porque a destrución da confianza depositada no traballador ten un valor sintomático ou indicador en canto á execución futura do contrato –o que relevaría sería principalmente o perigo de incumprimento futuro, moito máis que o incumprimento pasado³²⁴. Aceptamos que o despedimento, como calquera outra sanción disciplinaria ten unha eficacia preventiva e, neste sentido, apunta ao futuro. Parécenos, non obstante, que non hai necesidade de grande especulación ou prognóstico sobre o futuro da relación: o comportamento do traballador fai inviable no presente aquela relación, non sendo esixible ao empregador a súa continuidade. Esta referencia, na nosa opinión excesiva, ao futuro e a presentación do comportamento do traballador como mero indicio de violacións futuras do contrato (ou que xeran tal risco) pode ser perniciosa, especialmente cando fai esquecer que o que importa, a fin de contas, é a gravidade do que xa pasou e non a especulación en canto ao futuro. No caso contrario, o despedimento xustifico converteríase nunha especie de despedimento por perda de confianza –figura que existiu, por exemplo, no pasado, en Francia, pero que desapareceu dese ordenamento– en que o comportamento do traballador asume un valor simplemente indicativo de incumprimentos futuros. E un indicio ou síntoma non tería que ser moi grave... Parécenos que esa é, de feito, a visión adoptada, desafortunadamente, pola sentenza do Supremo Tribunal de Xustiza do 5 de xuño de 2002³²⁵, en cuxo texto se pode ler, precisamente, que “a perda de confianza non depende de prexuízos concretos nin

324 Así, por exemplo, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Justa causa de despedimento...* cit., páxina 13, en que o autor subliña a importancia do “prognóstico sobre os efectos dos feitos no futuro da relación laboral”, citando, ao respecto, un extracto dun estudo anterior en que tal perspectiva foi defendida de modo aínda máis enfático: “estamos a tratar cun especial medio de defensa contractual, que se dirixe, unicamente e por definición, ao futuro das relacións xurídicas. En realidade, se o noso tema é o do despedimento como resposta ás violacións contractuais, de aí que só importe o futuro, non o pasado, a parte do contrato aínda viable, non a tornada imposible –non o que foi, senón o por vir” (páxina 14, n. 25). Este prognóstico sobre a viabilidade da relación de traballo é, de feito, un dos factores que segundo o autor (*op. cit.*, páxinas 36-37) dificultan a tarefa probatoria do empregador por canto trataríase dunha “previsión a efectuar por medio de xuízos que non son naturalmente xuízos de feito e que, polo tanto, tampouco poden ser obxecto de alegación e proba” (*op. cit.*, páxina 37). Na nosa opinión, se é exacto que o pasado non pode corrixirse nin se modificar e que o propósito das sancións disciplinarias é esencialmente preventivo e, por conseguinte, “volto” cara ao futuro, é precipitado e inexacto concluír pola total irrelevancia do pasado.

325 ADSTA nº 494, 2003, páxinas 329 e segs. Na sentenza pódese ler que “a perda de confianza por parte da entidade empregadora non depende da existencia de prexuízos concretos nin, tampouco, da existencia de culpa grave do traballador, senón máis ben da materialidade dun comportamento violador dun deber, unido a un moderado grao de culpa”. Pero, entón, cabe preguntarse se o que ten que ser grave é o comportamento do traballador ou a perda de confianza.

sequera da existencia de culpa grave do traballador, senón máis ben da materialidade dun comportamento violador dun deber, unido a un moderado grao de culpa”³²⁶.

É tradicional que nesta materia se distinguan varios compoñentes do concepto de causa xustificada, como son o comportamento do traballador, as consecuencias deste, a imposibilidade de mantemento da relación e a esixencia dun nexo de causalidade entre o comportamento grave e as súas consecuencias e a devandita imposibilidade. O certo, non obstante, é que o concepto de causa xustificada é un concepto unitario que só por razóns didácticas ou de facilidade de exposición terá sentido descompoñer.

É opinión común que se trata dun concepto indeterminado que só en cada caso concreto poderá ser axeitadamente comprendido. Trátase, polo demais, na nosa opinión dun concepto cuxa correcta comprensión depende das normas sociais, tendo que considerarse todas as circunstancias que no caso concreto se mostren relevantes. Así, e por poñer só un exemplo, a verificación dunha aldraxe e da gravidade desta pode depender de factores tan diversos como a zona do país (algunhas palabras non teñen o mesmo peso ou significado en todo o territorio nacional), a dimensión da empresa, en especial cando se trata dunha pequena empresa cun ambiente marcadamente familiar ou permisivo, o tipo de relacións entre empregador e traballador e mesmo o tipo de industria en cuestión (a mesma palabra pode ser practicamente banal na construción civil e moi inxuriosa nunha oficina ou nun banco). Pode mesmo dicirse que non é posi-

326 *Op. cit.*, páxina 341. dado que o cumprimento da cláusula xeral depende das circunstancias do caso concreto e que lle é inherente certo momento creador na aplicación do Dereito, ao que se engade que a materia de feito só se transloce de forma incompleta no texto final da sentenza, é moi delicado e difícil para o comentador da lei criticar unha decisión xudicial nesta materia. Non podemos, sen embargo, deixar de manifestar certa estranxeza ante determinados aspectos desta decisión; a sentenza refire que a traballadora que foi despedida tivera unha relación sentimental co antigo xerente e a nova xerente, que tiña o mesmo apelido do anterior (¿coincidencia? ¿ou todo sucedeu nunha empresa familiar? ¿e, de ser así, habería algún parentesco entre o anterior e a nova xerente?), censurou publicamente a traballadora por esa relación afectiva e, en presenza dos outros traballadores, púxolle diante unha folla dicindo que esperaba que dimitise, o que non sucedeu...A traballadora foi acusada a partir de aí dunha serie de comportamentos que o Tribunal considerou que representaban unha grave violación do deber de celo e dilixencia, pero que, coa posible excepción dun deles, non nos parece que sexan tan graves: non comunicou varios recados telefónicos que recibiu, en certa ocasión puxo de xeito brusco na mesa da xerente os documentos que tiña que entregar, continuou tratando a xerente de ti como era costume anterior, mesmo despois de pedírselle que non o fixese e tomou unha decisión equivocada que non tiña competencia para tomar (e niso cremos efectivamente que pode existir unha infracción de certa gravidade) sobre un desconto un cliente, coa consecuencia posible, pero non certa (como, de feito, pódese ler na sentenza, páxina 342, “non podéndose impedir a eventualidade de prexuízos de orde material, na medida en que aquela sociedade ameazou con non volver a comprar mercadorías á acusada”), de que a empresa perdese o devandito cliente. Estes comportamentos consideráronse causa xustificada para recorrer despois ao despedimento, sen que á traballadora lle fose antes aplicada ningunha sanción disciplinaria, afirmando o Tribunal que “o feito de que esta [a actora] traballe para a acusada dende hai moitos anos sen ningún problema disciplinario non fai diminuír a dimensión do seu comportamento” (páxina 342). É curioso que non se lle atribuíra ningunha relevancia ao examinar a culpa e a gravidade do sucedido á censura que a xerente fixera en público e á “cerimonia pública” de esixir a dimisión da traballadora; segundo cremos, confundíuse neste caso causa xustificada de despedimento coa mera perda de confianza.

ble afirmar en abstracto a existencia de causa xustificada en ningún comportamento sacado do seu contexto: así, por poñer un exemplo de Bernardo Lobo Xavier, a violencia física dun traballador sobre un cliente serían normalmente infracción grave, pero a situación cambia de forma cando se verifica que o traballador é un instructor de artes marciais e que a violencia ou forza física empregada sitúanse dentro do que é adecuado na aprendizaxe da devandita técnica de combate. E, para empregar outro exemplo, extraído da xurisprudencia italiana, utilizar sen autorización papel timbrado da empresa é infracción disciplinaria, pero o despedimento preséntase como claramente desproporcionado cando o traballador só o utilizou para comprar medicamentos para as vítimas dun terremoto co diñeiro que para tal efecto reuniron traballadores da empresa...

Dedúcese, de feito, do propio nº 2 do artigo 396 que a apreciación da causa xustificada pode ser tarefa complexa, xa que hai que ter en conta múltiples factores. Entre estes parécenos importante destacar o peso que pode, en cada caso concreto, atribuírse á antigüidade do traballador, á súa posición xerárquica e ás funcións de especial confianza que este pode exercer. Deberá, igualmente, terse en conta a eventual tolerancia ou pasividade do empregador ante comportamentos dese tipo e á práctica disciplinaria adoptada por este.

Cremos que segue correspondendo ao empregador a alegación e proba da existencia de causa xustificada ou, máis precisamente, a alegación e proba de feitos que permitan ao tribunal decidir a existencia de causa xustificada. Nun dos seus estudos sobre o tema, Bernardo Da Gama Lobo Xavier destacou a dificultade no cumprimento desta carga probatoria que resultaría, dende logo, da complexidade e variedade dos vectores a ter en conta para decidir acerca da existencia ou non de causa xustificada. Subliñou tamén a presenza de conceptos valorativos que, en rigor, non poderían ser obxecto de proba –por exemplo, a culpa do traballador ou, mesmo, a gravidade dunha aldraxe³²⁷. Cremos, non obstante, que, sen negar o indiscutible interese da meticulosa análise da causa xustificada realizada polo autor³²⁸, este sobreestimou, polo menos en parte, a

327 Cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Justa causa de despedimento...*, cit., páxina 53. Na nosa opinión, o que hai que probar é tan só que nun determinado contexto social, de acordo con certas convencións sociais, dentro dun determinado grupo ou comunidade, certo comportamento ten o valor dunha aldraxe á que se atribúe unha determinada gravidade. Tanto a existencia da aldraxe como a súa gravidade dependen certamente de xuízos e de convencións sociais e dunha certa adecuación social; pero iso non impide que para o dereito sexan tamén feitos, feitos sociais é certo, feitos que son o resultado da aplicación doutros sistemas de normas, pero que integran as previsións das normas xurídicas. E de aí que nos pareza perfectamente intelixible afirmar que alguén ten a carga da proba dunha aldraxe ou da súa gravidade. Levado ás súas últimas consecuencias o razoamento de BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER conduciría a que nada se pode probar en Dereito, a non ser feitos naturais absolutamente separados de convencións sociais e de xuízos de valor (aínda que é certo que mesmo nese caso os feitos naturais poden estar tamén “contaminados” pola propia estrutura de pensamento e pola linguaxe humana que tampouco son neutras).

328 Debido a que, como o autor destaca, *op. cit.*, páxina 10, “faise necesario ter unha idea segura acerca da causa xustificada co fin de saber o que hai que demostrar para comprobala xudicialmente”.

referida dificultade. Como é evidente, dende logo, o empregador non ten que probar as múltiples constelacións posibles dos diversos elementos ou vectores relevantes, senón só aquela que se produce en cada caso concreto; na nosa opinión –e tamén neste aspecto discrepamos do autor– non hai tampouco que realizar ningún prognóstico máis ou menos desenvolvido do futuro sombrío que tería aquela relación de traballo, de continuar, senón simplemente persuadir ao tribunal de que a mesma relación non ten futuro, non sendo esixible ao empregador o sacrificio de proseguir a relación. E mesmo se se admite que a culpa como tal é un concepto normativo que non poderá ser propiamente probado, non parece que se deba dicir o mesmo doutros feitos sociais como, por exemplo, a gravidade dunha aldraxe (¿e, porque non, da propia existencia dunha “inxuria”?) É certo que a gravidade dunha aldraxe depende de convencións sociais e resulta da aplicación doutras normas (como, por exemplo, de cortesía ou de etiqueta), pero iso non significa que o Dereito non a aprenda como un feito, aínda que un feito social. Sería, en verdade, extremadamente difícil –cando non imposible– atopar feitos “puros” completamente intocados por normas e xuízos de valor.

O art. 396.1 contén unha cláusula xeral que se concreta, como di Menezes Leitão³²⁹, a través de dúas vías: por un lado, a indicación de factores a ter en conta na apreciación da causa xustificada e, por outro, unha enumeración meramente exemplar. En relación á enumeración exemplar contida no nº 3, parécenos que ningún deses apartados evita a verificación da cláusula xeral contida no nº 1. Haberá que facer só unha excepción: na parte final do apartado g) do nº 3 considérase que existe causa xustificada “independentemente de calquera prexuízo ou risco” no suposto de que o número de faltas inxustificadas complete nun ano 5 seguidas ou 10 descontinuas. Hai aquí unha certa desviación en relación ao principio xeral consagrado no nº 1, pero só na medida en que 5 faltas inxustificadas seguidas ou 10 descontinuas constituirán causa xustificada de despedimento sen necesidade de probar que as faltas tivesen consecuencias graves. Sen embargo, non se deduce diso, automaticamente, que 5 faltas inxustificadas seguidas ou 10 descontinuas no mesmo ano sexan necesariamente causa xustificada de despedimento^{330 331}: É que sempre se esixe

329 LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Código do Trabalho Anotado*, 2.ª ed., Almedina, Coímbra, 2004, páxina 295.

330 No sentido que cremos correcto pronunciouse, recentemente, a sentenza de 9 de abril de 2003 do Supremo Tribunal de Xustiza, ADSTA nº 504, 2003, páxinas 1857 e segs., aínda que respecto á lei anterior (pero o problema parece ser o mesmo fronte a o Código), na cal se pode ler que “o cumprimento do art. 9.º, nº 2, apartado g), da L.C.C.T. non implica a verificación automática da causa xustificada de despedimento, tendo que ponderarse a cláusula xeral contida no nº 1, do mesmo artigo 9.º, a través dun xuízo sobre a situación en concreto”.

331 En contra, aparentemente, de JOANA VASCONCELOS, *Concretização do Conceito de Justa Causa*, Estudos do Instituto do Dereito do Traballo, vol. III, Almedina, Coímbra, 2002, páxinas 207 e segs., páxina 221, que defende que o apartado sobre as faltas inxustificadas representa unha proposición xurídica completa; “un determinado número de faltas inxustificadas revela un índice obxectivo de absentismo que fai desaparecer a confianza da entidade patronal no exacto e puntual cumprimento futuro da prestación de traballo”.

culpa grave e da mera circunstancia de que as faltas sexan inxustificadas non sempre pódese inferir a existencia de culpa grave. Pénsese, por exemplo, na eventualidade de que a entidade empregadora viole o deber de ocupación efectiva e esixa ao traballador que se presente no lugar de traballo, aínda cando ao traballador non se lle vai atribuír ningunha tarefa (pode que mesmo xa se nomeara substituto). Neste caso, xa era de partida dubidoso que o traballador tivese a obriga de presentarse no lugar de traballo e que non puidese invocar a excepción do non cumprimento³³²; pero mesmo cando se entende que o traballador ten, na situación exposta, a obriga de comparecer, dificilmente se poderá entender que existe culpa grave pola súa parte se comeza a faltar (aínda cando non comunique a falta, o que a converte en inxustificada) por sentirse psicolxicamente perturbado e desexar evitar a humillación. Debe de feito recordarse que nun sistema como o noso en que as faltas poden ser inxustificadas simplemente por non ser comunicadas, sendo previsibles, coa antelación mínima de 5 días e sendo imprevisibles, o antes posible (*vide* artigo 229.6) ben pode suceder que haxa faltas inxustificadas en que a culpa do traballador é moi reducida.

D) Relación exemplar de faltas

Analizando agora a relación exemplar contida no nº 3, as situacións de desobediencia ilexítima, de provocación repetida de conflitos con outros traballadores e de falsas declaracións en relación coa xustificación de faltas e faltas inxustificadas, constitúen os casos esenciais con que se debateu a nosa xurisprudencia.

En relación á “desobediencia³³³ ilexítima ás ordes dadas por responsables xerarquicamente superiores” (artigo 396.3.a), trátase da violación polo traballador do seu deber de obediencia (implícito na propia subordinación xurídica) e consagrado no art.121.1.d). En efecto, o traballador ten a obriga de “cumprir as ordes e instrucións do empregador en todo o que respecte á execución e disciplina do traballo, salvo na medida en que se mostren contrarias aos seus dereitos e garantías”, establecendo o nº 2 do art. 121 que ese deber de obediencia non existe só en relación ás ordes e ins-

332 Sobre o tema en Italia cfr. MICHELE CARO, *Dequalificazione professionale e strumenti di autotutela*, RIDL 1996, parte II, páxinas 796 e segs., páxina 799, que di que, nese país, por exemplo, nos últimos anos, multiplicáronse decisións que admiten que o traballador descualificado/descendido de categoría ten o dereito de abandonar o posto de traballo e permanecer no propio domicilio a disposición do empregador, á espera de ser chamado para realizar as súas funcións anteriores ou outras equivalentes. Se vén entendendo que “permanecer inactivo na empresa podería ocasionarlle un grave dano profesional e moral”.

333 É necesario, non obstante, que se trate de auténtica desobediencia. Non se debe confundir coa desobediencia, en efecto, a actitude do traballador que non executou inmediatamente a orde, por poñer obxeccións técnicas, esperando a respectiva resposta, ou por solicitar aclaracións técnicas en canto ao modo de cumprila; en efecto, a desobediencia verdadeira e propia, en palabras do Supremo Tribunal de Xustiza, sentenza do 30 de xuño de 1993, ADSTA nº 382, 1993, páxinas 1077 e segs., páxina 1082, “presupón a vontade deliberada de incumprimento das ordes dadas”.

trucións³³⁴ dadas directamente por un empregador, senón tamén en relación ás ordes e instrucións provenientes dos superiores xerárquicos do traballador “dentro dos poderes que por aquel fóselle atribuídos”³³⁵. O feito de que o traballador teña un dereito-deber de formación profesional implica que, en principio, o traballador está obrigado a acatar as ordes de asistir a determinadas accións ou cursos de formación. Este deber de obediencia non se estende, obviamente, a outras materias que non sexan as relacionadas coa execución e disciplina do traballo³³⁶, nos termos legais; fóra diso, a desobediencia vólvese lexitima sempre que as ordes fosen contrarias aos dereitos e garantías do traballador. Trátase, dende logo, da salvagarda de dereitos e garantías laborais do traballador: así, o empregador non pode unilateralmente alterar a xornada normal de traballo, esixir a título definitivo funcións non incluídas no obxecto do contrato ou impoñer a un traballador o traballo no domicilio deste –Ordes neste sentido violan dereitos do traballador e a desobediencia será lexitima. De feito, en tales casos, podería mesmo afirmarse que non hai en rigor desobediencia, xa que tales ordes son ineficaces e non logran alterar o contido da relación laboral, polo que o que pode producirse é a mora do acredor, ao continuar o traballador ofrecendo a prestación nos termos contractualmente previstos e ao negarse ilicitamente o empregador a aceptala. Pero a desobediencia tamén pode ser lexitima por violación doutros dereitos do traballador, fundamentalmente dereitos que lle asisten, pero non polo seu contrato de traballo: así, xa se considerou, en Francia, que un traballador non ten que obedecer a orde de desviar accións de que era titular á empresa^{337 338}. Outro caso específico a ter en conta é o de ordes que poidan poñer en risco a vida ou a integridade física do traballador, en especial daquel cuxa prestación contractual acordada non implica tal risco. Resta saber se se poderá ir aínda máis lonxe e considerar como lexitima a desobediencia do traballador a ordes dadas polo empregador, pero que son ilegais, aínda que non representen unha violación das garantías e dos dereitos do des-

334 Está claro que, como destacou a sentenza do Supremo Tribunal de Xustiza do 23 de outubro de 1987, ADSTA nº 316, 1988, páxinas 551 e segs., páxina 551, “non é indispensable que se trate dunha orde actual e directa, abondando que o traballador viole normas preestablecer pola empresa que se converteran en habituais e que se atopen en vigor”.

335 En rigor, de feito, o traballador queda obrigado a obedecer a outras persoas que, nos termos legais, poidan exercer sobre el o poder de dirección, mesmo aínda que non se trate do propio empregador, nin dun superior xerárquico, como son, o cedente na cesión ocasional ou as empresas usuarias no traballo temporal.

336 En Francia os tribunais pronunciáronse no sentido de que un traballador non ten a obriga de participar nunha excursión organizada polo empregador, aínda que sexa nun día de traballo ou dentro do seu horario de traballo. En efecto, foi contratado para traballar e non ten a obriga de participar en actividades lúdicas extraprofesionais (cfr. PHILIPPE WAQUET, *Les libertés dans l'entreprise*, RJS 2000, páxinas 335 e segs., páxina 340).

337 Trátase da tutela da liberdade de contratar e de non contratar; sobre o tema cfr. JACQUES MESTRE, *Entre droit des contrats et droit du travail: l'activité contractuelle du salarié*, Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXe siècle, LGDJ, Paris, 2001, páxinas 673 e segs., páxina 675.

338 Como destaca THEO MAYER-MALY, *op. cit.*, páxina 7, un traballador pode negarse a expoñer publicidade da empresa no seu vehículo particular.

tinario da orde³³⁹. Xa se entendeu, en Francia, que non existía ningún deber de obediencia a unha orde do empregador de discriminar traballadoras do sexo feminino: así, cando un traballador encargado do recrutamento desobedeceu a orde de contratar só homes, tal desobediencia non foi considerada ilexítima³⁴⁰. Neste caso, non obstante, o propio traballador sería sempre, en caso de obedecer, o autor dunha conduta discriminatoria. Sen embargo, mesmo aínda que o traballador non se expoña a responsabilidade persoal, pensamos –como xa tivemos ocasión de dicir noutro estudo³⁴¹– que un poder privado non ten lexitimidade para ordenar unha práctica ilegal nin para sancionar ao seu subordinado no caso de desobediencia: en realidade, en calquera sociedade na que se tome en serio a legalidade, o cidadán debe obedecer primeiro á lei e só despois ao seu empregador. Tampouco se debe obediencia cando o exercicio da orde corresponde a un abuso de dereito –o que algúns autores utilizando a terminoloxía administrativa designan mesmo por desviación de poder– e a orde dáse con intención humillante ou vexatoria. Así, por exemplo, nun caso acontecido en Francia en que tras unha discusión, a superiora xerárquica dunha repositora dun supermercado tropezo deliberadamente cunha botella, tirouna ao chan e ordenou á traballadora que recollese os anacos. Mesmo cando tales funcións estivesen comprendidas no ámbito do que podía esixírselle á traballadora, se deducía do contexto da orde unha intención claramente humillante. Pénsese, tamén, no caso, de feito real, de que un superior xerárquico dite á súa secretaria a carta que ela mesma ía recibir no procedemento para o seu despedimento³⁴². Sobra dicir que nun caso destes a traballadora pode negarse a escribila, porque o que o empregador pretende é impoñerlle unha humillación suplementaria. Como caso de libro pode referirse a orde de abrir e pechar sucesivamente un burato ou de descargar e cargar varias veces o mesmo camión coas mesmas mercadorías. Máis delicada é a cuestión de saber se o traballador se pode negar a cumprir unha orde emanada do seu superior xerárquico, orde que o traballador sabe que é tecnicamente errónea e que podería mesmo provocar prexuízos graves: imaxínese que o traballador recibe do seu superior xerárquico unha orde sobre a utilización dunha máquina, orde que, seguida ao pé da letra, pode producir graves danos na máquina en cuestión. Para algúns autores habería aquí un conflito de deberes xa que o deber de obediencia do traballador colisiona co seu deber de celo e de custodia dos bens que lle foron confiados polo empregador (art. 121.1.f); para

339 Considérense, a xeito de exemplo, as situacións referidas por ALEXIA GARDIN, *Une illustration de l'insubordination du salarié: le refus d'exécuter une tâche*, Droit Social 1996, páxinas 363 e segs., páxina 366: é ilícita a orde dada a un traballador para falsificar ou ocultar documentos contables ou a orde do empregador que quería que o seu traballador adoptase prácticas fraudulentas na venda de vehículos usados. Tamén é xustificada a negativa a administrar medicamentos a persoas de idade cando só un enfermeiro está habilitado para facelo.

340 O caso é relatado por ALEXIA GARDIN, *op. cit.*, páxina 366.

341 Remitímonos a JÚLIO GOMES, *Deve o trabalhador subordinado obediência a ordens ilegais?*, Trabalho e Relações Laborais, Cadernos Sociedade e Trabalho, nº 1, Oeiras, 2001, páxinas 183 e segs.

342 Estes casos extraídos da xurisprudencia francesa son referidos por ALEXIA GARDIN, *op. cit.*, páxina 367.

outros, sen embargo, o traballador podería (e debería) advertir ao superior xerárquico, pero se este persistise na orde só tería, como moito, a posibilidade de esixir que a orde fose dada por escrito, debendo a continuación obedecer.

En relación coa “provocación repetida de conflitos con outros traballadores da empresa” (apartado c) do nº 3 do artigo 396) unha vez máis hai que interpretar este apartado (como, de feito, todos os demais) á luz da cláusula xeral. Así, dende logo, ao ser a enumeración do nº 3 meramente exemplar, pode constituír causa xustificada de despedimento a provocación de conflitos con persoas que non sexan traballadoras por conta allea da mesma empresa, senón clientes, subministradores, traballadores doutra empresa que comparte o mesmo local, traballadores de empresa de traballo temporal ou cedidos por outra empresa, etc. Pero, por outro lado, ao esixir que a provocación de conflitos con traballadores da mesma empresa sexa reiterada, a lei parece suxerir que un conflito ocasional ou esporádico, que non sexa de extrema gravidade, non será, normalmente, causa xustificada para un despedimento. Ademais, esixese que o traballador ao que se pretende despedir verdadeiramente provocara o conflito, o que exclúe, non só as situacións en que este se limita a reaccionar en lexítima defensa –e neste caso o seu conduta nin sequera será ilícita– senón tamén certas situacións en que o traballador é continuamente provocado e mesmo vítima de acoso ou *mobbing*, ata o punto de que nun determinado momento se ve forzado a reaccionar, nalgúns casos por desespero, máis ou menos violentamente –casos en que un observador externo que esqueza ou non contemple toda a historia da relación considerará á verdadeira vítima³⁴³ como a autora do conflito. Tales situacións son, polo demais, frecuentes cando o grupo atopa un chibo expiatorio e de aí a necesidade de que os tribunais non se limiten a considerar este ou aquel incidente illado³⁴⁴.

343 Este aspecto é destacado, por exemplo, por ALAIN CHIREZ, *A mésentente reste-t-elle une cause de licenciement?*, do 2005, páxinas 45 e seg., páxina 46, que, tras referir que a vítima de *mobbing* é frecuentemente condenada ao illamento no grupo, alimentándose así ao convicción común de que é de trato “difícil” o “complicado”, é natural que esta apareza, despois, como a causante aparente dun conflito. E o empregador, mesmo cando non é autor nin cómplice do *mobbing*, sentirase tentado a cortar o mal de raíz, desembarazándose da “ovella negra”. De aí a advertencia do autor: «Nada máis normal que a desavianza real cuxa orixe causal é claramente imputable ao traballador constituía, se é duradeira e prexudicial, unha causa de despedimento. A desavianza sufrida polo asalariado, programada por técnicas ilexítimas, non pode evidentemente ter a mesma consecuencia. E a dúbida debe beneficiar ao traballador »

344 Demostrando que a realidade supera, ás veces, a ficción, a *Cour de cassation*, en sentenza do 27 de novembro de 2001, negou a existencia de causa xustificada no despedimento dun traballador, cadro dunha empresa, encargado da xestión dun equipo, co cal o resto dos traballadores se indispuerun debido a que este traballador non participara nunha folga e, nesa ocasión, defendera as posicións do empregador e representara á dirección da empresa nas negociacións. Mais tarde, todos os traballadores se negaron a traballar con el e cando o empregador suxeriu colocalo á fronte doutro servizo, atopouse co veto dos representantes dos traballadores. O empregador acabou por despedir ao traballador sen que existise propiamente ningunha actitude culposa por parte deste último, invocando só a hostilidade permanente do persoal, que carrexaba a imposibilidade de que este cadro dirixise o seu equipo. O tribunal decidiu, e acertadamente, que non existía ningunha causa xustificada para o despedimento... Sobre este caso cfr. FRÉDÉRIC-JERÔME PENSIER, *Mésentente entre plusieurs salariés de l'entreprise, Cause de licenciement*, Cahiers Sociaux du Barreau de Paris, nº145, páxinas 491 e sig.

No suposto de roubo practicado polo traballador a visión claramente dominante é a de que o que está en xogo non é só, e non é tanto, a cantidade roubada, senón a perda de confianza na persoa do traballador ocasionada polo roubo³⁴⁵. De acordo con esta perspectiva, que parece ser dominante, o roubo realizado por un traballador dunha cantidade, aínda que insignificante, pertencente ao empregador, a un compañeiro ou a un cliente, poría inexorablemente en cuestión a viabilidade da relación por facer desaparecer a confianza mínima necesaria nun contrato de traballo. Aínda que esta interpretación sexa, sen dúbida, defendible, un sector máis minoritario da doutrina³⁴⁶ e certa xurisprudencia italiana e alemá³⁴⁷ censurárona por ser excesivamente rigorosa. Así, algúns tribunais italianos³⁴⁸ tiveron en conta as funcións desempeñadas polo traballador, rexeitando que o roubo dunha pequena cantidade ou

345 Cfr., Entre nós, por exemplo, JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *op. cit.*, páxina 142, para quen o traballador que rouba unha pequena cantidade “quebra a confianza mínima en que se asenta a relación laboral” e aínda que o dano sexa resarcido polo traballador iso non exclúe a existencia de causa xustificada, principalmente se o resarcimento non fose espontáneo non se debese a arrepentimento. Esa é, tamén, a doutrina dominante, por exemplo, en Italia. Cfr., por todos, LUCIANA FORTE, *L'atto illecito compiuto dal dependente e a sua influenza sul rapporto fiduciario con il datore di lavoro*, RGL 2000, parte II, páxinas 460 e segs. Tamén en Italia se entendeu que a subtracción dun ben de valor moi pequeno polo traballador pode ser causa xustificada para despedimento xa que tal feito pode prexudicar a relación de confianza entre empregador e traballador. O relevante non é a gravidade do dano sufrido como consecuencia do roubo, senón a repercusión da conduta ilícita sobre a relación de confianza, ao facer xurdir a dúbida lexítima sobre a corrección do comportamento futuro. Noutro caso, en que un funcionario dunha peaxe non entregou o valor pagado por un usuario, entendeuse que había tamén causa xustificada xa que en tales circunstancias estes comportamentos ilícitos lesionan non só a confianza do empregador, senón tamén a do público na lealdade dos funcionarios dunha sociedade, dun banco ou dun supermercado. Tense en conta igualmente a extrema dificultade por parte dunha empresa de poñer en funcionamento medidas de seguridade para impedir roubos ou subtraccións de material no lugar de traballo.

346 Cfr., por exemplo, JEAN-PIERRE LABORDE, *Le droit du travail et les choses*, Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'Honneur du Professeur Jean Savatier, PUF, Paris, 1992, páxinas 267 e segs., páxina 276, que critica a noción de que sexa cal sexa a importancia da cousa roubada o roubo é causa xustificada de despedimento. Para o autor, haberá que considerar, en cada caso concreto, a antigüidade do traballador, os seus méritos anteriores, a escasa importancia do obxecto roubado, o que no fondo “corresponde á concepción da empresa como unha comunidade de persoas”.

347 Os tribunais alemáns xa decidiron (NZA 1985, 288) que nun despedimento por roubo debe valorarse a duración do contrato de traballo, isto é, a antigüidade do traballador, fronte a un roubo de valor moi reducido.

348 Véxase por exemplo, a decisión da *Cassazione*, en sentenza do 28 de setembro de 1998, de que era ilexítimo, por violación do principio da proporcionalidade entre infracción e sanción, o despedimento dun traballador que roubara catro ou cinco pequenas caixas de follas de afeitar. O tribunal destacou, en especial, a extrema xuventude do traballador, a ausencia de antecedentes disciplinarios e as funcións menores deste. A decisión foi, non obstante, severamente criticada por GIUSEPPE PERA, *Rubare non è grave?*, RIDL, 1999, Parte II, páxinas 185 e segs. Para o autor, *op. cit.*, páxina 186, o feito penalmente relevante contra o patrimonio do empregador debe selo, non tanto polo dano causado, senón polo seu valor sintomático, dada a gran dificultade, para unha empresa, de organizar defensas eficaces para impedir roubos e subtraccións de materiais da empresa e pola esixencia de prevención axeitada. O autor esgrime, ademais, *op. cit.*, páxina 187, o argumento de que quen rouba unha vez potencialmente estará en condicións de repetir o acto ata o infinito...

de obxectos de valor irrisorio sexa necesariamente causa xustificada de despedimento, por exemplo, cando o traballador exerce funcións que normalmente non o poñen en contacto frecuente con diñeiro ou, simplemente, en atención á significativa antiñüidade do traballador e aos bos e leais servizos prestados no pasado á empresa. Algúns autores invocaron o principio da bagatela en dereito penal ou a circunstancia de que un roubo pode cometerse nunha situación de grave necesidade, inestabilidade emocional, etc. Xa se decidiu, tamén, que o roubo non sería unha infracción disciplinaria constitutiva de causa xustificada cando o empregador se comportase como un axente provocador, recorrendo deliberadamente á técnica de colocar demasiado diñeiro na caixa como medio de probar a honestidade dos seus traballadores. De acordo coa conciencia social dominante, e a normas sociais establecidas, pode afirmarse, tamén, que existe unha certa *nuance**, certa diferenza, entre o roubo dunha cantidade en diñeiro e o roubo de obxectos ou cousas propiedade do empregador, pero de valor irrisorio: así parece desproporcionado o despedimento por o roubo duns cordóns, de 4 ou 5 caixas de follas de afeitar, dunha caixa de bombóns.

Aínda máis heteroxéneo que o roubo dunha cantidade de diñeiro é a utilización indebida para fins persoais de servizos proporcionados polo empregador exclusivamente para fins profesionais. Sirva de exemplo a utilización dos teléfonos da empresa para fins particulares, en especial cando está prohibida expresamente polo regulamento interno, orde de servizo ou outra norma equivalente. Interpretouse que, mesmo cando hai prohibición expresa, en atención a as normas sociais establecidas, débese permitir a utilización, por exemplo, do teléfono da empresa para fins privados, principalmente en situacións de urxencia (o traballador que ten un familiar enfermo telefona á casa para coñecer o seu estado). Á parte diso, hai que recoñecer que non sempre é doado distinguir os fins profesionais dos persoais: o traballador que telefona á casa porque o empregador, de forma imprevista, lle esixe que nese día realice horas extraordinarias está a facer unha chamada telefónica por causa do seu traballo ou profesión. Existiría unha infracción disciplinaria grave no uso, non ocasional ou esporádico, senón regular e sistemático do teléfono da empresa para chamadas persoais, aínda que quizais se deba ao prexuízo causado deste modo ao empregador.

Para garantir que o traballador non sexa só iso, deixando de ser persoa e cidadán, é necesario manter unha certa opacidade da persoa do traballador na relación laboral. Noutras palabras, é necesario tutelar a independencia da vida persoal do traballador fronte á súa vida profesional. De aí que múltiples aspectos da vida do traballador e da súa personalidade deban considerarse irrelevantes para a relación laboral e mesmo inaccesibles ao coñecemento do empregador. En principio, non poderán ser sancionados disciplinariamente, por poñer só algúns exemplos, a elección que o traballador faga en materia de adquisición de bens, as súas preferencias sentimentais, comportamentos que poden ser considerados pola conciencia social dominante como

* En francés en el original

desviados, insólitos, inmorais ou deshonestos, pero que nada teñen que ver co empregador nin co contrato de traballo. Se non fose así, substituiríamos a Inquisición medieval polo empregador moderno e estaríamos a permitir, en atención ao interese da empresa, o control por unha entidade privada dos vicios e virtudes de boa parte dos cidadáns que na súa maioría son traballadores por conta allea. Cremos, polo tanto, que non se debe conceder, en principio, ningunha relevancia como motivo de despedimento (ou aplicación doutra sanción disciplinaria), por exemplo, ao consumo de estupefacientes por un traballador fóra do tempo e do lugar de traballo cando en nada repercute na prestación de traballo que realiza.

Non obstante, de forma excepcional, hai que recoñecer a relevancia que algúns comportamentos da vida persoal do traballador teñen na relación laboral. Sobre todo porque a propia fronteira entre a vida profesional e a vida persoal é estreita e tende a atenuarse: un conflito entre traballadores fóra do horario e do lugar de traballo, pode non ter ningunha relevancia disciplinaria, pero non será así se o motivo do conflito estivese precisamente relacionado co contrato de traballo (pénsese no traballador que agride fisicamente o seu superior xerárquico, en día de descanso e fóra do lugar de traballo, pero en vinganza por asuntos profesionais). Ás veces, están en xogo deberes accesorios de conduta relacionados co contrato de traballo; hai quen, como nós, admite que o traballador non se obriga só a realizar unha prestación de traballo e a gastar unha determinada cantidade de enerxías, senón a cooperar de boa fe para o cumprimento dos fins do empregador. Deste modo, o profesor ou profesora de moral e relixión nunha escola católica debe absterse de caracterizar en público á Igrexa Católica como unha institución satánica; e non será, certamente, irrelevante en termos xurídico-laborais que o director dunha gardería infantil sexa condenado por pedofilia. Nalgúns deses casos, principalmente neste último, pode, non obstante, dubidarse que o que estea en xogo sexa o incumprimento ou o cumprimento defectuoso do contrato de traballo: o que parece suceder é máis ben o que Mancini xa describiu como unha especie de falta de idoneidade ou imposibilidade subxectiva sobrevida. Efectivamente, ao contratar un traballador para o exercicio de certas funcións, poden adquirir relevancia decisiva determinadas calidades persoais (ou, dito de forma negativa, e á inversa, pode ser determinante na decisión de contratar a ausencia de certas vulnerabilidades ou estilos de vida): na contratación, por exemplo, dun condutor para conducir un autobús escolar pode ter relevancia adicional a ausencia de determinados antecedentes criminais, dun historial de embriaguez (en especial de antecedentes de conducción con elevada taxa de alcoholemia) ou mesmo a saúde do traballador (que non sexa, por exemplo, epiléptico); se, con posterioridade á celebración do contrato, o traballador, aínda que sexa na súa vida persoal, agride violentamente un neno ou ten un accidente de circulación cando conducía o seu vehículo persoal en forte estado de embriaguez, tal circunstancia pode demostrar, no caso concreto, que o traballador carece ou pasou a carecer de certas características ou calidades persoais determinantes para a correcta execución das súas funcións. Máis que un xuízo de culpa –ás veces só se podería falar de culpa

“contra se mesmo”, categoría moi dubidosa– o que parece estar en xogo é unha especie de caducidade ou unha resolución fundada nunha alteración da base negocial, aínda que esta teña relación con certas calidades persoais do outro contratante que moitas veces se tiveron implicitamente por existentes e cuxo mantemento é esencial para unha correcta execución do contrato.

3. O PROCEDEMENTO DISCIPLINARIO

A) Procedemento ordinario

O procedemento disciplinario en caso de despedimento vén regulado nos artigos 411 a 418 do Código do Traballo. En caso de que se verifique un comportamento que poida ser integrante do concepto de causa xustificada o empregador deberá comunicar por escrito ao traballador a súa intención de proceder ao despedimento, achegado a explicación da causa xustificativa coa descrición pormenorizada dos feitos imputados ao devandito traballador. Segue sendo necesario, polo tanto, enviar unha acusación pormenorizada, e non xenérica, acompañada do aviso de que está en xogo a posibilidade de aplicación da sanción disciplinaria máxima, o despedimento. É necesario, por un lado, proceder a unha acusación pormenorizada porque unha acusación xenérica –como sería afirmar simplemente que “o traballador x violou gravemente o deber de lealdade”– non permite unha defensa eficaz.

Tamén é de grande importancia a comunicación da intención de despedir porque, doutro modo, o traballador optaría frecuentemente por non se defender, evitando un conflito xudicial co seu empregador que se traduciría, frecuentemente, aínda que os Tribunais lle desen a razón, nunha vitoria pírrica. En efecto, a experiencia demostra que o traballador que impugna con éxito sancións disciplinarias “menores” das que fora vítima corre o risco de irritar ao seu empregador ou superiores xerárquicos que moitas veces consideran esa actitude un desafío á súa autoridade (esta claro que, dende outro punto de vista, tamén existe un risco ao non impugnar unha sanción ilicitamente aplicada: é que o empregador pode invocar máis tarde a reincidencia para xustificar un despedimento e, de acordo con certa xurisprudencia o prazo de impugnación das outras sancións disciplinarias distintas do despedimento é só dun ano a contar dende a aplicación da sanción). A copia da comunicación da intención de despedir e da explicación da causa xustificativa deberán enviarse á comisión de traballadores e se o traballador fose representante sindical á organización sindical respectiva. A lei establece que o prazo de prescrición da infracción disciplinaria (art. 372.2) e o prazo para o exercicio do procedemento disciplinario, cuxa natureza como prazo de prescrición ou de caducidade é controvertido, interrómpense (cando anteriormente se suspendían). Tamén se interrompen os prazos no caso de procedemento previo de investigación que, sendo necesario para fundamentar a explicación da causa xustificativa, se inicie e se leve a cabo de forma dilixente, non mediando máis de trinta días entre a sospeita da existencia de comportamentos irregulares e o inicio da investigación, nin máis de trinta días entre a conclusión da investigación e a

notificación da explicación da causa xustificativa. Continúa sen preverse unha duración máxima da investigación, limitándose a lei a establecer que esta debe iniciarse e conducirse de forma dilixente. A investigación parece consistir nun acto preparatorio do procedemento disciplinario en si e non parece que durante a mesma haxa que respectar o principio de expediente contradictorio nin sequera que advertir ao traballador de que se lle abriu unha investigación previa en relación coa sospeita de comportamentos irregulares por parte do devandito traballador. Notificada a explicación da causa xustificativa o traballador dispón (art. 413 do Código do Traballo) de dez días hábiles “para o procedemento e responder á explicación da causa xustificativa, aducindo por escrito os elementos que considera relevantes para o esclarecemento dos feitos e da súa participación nestes, podendo achegar documentos e solicitar as dilixencias probatorias que se consideren pertinentes para o esclarecemento da verdade”. Parécenos evidente que o traballador pode recorrer a un representante para consultar o expediente; o empregador non pode, por conseguinte, negarse a facilitar o expediente ao avogado do traballador. De acordo co art. 414.1, “o empregador por se mesmo ou a través do instrutor que nomeara, procede ás dilixencias probatorias requiridas na resposta á explicación da causa xustificativa, a menos que as considere patentemente dilatorias ou non pertinentes, debendo, nese caso, alegalo fundamentadamente por escrito”. Dedúcese dos arts. 681.1.b) e 681.2 que a violación deste precepto representará infracción grave, a non ser que existindo fundamento para a ilicitude do despedimento, o empregador asegure ao traballador os dereitos previstos no art. 436. Non comprendemos o sistema legal: os dereitos previstos no art. 436 son consecuencia da ilicitude do despedimento que o empregador soportará en calquera caso (¿cómo asegurará o empregador ao traballador a reincorporación ao seu posto de traballo? ¿mediante o simple compromiso? ¿E que significa asegurar a indemnización –terá que prestar garantía?), pero o art. 414 refírese ás dilixencias que o empregador debe adoptar e que son, dende outra perspectiva, unha garantía para o traballador de que se fará un esforzo serio de instrución antes de decidir.

Dispone, como xa o facía a lei anterior, que o empregador non está obrigado a proceder á audiencia de máis de tres testemuñas por cada feito descrito na explicación da causa xustificativa nin máis de dez en total, engadindo a lei que corresponde ao traballador asegurar a respectiva comparecencia para tal efecto. Se ben se comprende, ata certo, esta carga do traballador en canto ás testemuñas exteriores á empresa, cremos que se as testemuñas sinaladas polo propio traballador son outros compañeiros, outros traballadores por conta allea do empregador, debería corresponder a este a carga de asegurar a súa comparecencia. Finalizadas as dilixencias probatorias, deberá facilitarse á comisión de traballadores copia integral do procedemento e, en caso de que sexa despedido un representante sindical, tamén á organización sindical respectiva, que pode, no prazo de cinco días hábiles engadir ao expediente un dictame fundamentado (trátase, como se ve, dunha mera facultade). Transcorrido o prazo de cinco días hábiles para que a comisión de traballadores e eventualmente a orga-

nización sindical engadan o ditame, o empregador dispón de trinta días para manifestar a súa decisión so pena de caducidade do dereito de aplicar a sanción. Esíxese aquí que o empregador tome a decisión nun prazo curto en caso de que considere probados comportamentos que fagan inmediata e practicamente imposible a continuidade da relación laboral. A decisión debe ser fundamentada e por escrito; a fundamentación non poderá alegar feitos que non consten na explicación da causa xustificativa (ou sexa, na acusación) ou na defensa escrita do traballador. Os feitos que non consten nunha ou outra só se considerarán se atenuan a responsabilidade do traballador. Na súa decisión o empregador debe ter en conta as circunstancias do caso concreto e debe valorar a adecuación do despedimento á culpabilidade do traballador así como os ditames que a comisión de traballadores e/ou a organización sindical teñan eventualmente achegado ao procedemento. A decisión fundamentada deberá ser comunicada “mediante copia ou transcripción ao traballador e á comisión de traballadores” e, en caso de despedimento de representante sindical, á asociación sindical respectiva. A declaración de despedimento é unha declaración recepticia que determina a extinción do contrato unha vez que chega ao poder do traballador ou ao coñecemento deste. Igual eficacia terá “a declaración de despedimento que por culpa do traballador non foi oportunamente recibida” (art. 416.2).

B) Simplificado para as microempresas

A lei prevé un procedemento alixeirado ou simplificado para as microempresas. En efecto, segundo o nº 1 do art. 418 as microempresas están dispensadas das formalidades previstas nos números 2 e 3 do art.º 411 (ou sexa, non é necesario remitir á comisión de traballadores, a non ser que o traballador despedido sexa membro desa comisión, copia da comunicación da intención de despedir e da explicación da causa xustificativa), no art. 413 (o traballador non terá que defenderse por escrito) no art. 414.1 e 3 (o empregador non terá que fundamentar por escrito a negativa a proceder a dilixencias probatorias que considere non pertinentes ou dilatorias, nin terá que enviar copia do expediente á comisión de traballadores, a non ser que o traballador despedido sexa membro desa comisión) e no art. 415 (resulta do nº 3 do art. 418 que están dispensadas de comunicar a decisión fundamentada á comisión de traballadores, a non ser que o traballador despedido sexa membro desa comisión). En caso de que o traballador sexa representante sindical non se aplicará este proceso simplificado, debendo expediente disciplinario respectar o establecido nos artigos 411 e seguintes.

Tamén neste expediente simplificado se garante a audiencia do traballador que entremetres poderá optar, no prazo de dez días hábiles, contados dende a notificación da explicación da causa xustificativa por unha alegación escrita dos elementos relevantes para o esclarecemento dos feitos e da súa eventual participación nestes, podendo requirirse a audiencia de testemuñas. A decisión de despedimento debe ser tamén fundamentada con descrición dos feitos imputados ao traballador e debe serlle comunicada por escrito.

C) Suspensión preventiva do traballador

A lei permite a suspensión preventiva do traballador. Esta suspensión non é, evidentemente, unha sanción disciplinaria, e non parece representar tampouco unha suspensión do contrato de traballo, tendo como fin evitar que a presenza continuada do traballador poida prexudicar o procedemento disciplinario ou mesmo a propia investigación. Trátase, tan só, dunha facultade á que o empregador botará mano se o considerase conveniente, sen que se poida inferir da opción do empregador de non recorrer a tal facultade nin unha renuncia ao despedimento³⁴⁹, nin sequera unha menor gravidade da infracción.

A suspensión preventiva sen perda de retribución será, dende logo, posible coa notificación da explicación da causa xustificativa (nº 1 do art. 417) pero será tamén posible mesmo trinta días antes da notificación da nota de culpa “sempre que o empregador, por escrito, xustifique que, tendo en conta indicios de feitos imputables ao traballador, a súa presenza na empresa é inconveniente, en especial para a investigación de tales feitos, e que non foi aínda posible elaborar a explicación da causa xustificativa”. Parécenos que se o traballador fose suspendido preventivamente antes da explicación da causa xustificativa e esta non lle fose comunicada nos trinta días seguintes, a suspensión deberá expirar, sen prexuízo, posiblemente, dunha nova suspensión preventiva cando lle fose notificada a referida explicación da causa xustificativa.

4. CONSECUENCIAS DA DECLARACIÓN DE ILICITUDE

A) Indemnización de danos e readmisión

En caso de que o despedimento sexa declarado ilícito³⁵⁰, o artigo 436.1 establece que o empregador é condenado a indemnizar ao traballador por todos os danos, patrimoniais e non patrimoniais, causados (apartado a)) e a reintegrar ao traballador ao seu posto de traballo, sen prexuízo da categoría e antigüidade do traballador. A primeira observación que hai que facer é o de que o Código consagra o principio de que o traballador ten dereito á reparación total do dano que sufrira. Á parte diso, prevese agora, na propia lei, que haberá lugar á compensación dos danos morais sufridos polo traballador.

349 Neste sentido cfr., por exemplo, a sentenza do STJ do 18 de marzo de 2004, ADSTA nº 518, ano XLIV, 2005, páxina 342: “a suspensión preventiva do traballador, durante o procedemento disciplinario, non é unha obriga da entidade patronal, senón unha facultade súa. O simple feito de non se producir tal suspensión non obsta á aplicación da sanción de despedimento, nin a volve ilícita”.

350 Algúns autores italianos consideran que esta terminoloxía non é a máis correcta, baseándose en que o despedimento consiste nun negocio unilateral e que sería máis correcto falar de nulidade do despedimento. Cfr., neste sentido, FABIO MAZZIOTTI, *Inefficacia do licenziamento e risarcimento do danno*, *Il Diritto del Lavoro*, 2001, Parte I, páxinas 415 e segs., páxina 416, que critica a tese que considera o despedimento simultaneamente como un negocio xurídico e como un feito ilícito.

A consecuencia normal da declaración de ilicitude do despedimento será a readmisión: en efecto, o despedimento, que fora eficaz nun primeiro momento, destrúese³⁵¹ de ser impugnado con éxito, impoñéndose a readmisión, so pena de que o acredor entre en amora. Pode en teoría discutirse, non obstante, se o que está en xogo é a amora do acredor ou máis ben a primacía da restauración natural do dano^{352 353}. Sexa como sexa, é de aplaudir a opción do Código de consagrar como efecto normal a readmisión, aínda que tal vez non sexa esta o estatisticamente máis desexado polos traballadores; así, segundo o artigo 438.1, o traballador pode optar pola readmisión na empresa ata a sentenza do tribunal. Curiosamente, o Código ao facer referencia á readmisión menciona a obriga do empregador de reintegrar ao traballador “ao seu posto de traballo”^{354 355}, non limitándose a dicir que o traballador non debe sufrir ningún prexuízo na súa antigüidade ou na súa categoría.

351 Parece poder dicirse que o despedimento pode ser anulado, destruíndose a eficacia deste a efectos retroactivos.

352 Ante a violación dun contrato, o ordenamento ofrece no espazo europeo continental a opción ao traballador entre a readmisión *in natura* e a indemnización equivalente. Hai casos en que a readmisión *in natura* é imposible e en que o cumprimento específico do contrato, dada a natureza persoal da prestación do debedor, por exemplo, non se pode esixir. Pero, en relación ao contrato de traballo, o noso ordenamento decidiu actualmente –ao contrario do que sucedía na LCT, e que explica que aínda hoxe se considere que o compromiso de contrato de traballo non é susceptible de execución específica, o que quizais debera ser obxecto dunha interpretación actualizadora– que o traballador pode optar pola readmisión, ou sexa, pode optar polo cumprimento específico do contrato. Trátase, non obstante, dunha opción que só a el lle corresponde, comprendéndose perfectamente que dada a natureza persoal da súa prestación non lle poida ser imposta a continuidade do contrato.

353 Cfr., por exemplo, BERNARD BOSSU, *Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise: vers un nouvel équilibre*, Droit Social, 1994, páxinas 747 e segs., páxina 756, que destaca a importancia da “efectividade das medidas que levan ao empregador a readmitir ao traballador” para obter a plena reparación do dano. Tamén ARIANNA AVONDOLA, *Il danno per licenziamento tra disciplina comune e disciplina speciale*, ADL, 2003, nº1, páxinas 297 e segs., páxina 299, afirma que a restitución do posto de traballo, ou readmisión, representa unha especie de resarcimento en forma específica.

354 Para MARCO PIVETTI, *Ombre e luci della giurisprudenza in tema di tutela in forma specifica*, Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale 2005, ano LVI, páxinas 145 e segs., páxina 147, coa referencia ao posto de traballo alúdense a dous intereses distintos do traballador: o interese no mantemento da relación de traballo e o interese na execución da prestación laboral.

355 A expresión “posto de traballo” é utilizada noutros contextos –por exemplo, a propósito dos contratos de traballo temporais sucesivos– e parece que con ela o lexislador pretende designar as funcións exercidas polo traballador. Trátase, non obstante, dunha expresión que é utilizada con outros significados. Así, por exemplo, SALVATORE HERNANDEZ, *Potere di Licenziamento e Tutela do Posto di Lavoro*, Fondazione Diritto del Lavoro, Roma, 1979, páxina 13, utiliza a expresión “posto de traballo” para designar unha serie de situacións subxectivas que se derivan do contrato de traballo (por exemplo, a categoría) ou que se van desenvolvendo ao longo da execución da relación (por exemplo, a antigüidade), “representando, por tanto, a posición xurídica ou, segundo outros, a posición contractual do traballador por conta allea”. MARIA TERESA CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia, vol. 37, Cedam, Padova, 2005, páxina 12, á súa vez, critica a expresión “posto de traballo” porque, como ela subliña, no sector privado, a diferenza do que sucede na función pública, non existe unha estrutura orgánica predeterminada que só sexa modificable cun acto formal e que individualice postos de traballo rixidamente fixados.

Ademais da indemnización prevista no artigo 436.1 e, por conseguinte, da reparación integral do dano patrimonial que sufrira, así como da compensación polos danos non patrimoniais que poden ser moi significativos como consecuencia dun despedimento inxurioso, o traballador terá dereito ás retribucións que deixou de percibir dende a data do despedimento ata o termo do proceso xudicial³⁵⁶.

Dado que o traballador ten dereito á reparación integral dos danos, pode, dende logo, suceder que certas cantidades que o traballador deixou de percibir e que non son en rigor retribución –como é o caso, para a maioría da doutrina, por exemplo, das propinas que poden representar cantidades significativas en certas profesións, como por exemplo nos *croupiers* dos casinos– deban ser consideradas para os efectos de reparación do dano (artigo 436.1).

B) Salarios de tramitación

O artigo 437.1 di, tamén, que as retribucións se devengarán dende a data do despedimento ata termo do proceso xudicial. Tratábase dunha materia moi controvertida segundo o teor literal da lei anteriormente en vigor –que se limitaba a dicir ata a sentenza– aínda que xa existían algunhas sentenzas no sentido de que, polo menos cando o traballador solicitaba a readmisión, as retribucións se devengarían ata a data do termo do proceso xudicial. A solución atopada polo Código parécenos moito máis acertada que a de considerar que as retribucións se devengarían só ata a sentenza de primeira instancia. En realidade, se a opción fose o de imputar o dano ao empregador ou ao traballador, é moito máis axeitado que tal dano sexa soportado polo autor do feito ilícito que polo traballador. Non obstante, a mellor solución sería probablemente a da lei española que, polo menos nos casos de lentitude dos tribunais, ou sexa, cando estes non respectan os prazos procesuais para decidir, impoñen o custo das retribucións ao Estado. A situación deplorable das finanzas públicas e a circunstancia de que, como ensinaba o profesor Baptista Machado, o Estado portugués non destaca polo seu seriedade, fan que tal solución sexa obviamente utópica no noso país.

Da contía das retribucións que o traballador deixou de percibir dedúcese, ou poden deducirse, diversas cantidades: por suposto, e segundo o nº 2, aquelas que o traballador comprobadamente obtivo pola finalización do contrato e que non recibiría de non se producir o despedimento. Sublíñese que só se ordena deducir as cantidades

³⁵⁶ Non nos parece que estas cantidades atribúanse a título indemnizatorio; o que sucede é que ao anularse o despedimento os seus efectos extintivos son retroactivamente eliminados, renacendo a obriga de prestar o traballo (que o traballador non pode realizar debido ao incumprimento do propio empregador) e a obriga de pagar a retribución. O empregador debe, por conseguinte, cumprir a súa obriga principal. A realidade, non obstante, é que a natureza destas cantidades é moi controvertida, non faltando quen de como non resolto o problema da natureza retributiva ou resarcidora do pagamento das retribucións dende a data do despedimento ao termo do proceso xudicial (así ARIANNA AVONDOLA, *op. cit.*, páxina 298).

que o traballador comprobadamente obtivo e non as que podería obter: así, na nosa opinión, non hai, en principio, que ter en consideración a posible negativa do traballador de asinar outro contrato de traballo con posterioridade ao despedimento, aínda que este punto sexa controvertido. A referencia a cantidades que o traballador non recibiría se non houbo despedimento implica que non hai que deducir cantidades que o traballador podería perfectamente acumular ás retribucións percibidas ao amparo do contrato anterior: non se prohibe no noso ordenamento o pluriemprego e o traballador podería, sempre que non violase por exemplo a súa obriga de non concorrencia ou un pacto de exclusividade co empregador, realizar outra actividade remunerada sexa na modalidade de traballo por conta allea, sexa na modalidade de traballo autónomo. Ordénase tamén (nº 3) que a contía do subsidio de desemprego percibido polo traballador se deduza da compensación (non se trata aquí en rigor dunha indemnización, pero si de atribuír ao traballador as retribucións que deixou de recibir porque o empregador entrou en amora e negouse a aceptar o traballo) debendo o empregador entregar a contía correspondente ao subsidio de desemprego á Seguridade Social. Finalmente (nº 4) dedúcese tamén a contía das retribucións correspondentes ao período transcorrido dende a data do despedimento ata 30 días antes da presentación da demanda, se a demanda non fose presentada nos 30 días seguintes ao despedimento.

En relación ás retribucións que o traballador deixou de percibir, hai que considerar a posibilidade de que o contrato de traballo, que non finalizou debido a que o despedimento foi declarado ilícito finalizase, en realidade, con anterioridade ao termo do proceso xudicial. Será, por exemplo, o caso de que o traballador morra tras interpoñer a demanda, pero antes de concluír o proceso xudicial. Outros casos referidos, en ocasións, pola doutrina levan consigo, en realidade, certa marxe de inseguridade: así, por exemplo, se o traballador se xubila por vellez tras a presentación da demanda, pero antes do termo do proceso xudicial, a doutrina – véxase por exemplo Pedro Romano Martínez, *op. cit.*, páxina 706 – está disposta a considerar que o contrato de traballo rematou nese momento e só ata ese momento se percibirán salarios de tramitación. Mesmo admitindo esta solución debemos destacar que non é tan lóxica e inevitable como no caso de morte do traballador: ao non existir xubilación obrigatoria no dereito privado, a circunstancia de que o traballador solicite a xubilación por vellez tras o despedimento non significa necesariamente que o fíxese igualmente se o despedimento non se producise e o contrato de traballo se mantivese en vigor (a situación sería diferente, quizais, na xubilación por invalidez). Se o traballador opta por unha indemnización substitutiva da readmisión ata a sentenza do tribunal de primeira instancia entende Pedro Romano Martínez que non se deberán salarios de tramitación a partir da data da sentenza, pois o contrato finalizou nese momento. Non aceptamos esta solución, dado que a decisión do tribunal de primeira instancia pode non ser no sentido da ilicitude do despedimento, e fundamentalmente porque esta decisión poderá estar suxeita a recurso con efectos suspensivos.

Pedro Romano Martínez (*op. cit.*, páxina 707) entende que se debe realizar a dedución sempre que o traballador deixara de percibir cantidades por un rexeitamento manifestamente inxustificado a realizar outra actividade remunerada ou a inscribirse para cobrar o subsidio de desemprego; tal rexeitamento manifestamente inxustificado podería consustanciar un abuso de dereito. Podemos estar de acordo no referente ao subsidio de desemprego, pero no rexeitamento a realizar un contrato parécenos extremadamente perigoso entender que poida existir un abuso de dereito. Está aquí en xogo a liberdade de contratar ou non e o traballador non debe ser forzado, nin sequera indirectamente, a contratar cunha persoa que de ningún modo lle interesa ter como contraparte contractual. Engádesse que, aínda que o contrato se concertase, sempre o traballador podería denunciálo no período de proba –e habería que preguntarse se tal denuncia sería abuso de dereito.

C) Readmisión *versus* indemnización

O art. 438.1 di que o traballador pode optar pola readmisión ata a sentenza do tribunal. Cabe preguntarse se debería ser necesaria esta opción. A posición da lei, segundo explica Pedro Romano Martínez, é o de que o traballador pode impugnar xudicialmente o despedimento, de maneira que se a resolución do empregador –segundo a lei o despedimento constitúe unha modalidade de resolución– fose considerada ilícita polo tribunal iso dará lugar á obriga de indemnizar por parte do empregador, tendo que optar por conseguinte entre a reparación natural ou a indemnización substitutiva. En palabras do autor “a declaración de ilicitude do despedimento corresponde a unha petición de simple apreciación; mentres que a readmisión ou a indemnización provén dunha petición de condena”. A cuestión é moi controvertida tamén en Italia, pero non compartimos este razoamento. Na nosa opinión, a impugnación do despedimento consiste nunha petición de anulación dun negocio xurídico unilateral (o despedimento) e a devandita anulación ocasiona que o despedimento sexa retroactivamente destruído e non produza o efecto extintivo desexado. Debería en consecuencia renacer o contrato de traballo na súa plenitude (o que por outra parte explica que os salarios de tramitación non sexan tanto unha indemnización, como a consecuencia da amora do acredor) debendo máis ben o traballador ter que manifestar a súa opción pola indemnización cando non estivese interesado na readmisión. A lei permitiríalle pois “apropiarse” do efecto extintivo do despedimento realizado polo empregador a pesar de considerar este despedimento como inxustificado.

Como é sabido, unha das grandes novidades do Código consistiu en quebrar o carácter practicamente automático que a readmisión tiña no noso dereito como consecuencia dun despedimento ilícito, permitindo en certos casos que o empregador poida impugnar a readmisión. A posibilidade de que o empregador poida impugnar a readmisión, aínda que teña que aducir un fundamento e que o devandito fundamento teña que ser apreciado polo tribunal, crea un clima de acentuada inseguridade en canto a un punto crucial das consecuencias do despedimento. Determinados

traballadores, os que traballan en microempresas e os que ocupan cargos de administración ou de dirección, saben hoxe que aínda que un despedimento sexa ilícito (sempre que non sexa discriminatorio) e mesmo abusivo, poderán non obter a readmisión, senón só unha contía en diñeiro. Se o dereito do traballo nunha imaxe moi célebre, á que xa antes aludimos, é a buxaina que xira sobre a punta das normas que regulan o despedimento, a consecuencia é moi clara: un traballador sabe que o seu posto de traballo ten un prezo, que o empregador pode, mesmo actuando ilícitamente e de mala fe, expulsalo da súa empresa. A lóxica da propiedade triúna, pois, sobre a lóxica da execución do contrato de acordo coas regras da boa fe e tende a comprometer o exercicio e a invocación dos seus dereitos polos traballadores. A noso entender, iso non se resolve dicindo que corresponde ao tribunal apreciar o fundamento invocado polo empregador para opoñerse á readmisión. Os tribunais están compostos por persoas e todas as persoas poden equivocarse ou, simplemente, facer diferentes interpretacións e percibir de xeito distinto a seriedade de este ou aquel fundamento. A circunstancia, pois, de que o fundamento sexa apreciado polo tribunal non evita a inseguridade do traballador en cada caso concreto acerca da posibilidade do seu readmisión.

Os casos en que o Código permite ao empregador que se opoña á readmisión son basicamente dous: nas microempresas (en relación a todos os traballadores nelas ocupados) e no resto das empresas con respecto aos traballadores que ocupan cargos de administración ou de dirección. No que se refire ás microempresas invocouse en defensa desta solución a natureza familiar de moitos destas empresas e o seu carácter marcadamente baseado na confianza, chegando a establecerse mesmo un paralelismo co servizo doméstico, en que o empregador sempre pode opoñerse á readmisión do traballador despedido inxustificadamente, non necesitando invocar sequera un motivo atendible. En relación a este último argumento, preguntámonos se será necesario subliñar que se compara o que non é comparable: a casa e a intimidade do fogar non son, na nosa opinión, comparables a unha empresa³⁵⁷, aínda que sexa familiar. Respecto aos outros argumentos, xa expresámos o noso parecer noutro lugar deste estudo: créase así un dereito do traballo de dúas velocidades, tanto máis perigoso canto que é nas microempresas onde frecuentemente se violan os dereitos dos traballadores con máis intensidade. Máis aínda, preguntámonos se a confianza non será unha estrada de dúas direccións. Se é esixible ao traballador un comportamento máis leal e para algúns autores mesmo máis dilixente, nas empresas de pequena dimensión, dada a natureza máis persoal das relacións laborais, ¿non deberá tamén o empregador proceder cunha lealdade maior e sopesar con coidado unha decisión tan grave como o do despedimento?

357 Como refire JEAN-EMMANUEL RAY, *La légitime censure des télé-travaux forcés*, *Cass. soc. 2 octobre 2001*, *Abram*, DS 2001, páxinas 1039 e segs., páxina 1040, con outro propósito, “o domicilio non é un lugar como os outros: é o santuario da vida privada e familiar”.

De acordo co nº 4 do art. 438º a posibilidade de que o empregador se opoña á readmisión non existe cando a ilicitude do despedimento se funde en motivos políticos, ideolóxicos, étnicos ou relixiosos, aínda que se invoque motivo distinto, así como cando o xuíz considera que o fundamento xustificativo da oposición á readmisión foi culposamente creado polo empregador. En relación ao primeiro aspecto, cabe preguntarse se, á luz das normas que por influencia do dereito comunitario facilitan a carga da proba de quen reclama ser vítima de discriminación por eses motivos, non correspondería ao traballador simplemente alegar que foi ese o motivo do despedimento, correspondendo á entidade patronal probar que en realidade foi outro; a propósito da segunda parte do nº 4 sublíñese que a lei non esixe que o fundamento para a oposición á readmisión fose creado de forma dolosa polo empregador, abondando para que tal fundamento sexa desatendido polo xuíz que fose creado de forma culposa polo empregador. Así, o xuíz deberá preguntarse ante todo sobre a seriedade obxectiva do fundamento aducido polo empregador, pero tamén haberá de verificar se ese fundamento –por exemplo a incompatibilidade alegada– non foi creado de forma culposa polo propio empregador. Non obstante, é, a noso entender, erróneo o paralelismo proposto por Pedro Romano Martínez cando afirma que o xuíz terá que verificar se “tendo en conta as manifestacións da figura do abuso de dereito, o empregador non creou de forma culposa o fundamento xustificativo de tal dereito”. En realidade a apelación ao abuso de dereito é demasiado restritivo (recordar que o abuso de dereito é unha figura excepcional) –e a lei non esixe, como xa dixemos, que o fundamento xustificativo da oposición fora doloso ou intencionalmente creado polo empregador para que tal fundamento non se teña en conta, abondando polo tanto que haxa culpa do empregador na existencia dese fundamento. Así, o empregador non poderá na nosa opinión invocar para opoñerse á readmisión o malestar provocado nas súas relacións persoais co traballador por acusalo dun roubo que este non cometeu ou por pregoar aos catro ventos afirmacións calumniosas sobre o comportamento do traballador. Nestes casos, o citado malestar foi ocasionado polo propio empregador e non se terá en conta para impedir a readmisión. Do mesmo modo, se o empregador contratou un traballador para substituír ao que despedira, unha vez que este xa impugnara o despedimento, cando podía, de acordo coa nosa lexislación, facer uso do contrato temporal para substituír ao referido traballador, non poderá, na nosa opinión, alegar como fundamento que xa ocupou o posto de traballo e que a súa situación non lle permite readmitir ao traballador despedido, dado que o seu comportamento deberase ter por negligente. Sublíñese tamén que a oposición só é posible se o empregador demostra que a readmisión do traballador é “gravemente prexudicial e perturbadora para a prosecución da actividade empresarial (art. 438.2 parte final) o que é, na nosa opinión, algo moi distinto e moito máis esixente que dicir simplemente, como o fai Pedro Romano Martínez, que a readmisión terá que ser “inconveniente para a prosecución da actividade empresarial” (páxina 709). En realidade, cremos que raras veces a readmisión deixará de ser inconveniente, polo menos dende a perspectiva do empregador... Esíxese, pois, algo moito máis grave que unha mera inconveniencia: un prexuízo, unha per-

turbación tan graves para a actividade empresarial, que xustifiquen que un feito ilícito non sexa obxecto de reparación *in natura*.

O artigo 439 prevé que en substitución da readmisión o traballador pode optar por unha indemnización. O valor da indemnización non está actualmente rixidamente establecido na lei, que se limita a fixar os parámetros aos que o tribunal atenderá na determinación da súa contía: lle corresponde así tribunal fixar a indemnización entre un mínimo de 15 días e un máximo de 45 días de retribución base e antigüidade por cada ano de antigüidade ou fracción. Para fixar a indemnización neste cadro legal, o tribunal deberá considerar o valor de retribución e o grao de ilicitude de acordo co disposto no art.429. Na nosa opinión estes son os únicos criterios que o xuíz poderá ter en consideración, e non outros, como a idade do propio traballador (que, por outra parte sería probablemente un criterio discriminatorio). Posto que as indemnizacións por despedimento poden alcanzar no suposto de retribucións base moi elevadas, valores quizais excesivos, preguntámonos se non sería preferible utilizar outras técnicas, tales como a fixación dunha cantidade (a indemnización non podería ser superior a X meses de retribución) ou mesmo prever a posibilidade de que o tribunal reduza a indemnización, ao igual que pode reducirse a cláusula penal en función da equidade.

D) Cálculo da indemnización

Xa sinalamos, noutro estudo, que a indemnización por despedimento ou indemnización por antigüidade parece ter un sentido parcialmente punitivo³⁵⁸: a indemnización se devengará en substitución da readmisión, aínda cando o traballador conseguira ao día seguinte un emprego mellor. Non obstante, esta posición non é pacífica. Quen nega un compoñente punitivo na indemnización por despedimento ilícito, sus-

358 Respecto da lexislación anterior (aínda que creemos que o mesmo se pode dicir da actual), afirmou JOÃO RATO, *Correspondência, Contrato de Trabalho – Cessação por Iniciativa do Trabalhador. Rescisão com Justa Causa no Decurso do Aviso Prévio para Rescisão. Admissibilidade e Consequências*, Prontuário de Direito do Trabalho, 1993, nº 43, páxinas 19 e segs., páxina 21, que “aquela indemnización ten unha natureza híbrida, na medida en que non trata só de reparar eventuais prexuízos sufridos polo traballador, que poderían mesmo non existir, senón tamén sancionar á entidade patronal polo feito ilícito e culposo practicado” polo que tal indemnización tería “unha natureza mixta, á vez reparadora e sancionadora”. No mesmo sentido pronunciáronse, en Francia, JEAN PÉLISSIER, ALAIN SUPIOT e ANTOINE JEAMMAUD, *Droit du Travail*, 20ª ed., Dalloz, 2000, Paris, páxina 466: “Esta indemnización [en Francia o mínimo de seis meses de salarios en caso de ausencia de causa real e sería para o despedimento] ten unha natureza híbrida. É unha sanción pronunciada contra o empregador, pois a súa contía non será nunca inferior aos salarios dos seis últimos meses; mesmo se o traballador atopa, inmediatamente despois do despedimento, un emprego equivalente ao emprego perdido, é dicir mesmo se non sofre prexuízo ningún, percibirá unha indemnización correspondente a seis meses de salario. Baixo este aspecto, a indemnización é principalmente unha sanción civil pronunciada contra un empregador culpable” (a anotación entre paréntese e o subliñado son nosos). en Italia, segundo informa GUIDO VIDIRI, *Il risarcimento nel licenziamento illegittimo*, MGL 2002, páxinas 210 e segs., páxina 212, a *cassazione* afirmou 21 de setembro de 1998 que o establecemento dun mínimo de cinco mensualidades para a indemnización por despedimento é unha especie de “cláusula penal que ten a súa raíz no risco da empresa”.

tenta que existe sempre un dano cando se produce un despedimento ilícito. Tal dano consistiría na propia perda do posto de traballo, ou na violación do dereito do traballador á estabilidade do seu contrato de traballo, constitucional e legalmente consagrada e, en consecuencia, do seu dereito á continuidade da súa relación laboral ata que esta remate por unha causa de finalización lícita³⁵⁹. E de aí que a xurisprudencia francesa xa afirmara que a inexistencia dun motivo real e serio para o despedimento trae consigo, por se mesma, a existencia dun dano³⁶⁰.

Por outro lado, hai que recoñecer que calquera despedimento, aínda que sexa lícito e fundado é, en si, “un feito bastante desestabilizador para a persoa, cando se consideran as múltiples consecuencias que comporta, como son a perda de salarios, o dano na profesionalidade, danos nas relacións interpersoais e nos roles sociais (mesmo no ámbito familiar máis reducido) e de proxeccións para o futuro. O feito comporta efectos aínda máis devastadores cando se produce mediante modalidades e motivacións violentas ou ridiculizantes”³⁶¹.

Para os efectos do cómputo de antigüidade, o tribunal debe considerar todo o tempo transcorrido dende a data do despedimento ata o termo do proceso xudicial (artigo 439.2). O que a noso entender oponse á tese defendida por Pedro Romano Martínez, segundo a cal en caso de que o traballador opte pola indemnización só tería dereito ás retribucións que deixou de percibir ata a sentenza do tribunal de primeira instancia porque o contrato só finalizaría nese momento (páxina 706). Crearíase así un réxime curioso e mesmo incompreensible: o traballador só tería dereito ás retribucións ata a data de decisión da primeira instancia (momento en que segundo o autor finalizaría o contrato), pero a súa antigüidade computaríase ata o termo do proceso xudicial...

O Código segue consagrando que a indemnización non pode ser inferior a 3 meses de retribución base e antigüidade, sexa cal for a antigüidade do traballador.

No suposto de que se rexeitase a readmisión porque a oposición á mesma considerouse procedente, a indemnización deberá calcularse entre 30 e 60 días de retribución base e antigüidade por cada ano completo de servizo ou fracción, non podendo ser inferior a 6 meses de retribución base e antigüidade.

Unha palabra máis sobre a importancia dos danos non patrimoniais resultantes do despedimento, cuxa gravidade depende, en enorme medida, de cada caso concreto.

359 Neste sentido, cfr. PAOLO FERGOLA, *A Teoria del Recesso e il Rapporto di Lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985, páxinas 290 e segs.

360 Resta saber se non se estará, deste modo, confundindo dano e ilicitude...

361 MAURO PALADINI, *A responsabilità civile dá licenziamento ingiurioso*, Cedam, Padova, 2000, páxina 172. Sobre os múltiples matices do dano resultante do despedimento ilícito ten igualmente interese YVES CHARTIER, *La Réparation du Préjudice*, Dalloz, Paris, 1983, páxinas 283 e segs. e 690 e segs.

A doutrina italiana destacou a extrema variedade e amplitude dos danos que pode ocasionar un despedimento por medio do concepto de despedimento “incurioso”. Con iso, preténdese recoñecer que o despedimento pode expresar un comportamento susceptible de causar unha humillación profunda na persoa do traballador ou un comportamento extremadamente inhumano e cruel³⁶².

Nalgúns casos se verifica, xunto a danos morais, un dano patrimonial indirecto do traballador resultante do dano da reputación profesional. Noutros, a xurisprudencia italiana destacou a falta de humanidade do despedimento e a violación do respecto pola dignidade do traballador en momentos da súa vida particularmente difíciles. Uns e outros ilustran ben que ademais do dano que supón a perda do posto de traballo, do dano profesional e do salario deixado de percibir poden existir outros danos dificilmente cuantificables. Trátase, por exemplo, de danos morais, de sufrimento e inestabilidade psíquica resultantes do despedimento e mesmo das súas repercusións na integridade física e psíquica do traballador (sinalado por algúns como dano biolóxico) ou na súa vida familiar e de relación (representando nestes casos o que algúns autores denominan, nunha orientación que non é pacífica, de dano existencial)³⁶³. Non nos importa tampouco admitir, seguindo a MARCO PIVETTI³⁶⁴, que a propia negativa do empregador a readmitir ao traballador, tras ser condenado nese sentido, poida agravar os danos non patrimoniais do traballador ou ser a fonte de novos danos.

5. RÉXIME ESPECIAL PARA O CONTRATO TEMPORAL

Cabe preguntarse se o tribunal, ao apreciar a oposición á readmisión, non estará a apreciar precisamente fundamentacións de carácter económico e de xestión que segundo algunha doutrina non está en condicións de apreciar.

362 No primeiro grupo de casos se contan situacións como, por exemplo, un despedimento en que o traballador é falsamente acusado de feitos que comprometen a súa honra e a súa reputación profesional, podendo mesmo reducir as súas oportunidades de obter un novo emprego. É o caso do traballador acusado dun roubo que non cometeu. Exemplos de despedimentos “incuriosos” pola súa extrema crueldade poden recollese da xurisprudencia italiana: así, o caso en que un traballador, cuxo fillo único de cinco anos é diagnosticado dunha enfermidade cerebral incurable e que, durante un ano, pediu pasar a un contrato de traballo a tempo parcial e faltou para coidar ao seu fillo; o mencionado traballador foi despedido cando o seu fillo se atopaba xa en fase terminal e poucos días despois de que o seu propio pai, avó paterno do neno, morrese como consecuencia dun ataque cardíaco provocado polo drama, sendo o motivo do despedimento que o traballador esquecera de renovar a presentación do certificado do internamento hospitalario do neno, a pesar de que os seus superiores xerárquicos coñecían a situación dende había case un ano ... A sentenza da Pretura de Bologna de 20.11.1990 (GI 1991, parte I, 2, 84 e segs.; o texto da sentenza atópase igualmente en MAURO PALADINI, *op. cit.*, páxinas 60-67) considerou que non só o despedimento era inxustificado, senón que representaba unha violación grave da dignidade e da persoa do traballador, dado que o comportamento do empregador poñía en cuestión valores fundamentais da persoa e, mesmo, un compoñente ético mínimo indispensable no trato social.

363 E de aí que a compensación do dano moral resultante do despedimento poida ser, en moitos casos concretos, de primordial importancia.

364 MARCO PIVETTI, *op. cit.*, páxina 184.

A lei continúa consagrando un réxime especial para o contrato de traballo temporal. En realidade, aplícanse as normas xerais, pero con dúas modificacións: por un lado, no suposto de despedimento ilícito, o empregador só será condenado á readmisión se a finalización do contrato se producise despois do termo do proceso xudicial; e por outro lado o traballador ten dereito á indemnización polos prexuízos causados (o que corresponde, polo demais, á norma xeral), pero non deberá recibir unha compensación inferior á cantidade correspondente ao valor das retribucións que deixou de percibir dende a data do despedimento ata o termo certo ou incerto do contrato ou ata a conclusión do proceso xudicial se esta se verificase antes do termo (a lei non fai aquí referencia expresa a deducións).

V. O DESPEDIMENTO COLECTIVO E A EXTINCIÓN DOS POSTOS DE TRABALLO

1. DELIMITACIÓN

O Código mantén a distinción entre despedimento colectivo e extinción dos postos de traballo, que agora tamén é expresamente considerada como determinando un despedimento. Dado que a existencia das dúas figuras parece deberse estritamente a razóns históricas –cando só existía o despedimento colectivo era discutible se se podía proceder, por exemplo, ao despedimento colectivo de só un traballador que era supostamente o único que traballaba na sección pechada– quizais fose preferible non manter determinadas diferenzas de réxime entre elas, tanto materiais como procedementais, que, na nosa opinión, son incomprensibles. Por exemplo: mentres que no despedimento por extinción do posto de traballo, se hai varios postos de traballo a extinguir de contido funcional idéntico, o empregador ten que obedecer a determinados criterios legais (artigo 403.2 do Código do Traballo), no despedimento colectivo o empregador ten liberdade³⁶⁵ para fixar os criterios que vai seguir para

³⁶⁵ Como é evidente o empregador terá que proceder de boa fe e non poderá adoptar criterios discriminatorios. Sobre o tema cfr. GIOVANNI MAMMONE, *L'abuso do diritto come strumento di controllo giudiziale do potere imprenditoriale di gestione della crisi aziendale*, RIDL 2003, I, páxinas 207 e segs., páxina 216. En Italia a xurisprudencia afirmou actualmente a existencia de límites internos ao poder de selección do empregador (os traballadores teñen que ser seleccionados segundo criterios obxectivos razoables e coherentes) e límites externos (os traballadores non deben ser seleccionados por razóns discriminatorias e en violación da boa fe). Por outro lado, a necesidade de comunicación ás entidades representativas dos traballadores dos criterios de selección dos traballadores afectados por un despedimento colectivo ten como fin permitir o control por estas, nun primeiro momento, e, despois, polos tribunais (*op. cit.*, páxinas 219 e 222). Desafortunadamente, o noso lexislador non parece ter en conta o perigo real de que a discriminación funcione neste momento da extinción do contrato por razóns que non teñen que ver coa persoa do traballador. Pero, como observa ADALBERTO PERULLI, *A tutela delle lavoratrici nella disciplina dei licenziamenti collettivi*, Il Sistema delle Fonti nel Diritto del Lavoro, Atti delle Giornate di Studio di Diritto del Lavoro, Foggia-Baia delle Zagare, 25-26 Maggio 2001, Giuffrè, Milano, 2002, páxinas 283 e segs., páxina 284, “non só na fase de incorporación, senón tamén na da finalización das relacións de traballo poden existir riscos de discriminación fundada no sexo”. E de aí que en Italia, a lei n. 236 de 1993, introducira unha norma segundo a cal a empresa non pode, mediante un despedimento colectivo ou de extinción de postos de traballo, rescindir os contratos dunha porcentaxe de man de obra feminina superior á porcentaxe de man de obra feminina ocupada nesas funcións.

a selección dos traballadores a despedir, aínda que teña que indicar tales criterios na comunicación enviada á comisión de traballadores ou outra estrutura representativa dos traballadores (artigo 419.2.a)). Tampouco se comprende, na nosa opinión, por qué o procedemento na extinción do posto de traballo se simplifica ata o punto de, en rigor, non existir verdadeira negociación entre o empregador e a estrutura representativa dos traballadores neste contexto.

2. O DESPEDIMENTO COLECTIVO

A) Concepto

O artigo 397.1 afirma que se considera despedimento colectivo “a extinción de contratos de traballo promovida polo empregador e realizada simultánea ou sucesivamente nun período de 3 meses, cando afecte polo menos a 2 ou 5 traballadores, conforme se trate, respectivamente, de microempresa e de pequena empresa, por un lado, ou de mediana e grande empresa, por outro, sempre que dita eventualidade se funde no peche dunha ou varias seccións ou estrutura equivalente ou na redución de persoal determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnolóxicos”. De acordo co nº 2 do artigo 397 considéranse principalmente (a enumeración é só exemplar) como motivos de mercado, a redución da actividade da empresa provocada pola diminución previsible da venda de bens ou servizos ou a imposibilidade sobrevida, práctica ou legal, de situar eses bens ou servizos no mercado (apartado a) do nº 2 do artigo 397); como motivos estruturais considéranse o desequilibrio económico-financieiro, o cambio de actividade, a reestruturación da organización produtiva ou a substitución de produtos predominantes (apartado b)); finalmente como motivos tecnolóxicos, faise referencia a modificacións nas técnicas ou procesos de fabricación, automatización dos instrumentos de produción, de control ou de movemento de cargas e a informatización de servizos ou a automatización de medios de comunicación. Esta descrición (exemplar) legal dos motivos para un despedimento colectivo suxírenos varias observacións: en primeiro lugar, compréndese a afirmación, que xa se atopa mesmo na nosa xurisprudencia, segundo a cal o despedimento colectivo non ten que consistir nunha medida absolutamente indispensable para a supervivencia da empresa³⁶⁶; en efecto, aínda que un dos motivos apuntados sexa o desequilibrio económico-financieiro, non é necesario que este teña alcanzado un extremo tan calamitoso para que se xustifique un despedimento colectivo, ao que se engade que outras das xustificacións para un despedimento colectivo se poden verificar mesmo nunha empresa que non está aínda en situación económica delicada: así, o empregador pode simplemente desexar cambiar de actividade para un sector máis lucrativo ou pretender reestruturar a súa organización produtiva. Por outro lado, continua verificándose unha certa superposición dos campos de aplicación do despedimento colectivo e da caducidade xa que o apartado a) do nº 2 do art. 397 refírese á imposibilidade sobrevida, práctica

³⁶⁶ Pode, por exemplo, lerse na sentenza do STJ do 1 de febreiro de 2001 (dispoñible en www.dgsi.pt, nº do proceso 00 S 124) que “o despedimento colectivo fúndase en bases economicistas, polo que non depende da verificación da imposibilidade doutra medida para a viabilidade da empresa”.

ou legal, de situar no mercado bens ou servizos a cal, *prima facie*, debería dar lugar á caducidade. A referencia ao despedimento colectivo compréndese porque se trata de situacións en que a actividade da empresa se reduce sen, non obstante, cesar por completo debido, por exemplo, á prohibición legal de comercializar algúns dos produtos que viña producindo a empresa, pero non todos.

B) A indemnización

O traballador cuxo contrato se extingue debido a un despedimento colectivo ten, de acordo co artigo 401, dereito a unha compensación correspondente a un mes de retribución base e antigüidade por cada ano completo de servizo. Como é evidente, esta é unha situación en que non existe culpa do empregador e de aí a utilización da palabra compensación. Na nosa opinión non deixa, sen embargo, de ser curioso que nas situacións de despedimento ilícito, ao optar o traballador pola indemnización, o tribunal fixe a contía da indemnización entre 15 e 45 días de retribución base e antigüidade por cada ano completo ou fracción de antigüidade – polo que, por conseguinte, o tribunal pode optar por fixar un valor de referencia de apenas 15 días de retribución base e antigüidade por cada ano de antigüidade nun caso en que existe culpa do empregador, que resultará inferior ao valor de referencia nunha situación en que non existe culpa da entidade patronal, solución que non nos parece afortunada.

De acordo co artigo 401.2, o valor de referencia será calculado proporcionalmente no caso de fracción de ano e, segundo o nº 3 do mesmo precepto, a compensación a que o traballador ten dereito non pode ser inferior a 3 meses de retribución base e antigüidade. O Código volveu a introducir a presunción – que admite proba en contrario como é norma nas presuncións – de que o traballador acepta o despedimento cando recibe a compensación polo despedimento colectivo. Trátase tamén aquí, na nosa opinión, dunha solución desafortunada: non só porque non está claro que o traballador teña coñecemento de que a aceptación da compensación produza este efecto senón, sobre todo, porque a complexidade dos motivos aducidos para o despedimento colectivo pode ser de tal orde que só con posterioridade o traballador – ou os seus representantes ou os expertos de que se valera – se de conta da inexistencia ou falsidade de tales motivos, ademais de que a aceptación da compensación pode ser só resultado da necesidade económica en que o traballador se atopa.

C) Procedemento

A decisión de despedimento non debe producir un efecto inmediato; de acordo co artigo 398 a decisión de despedimento debe ser comunicada por escrito a cada traballador cunha antelación non inferior a 60 días en relación á data prevista para a extinción do contrato. Se o empregador non cumpriuse ou pretendese non cumprir este aviso previo terá que pagar a retribución correspondente ao período de antelación en falta, pero cremos que actualmente, dada a redacción do artigo 398.2, non se producirá a extinción inmediata do vínculo (que deberá darse por rematado solo despois de transcorrido o prazo de 60 días dende a comunicación (?)).

En relación ao procedemento a adoptar para despedimento colectivo, dispón o art. 419.1 que o empregador que pretenda promover un despedimento colectivo debe enviar ao efecto unha comunicación escrita á comisión de traballadores ou, no seu defecto, á comisión intersindical ou comisións sindicais representativas dos traballadores afectados, comunicación que ademais da intención de proceder ao despedimento deberá ir acompañada, segundo o nº 2, da descrición dos motivos alegados para o despedimento colectivo, do cadro do persoal afectado por sectores organizacionais da empresa, da indicación dos criterios que serven de base ao empregador para a selección dos traballadores a despedir, coa indicación do número de traballadores e das categorías profesionais afectadas, do período de tempo durante o cal o empregador pretende efectuar o despedimento e, mesmo, do método de cálculo de calquera posible compensación xenérica a conceder aos traballadores que van ser despedidos, ademais daquela que resulta da lei ou da que fose establecida en instrumento de regulamentación colectiva de traballo. Simultaneamente ao envío da comunicación e dos documentos que deben acompañala ás estruturas representativas dos traballadores, o empregador deberá proceder ao envío de copia desa mesma comunicación e dos mesmos documentos ao ministerio competente en materia laboral. En caso de que non haxa entidades representativas dos traballadores, de acordo co nº 1, o empregador comunica por escrito a cada un dos traballadores que poidan verse afectados a intención de proceder ao despedimento, podendo estes designar, de entre eles, e no prazo máximo de cinco días hábiles contados dende a data da recepción da comunicación, unha comisión representativa cun máximo de tres ou de cinco membros segundo o despedimento afecte cinco ou máis traballadores. Neste caso, o empregador deberá enviar esta comisión *ad hoc* e aos servizos do ministerio os elementos referidos no nº 2 do art. 419. Aínda que a lei non aclara a cuestión, entende Pedro Romano Martínez que se os traballadores non nomeasen entre eles unha comisión *ad hoc*, o envío dos documentos deberá facerse a cada un dos traballadores (non queda claro, sen embargo, con quen deberá negociar o empregador, tanto máis canto ese suposto non se menciona nos artigos 420 e seguintes –parece, pois, que a constitución da comisión *ad hoc* representa unha carga para os traballadores baixo pena de que non haxa negociacións; pero, se non houbo negociacións ¿non quedará desprovisto de sentido útil o envío de documentación?).

O artigo 420 establece que nos dez días posteriores á comunicación (en rigor, nos dez días posteriores á recepción da comunicación polo último dos seus destinatarios) terá lugar unha fase de consultas e de negociación entre o empregador e a estrutura representativa dos traballadores co fin de lograr un acordo; o devandito acordo poderá referirse á dimensión e aos efectos das medidas a aplicar, así como á aplicación de medidas alternativas que reduzan o número de traballadores afectados polo despedimento, medidas que poden consistir fundamentalmente na suspensión ou a redución da prestación de traballo, a reconversión e reclasificación profesional e xubilacións anticipadas e prexubilacións. Tómese nota de que a reconversión e reclasificación profesional e as xubilacións anticipadas ou prexubilacións, esixen para a súa aplicación o acordo

do traballador afectado. Á súa vez, se no transcurso do procedemento chegasen a ser adoptadas medidas de suspensión ou redución da prestación de traballo non será necesario respecto ás devanditas medidas proceder ás comunicacións previstas no art. 336 nin repetir o procedemento previsto no art. 337. O código prevé igualmente que tanto o empregador como a estrutura representativa dos traballadores poden ser asistidos por un experto nas reunións de negociación, prevéndose tamén que das reunións de negociación debe levantarse acta que conteña tanto a materia aprobada, como as posicións diverxentes de cada unha das partes, así como as opinións, suxestións e propostas de cada unha delas. Segundo o disposto no art. 421 os servizos competentes do ministerio participan no proceso de negociacións, pero en principio só para asegurar a súa regularidade formal e para promover a conciliación dos intereses das partes. De feito, é significativo que o impedimento á participación dos servizos do ministerio no proceso negocial constituía tan só unha infracción leve de acordo co art. 681.4. O art. 421.2 establece que a petición de calquera das partes ou por iniciativa dos servizos competentes do ministerio responsable en materia laboral, os servizos rexionais de emprego e de formación profesional e a Seguridade Social definirán as medidas de emprego, formación profesional e de Seguridade Social aplicables.

O art. 422 establece que celebrado o acordo ou, no seu defecto, transcorridos vinte días dende a data da comunicación referida no nº 1 ou no nº 15 do art. 419, o empregador comunica por escrito a cada traballador a despedir a decisión do despedimento, indicando expresamente o motivo, a data de finalización do contrato, a contía da compensación e a forma e o lugar de pagamento. Sublíñese que o despedimento colectivo será ilícito no suposto de que non se cumpra o prazo para decidir o despedimento referido no art. 422.1 (cfr. art. 431.1.b)). Na data en que envíe aos traballadores a decisión de despedimento o empregador debe remitir aos servizos competentes do ministerio responsable en materia laboral a acta das reunións de negociación e un mapa identificando ao traballador e diversos datos sobre a relación laboral deste (data de ingreso na empresa, profesión, categoría, retribución) así como a súa situación ante a Seguridade Social, a medida que lle será aplicada e a data de execución de tal medida, debendo enviarse na mesma data copia do referido mapa á estrutura representativa dos traballadores. De non existir acta das negociacións, o empregador deberá xustificar a devandita falta, describindo as posicións finais das partes e as razóns que impediron o acordo.

3. A EXTINCIÓN DO POSTO DE TRABALLO

A) Concepto

De acordo co artigo 402 do Código do Traballo, “a extinción do posto de traballo determina o despedimento xustificado por motivos económicos, tanto de mercado como estruturais ou tecnolóxicos, relativos á empresa, nos termos previstos no despedimento colectivo”. Os motivos aducidos coinciden pois cos motivos que poden ser alegados de acordo co art. 397.2 para fundamentar un despedimento colectivo. Resulta do artigo 403.1 apartado d) que o despedimento por extinción do posto de traballo é

subsidiario en relación ao despedimento colectivo, debendo producirse unicamente cando non sexa de aplicación o réxime previsto para o despedimento colectivo. Dado que en termos de xustificación ou de fundamentación non parece existir ningunha diferenza material entre ambas as dúas figuras, a diferenza redúcese ao número de traballadores afectados por unha e outra medida: o despedimento colectivo terá que afectar polo menos a dous traballadores nunha microempresa ou nunha pequena empresa e polo menos a cinco nunha mediana ou grande empresa; resulta *a contrario* que haberá lugar á extinción do posto de traballo (ou de varios postos de traballo) cando estivese en xogo un solo traballador nunha pequena ou microempresa e catro traballadores nunha mediana ou grande empresa. O momento decisivo para determinar o número relevante de traballadores parece ser aquel en que o empregador decide iniciar o respectivo procedemento: así, se o empregador proxecta despedir seis traballadores nunha empresa con cincuenta debido a unha reestruturación e ao peche dunha sección deberá iniciar e proseguir un procedemento para despedimento colectivo mesmo se despois diso un dos traballadores morre e outro chega a un acordo de extinción co empregador, polo que só catro, a fin de contas, estará afectados polo despedimento colectivo. Para que a extinción dos postos de traballo poida producirse é necesario, conxuntamente, que sexa practicamente imposible o mantemento da relación de traballo, que os motivos aducidos non se deban a un comportamento culposo de ningunha das partes, que non se aplique o réxime previsto para o despedimento colectivo e que non existan contratos temporais para as tarefas correspondentes ao posto de traballo extinguido e, ademais, que poña a disposición do traballador a correspondente compensación. Ao contrario do que a lei prevé en materia de despedimento colectivo –e sen que, na nosa opinión, se comprenda ben a diferenza– o empregador cando determina os postos de traballo a extinguir debe obedecer a criterios vinculantes, se tales postos de traballo ten contido funcional idéntico: así, o empregador deberá comezar por eliminar os postos de traballo de traballadores menos antigos no posto de traballo, a continuación os de traballadores menos antigos na categoría profesional e de categoría profesional inferior na empresa. O incumprimento destes criterios trae consigo a ilicitude do despedimento por extinción dos postos de traballo como resulta do art. 432.b). O Código prevé tamén, a semellanza de feito da lei anterior, a posibilidade de que un traballador fose trasladado a un novo lugar de traballo nos tres meses anteriores á data da extinción do posto de traballo; nese caso, o traballador ten dereito a esixir a recuperación do posto de traballo anterior, a non ser que tamén ese posto de traballo á súa vez se extinguiña. A continuidade da relación de traballo vólvese na práctica inviable se o empregador non dispón doutro posto de traballo compatible coa categoría do traballador. Existe aquí, pois, unha obriga de recualificación que, non obstante, parece circunscribirse á empresa en que se vai producir a extinción, non afectando, en principio, a outras empresas do mesmo grupo.

B) Procedemento

O procedemento para despedimento por extinción do posto de traballo vén previsto nos artigos 423 a 425 do Código do Traballo e é significativamente máis sinxelo que

o do despedimento colectivo. O empregador deberá comunicar por escrito a comisión de traballadores ou, no seu defecto, á comisión intersindical ou sindical respectiva, a necesidade de extinguir o posto de traballo e o consecuente despedimento do traballador. A comunicación de despedimento debe facerse igualmente a cada un dos traballadores en cuestión e debe enviarse ao seu sindicato representativo cando sexa despedido un delegado ou dirixente sindical. A comunicación debe indicar os motivos aducidos para a extinción do posto de traballo e identificar as categorías profesionais e a identidade dos traballadores afectados. Ademais diso, debe tamén identificar a sección ou unidade equivalente a que se refire. O procedemento parece consistir nunha mera comunicación e consulta, sen que se poida falar de auténtica negociación. Segundo o disposto no artigo 424 do Código do Traballo pode dicirse que a estrutura representativa dos traballadores nos dez días posteriores á data da comunicación (creemos que a lei se refire á data da recepción da comunicación) poderá emitir ditame fundamentado en relación aos motivos alegados, informando tamén da violación eventual das prioridades a que se refire o artigo 403.2 e 1, podendo tamén mencionar as alternativas posibles que poden atenuar os efectos dunha extinción do posto de traballo. Os propios traballadores poden pronunciarse nos mesmos termos. De acordo co nº 3 a estrutura representativa dos traballadores, ou ben cada un deles, poden, nos tres días hábiles seguintes pedir a intervención dos servizos competentes do ministerio, os cales, no prazo de sete días a contar dende a recepción do requirimento, deberán elaborar un informe sobre a materia en cuestión, informe que será enviado ao demandante e ao empregador. En todo caso, e como se ve, non chega a existir aquí unha auténtica negociación entre as partes para lograr un acordo. Segundo o disposto no artigo 425, transcorridos cinco días dende o fin do prazo previsto nos números 1 e 2 do artigo 424 (e, polo tanto, parece que antes mesmo de que o ministerio se pronuncie por requirimento da estrutura representativa dos traballadores ou dun dos traballadores afectados) o empregador deberá emitir, en caso de que opte polo despedimento, decisión escrita e fundamentada na que conste o motivo da extinción do posto de traballo, a confirmación dos requisitos previstos no art. 403.1.a) a d), a proba do criterio de prioridades na selección dos traballadores afectados, a contía da compensación, a forma e o lugar de pagamento e a data da finalización do contrato.

VI. INADAPTACIÓN SOBREVIDA

1. MODALIDADES

O Código denomina despedimento³⁶⁷ á extinción do contrato de traballo por iniciativa do empregador fundada en inadaptación sobrevida do traballador ao posto de traballo (cfr. artigo 405 do código). Trátase dunha situación de extinción que non

367 Non era esa a terminoloxía legal na lexislación anterior, pero xa estaban os que, como PEDRO FURTADO MARTINS, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 2.^a ed., revista e actualizada, Principia, Lisboa, 2002, páxina 140, entendían que se trataba dun despedimento.

parece corresponder a un comportamento culposo, nin do traballador³⁶⁸, nin da entidade patronal³⁶⁹ e que, no pasado, polo menos, non foi moi utilizada polos empregadores³⁷⁰. En relación a esta última, en efecto, o artigo 407.1.e) establece expresamente como requisito para a extinción do contrato por inadaptación, que a situación de inadaptación “non fose determinada por falta de condicións de seguridade, hixiene e saúde no traballo imputable ao empregador” (cfr. tamén artigo 407.2.b). Ao noso parecer non queda aínda de todo claro se a inadaptación podería deberse a culpa do traballador que violou a obriga de adaptarse á evolución do seu posto de traballo, sempre que non se trate dunha culpa grave e, por conseguinte, non xustifique un despedimento por feito imputable ao traballador³⁷¹.

O Código prevé, en rigor, dúas modalidades de inadaptación. Nunha delas a inadaptación parece consistir na non consecución de determinados resultados que o traballador previa e aos que formalmente comprometeuse. En efecto, o nº 2 do artigo 406 establece que “verifícase (...) inadaptación do traballador cando, tratándose de cargos de complexidade técnica ou de dirección, non se cumpriran os obxectivos previamente fixados e formalmente aceptados por escrito, estando iso determinado polo modo de exercer as funcións e sempre que se faga practicamente imposible a continuidade da relación de traballo”. Permítese así unha situación moi próxima a unha obriga de resultado encomendada a un traballador por conta allea. Sublíñese que, en todo caso, os obxectivos a alcanzar teñen que ser aceptados polo traballador por escrito e previamente (non parece, sen embargo, que tal aceptación teña que constar no contrato de traballo inicial, podendo resultar dunha ampliación posterior). Esta cláusula só será válida en relación a cargos de complexidade técnica (concepto indeterminado –a nosa xurisprudencia xa decidiu, por exemplo, respecto do período de proba que o cocíneiro dun restaurante que ten que realizar un elevado número de comidas por día é un cargo de complexidade técnica) e a cargos de dirección (aquí, como os cargos de dirección se sitúan en alternativa aos cargos de complexidade técnica, cremos que a expresión cargos de dirección non se circunscribe aos cargos de alta dirección). Algúns autores –

368 Para PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Código do Traballo, Anotado*, Almedina, Coímbra, 4.ª ed., 2005, páxina 667, o despedimento por inadaptación “non presupón (...) culpa deste [do traballador], caso en que podería xustificarse o recurso ao despedimento por feito imputable ao traballador”.

369 E dun motivo de extinción que parece combinar elementos obxectivos e subxectivos, estes últimos aínda vinculados á persoa do traballador. Así, ao noso parecer con razón, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso...*, cit., páxina 523.

370 Á “escasa relevancia práctica” da figura refírese PEDRO FURTADO MARTINS, *op. cit.*, páxina 143.

371 Dise, sen embargo, que non deberá haber culpa, nin sequera leve, do traballador, xa que, dende logo, o medio de reacción máis adecuado nese caso é a aplicación de sancións disciplinarias e sería raro prever unha compensación para o traballador por unha finalización en que este tivo culpa. Non obstante, de verificarse unha situación de inadaptación, non se entende como esta pode ser motivo para a extinción do contrato cando non hai ningunha culpa do traballador, pero xa non o podería ser de existir culpa (aínda leve) deste. A culpa grave, como a redución culposa e anormal da produtividade, debe dar lugar a un despedimento disciplinario.

o caso de Pedro Romano Martínez³⁷²– entenden que está aquí en xogo unha condición resolutiva; temos serias dúbidas respecto desta interpretación. En realidade non se verifica o automatismo propio dunha condición, xa que da mera non verificación dos obxectivos previamente fixados e formalmente aceptados non se extrae sen máis a inadaptación do traballador coa consecuente extinción do contrato. Segundo establece o nº 2 do artigo 406 é ademais necesario que a non verificación dos resultados fose determinada pola forma de exercer as funcións –o que pode non obviamente ser o caso: pénsese na entrada en recesión aguda dun determinado mercado, de maneira que ninguén conseguiría lograr aqueles obxectivos fose cal fose a forma de exercer as referidas funcións³⁷³. A non realización dos resultados a que o traballador se obrigou tampouco implica necesariamente a imposibilidade práctica de mantemento da relación de traballo: abonda ter presente que o posto de traballo e as funcións concretamente desempeñadas poden non esgotar o obxecto do contrato que, como é sabido, abrangue hoxe en día, en principio, non só as actividades relacionadas no contrato de traballo en referencia a un IRCT, senón tamén as actividades afíns ou funcionalmente vinculadas. Por outro lado, é tamén necesario, mesmo neste caso (artigo 407.2.a), que a inadaptación resulte dunha modificación das funcións relativas ao posto de traballo como consecuencia da introdución de novos procesos de fabricación, novas tecnoloxías ou equipamentos. O artigo 407.2.a), é clasificado significativamente por Pedro Romano Martínez como “unha incongruencia”³⁷⁴, pero iso non xustifica, certamente, unha interpretación da lei que ignore este precepto, como é a afirmación de que “os obxectivos previamente fixados equivalen a unha condición resolutiva”.

Ademais desta situación de inadaptación especial que se pode verificar en relación a cargos de complexidade técnica ou de dirección, o artigo 406.1 prevé que a inadaptación pode verificarse cando se produza unha das seguintes situacións: redución continuada de produtividade ou de calidade; avarías repetidas nos medios relacionados co posto de traballo; riscos para a seguridade e saúde do propio traballador, do resto dos traballadores ou de terceiros. É suficiente que se verifique unha destas situacións, non esixíndose a verificación acumulativa de todas elas, pero é ademais necesario que tales situacións estean “determinadas pola forma de exercer as funcións o traballador” e que “fagan practicamente imposible o mantemento da relación de traballo”.

Das expresións “redución continuada” e “avarías repetidas” parece poder extraerse a conclusión de que para que haxa inadaptación non abundará cunha ou outra situa-

372 Código do Traballo Anotado, Almedina, Coímbra, 4.ª ed., 2005, páxina 668.

373 PEDRO FURTADO MARTINS, *op. cit.*, páxina 142, dá como exemplo o suposto de que os obxectivos prefixados non se alcanzasen debido a “unha alteración repentina e imprevisible das condicións do mercado ao que se destinan os produtos ou servizos comercializados pola empresa”. E tamén pode referirse o caso en que a non obtención dos resultados non se debeu ao modo en que o traballador exerceu as funcións, senón á falta de colaboración adecuada da contraparte e a defectos estruturais da organización produtiva desta.

374 Aut e *op. cit.*, páxina 670.

ción esporádica e transitoria, esixíndose polo menos en canto á redución de produtividade, de calidade e avarías que estas se prolonguen por un período razoable de tempo. Unha vez máis é importante considerar cada caso concreto: se un traballador foi promovido recentemente, ou está a ser obxecto do exercicio do *ius variandi*, pode non serlle esixible unha produtividade “normal”, polo menos de inmediato. E tamén hai que contar coa eventualidade de que a quebra de produtividade ou a existencia de avarías e de riscos sexa por culpa do empregador, que non lle facilitou a formación profesional necesaria para o exercicio das novas funcións. E se un traballador é readmitido como consecuencia dun despedimento ilícito ben pode suceder que non se adaptara entrementes á evolución tecnolóxica verificada ou aos novos modos de produción introducidos na empresa, e que iso se deba, ben á interrupción da actividade que lle foi imposta, ben á falta de formación profesional axeitada tras a readmisión.

2. REQUISITOS

O réxime xeral da inadaptación presupón tamén a verificación acumulativa dunha serie de requisitos previstos no artigo 407.1. É, dende logo, necesario que a situación de inadaptación non resulte de comportamento imputable ao empregador. Por outro lado, a inadaptación do traballador ha de ser a consecuencia de modificacións no posto de traballo verificadas nos seis meses anteriores ao inicio do procedemento para despedimento por inadaptación. É tamén necesario que se lle impartira a formación profesional axeitada ás modificacións introducidas no posto de traballo (artigo 417.1.b)) e que despois da formación o traballador tivera un período non inferior a 30 días de adaptación, en principio no propio posto de traballo e fóra deste (por exemplo, nun simulador) sempre que o exercicio de funcións no posto de traballo “sexa susceptible de causar prexuízos ou riscos para a seguridade e saúde do propio traballador, do resto dos traballadores ou de terceiros” (apartado c) do nº 1 do artigo 407). Engádesse ademais que é necesario que “non exista na empresa outro posto de traballo dispoñible e compatible coa cualificación profesional do traballador” (apartado d) do nº 1 do artigo 407). Cabe preguntarse qué debe entenderse aquí por compatible coa cualificación profesional do traballador: imaxínese que existe na empresa outro posto de traballo dispoñible, pero para o cal o traballador está claramente sobrecualificado. ¿Deberá considerarse o devandito posto compatible coa cualificación profesional de traballador ou deberá permitirse que en todo caso o traballador opte por ocupar ese posto de traballo, aínda que iso implique unha derogación *in peius* da súa categoría?

Finalmente, para que o despedimento por inadaptación poida producirse é necesario que “sexa posta a disposición do traballador a compensación debida” (apartado f) do nº 1 do artigo 407) o que suxire unha oferta real – lémbrese, de feito, que o artigo 428.1 prevé que a decisión de despedir indique a contía da compensación, así como a forma e o lugar do pagamento; ademais diso o despedimento será ilícito, segundo o establecido no apartado c) do art. 433 se “non se puxese a disposición do traballador despedido, antes do termo do aviso previo, a compensación a que se refire o art. 401, así como os créditos vencidos ou esixibles en virtude da finalización do contrato de traballo”.

Do artigo 410 infírese que o despedimento por inadaptación non debe servir, en principio, como medio de redución dos efectivos dunha empresa, non debendo traer consigo a diminución do volume do emprego. Non obstante, se o empregador no prazo de 90 días non admite outro traballador ou, mesmo, traslada a un traballador no transcurso do proceso extintivo, tal circunstancia só produce unha responsabilidade contravencional e non afecta á licitude do despedimento por inadaptación xa verificado.

Debido á referencia do artigo 409, o traballador despedido por inadaptación ten dereito a un aviso previo non inferior a 60 días en relación á data prevista para a extinción do contrato e, ao igual que o traballador afectado por un despedimento colectivo, ten dereito a un crédito de horas correspondente a dous días de traballo por semana no caso de aviso previo (artigo 399), podendo, durante o prazo de aviso previo, denunciar o contrato de traballo coa antelación mínima de 3 días hábiles, sen prexuízo do seu dereito á compensación. Tamén debido á referencia do artigo 409, a compensación a que o traballador ten dereito no suposto de despedimento por inadaptación é dun mes de retribución base e antigüidade por cada ano completo de antigüidade. Tal compensación non poderá ser inferior a 3 meses de retribución base e antigüidade (nº 3 do art. 401) e no caso de fracción de ano o valor de referencia será calculado proporcionalmente (nº 2). A lei consagra tamén unha presunción –que admite proba en contrario como sucede en xeral coas presuncións– de que o traballador que acepte a compensación acepta tamén o despedimento por inadaptación (ou sexa, recoñece a súa licitude).

3. PROCEDEMENTO

O procedemento do despedimento por inadaptación está previsto nos artigos 426 a 428 do Código de Traballo. A lei establece a obriga de que o empregador comunique por escrito ao traballador e á comisión de traballadores, ou, no seu defecto, á comisión intersindical ou comisión sindical, a necesidade de poñer fin ao contrato de traballo (artigo 426.1). A comunicación debe ir acompañada da indicación dos motivos aducidos para a finalización do contrato, así como das modificacións introducidas nos postos de traballo, resultados da formación impartida e do período de adaptación (no réxime xeral de inadaptación previsto no artigo 407.1) así como da indicación da inexistencia doutro posto de traballo compatible coa cualificación profesional do traballador. A lei prevé (artigo 427) un período de consultas e un prazo de 10 días para que a estrutura representativa dos traballadores poida emitir un ditame fundamentado e o traballador poida impugnar o despedimento, ofrecendo os medios de proba que considere pertinentes (a similitude do que sucede no despedimento por feito imputable ao traballador, creemos que a entidade patronal deberá realizar as dilixencias probatorias que o traballador solicite; non obstante, o art. 433, respecto da ilicitude do despedimento por inadaptación non fai referencia á negativa do empregador a ter en conta ou apreciar os medios de proba proporcionados polo traballador). Transcorridos 5 días dende a finalización do prazo de 10 días a contar dende a comunicación, o empregador, en caso de que decida despedir, deberá emitir, por escrito, decisión fundamentada na que conste o motivo da finalización do contrato, a verificación dos

requisitos previstos no art. 407, a contía da compensación, así como a forma e lugar do seu pagamento e a data da finalización do contrato. A decisión deberá ser comunicada –existe aquí unha declaración recepticia– mediante copia ou transcripción ao traballador e ás estruturas de representación dos traballadores en cuestión, así como aos servizos competentes do ministerio responsable en materia laboral.

VII. EXTINCIÓN DO CONTRATO POR INICIATIVA DO TRABALLADOR

1. MODALIDADES. AS CAUSAS XUSTIFICADAS

En relación á extinción do contrato por iniciativa do traballador, pode distinguirse, de acordo coa sistematización legal, entre a resolución do contrato e a súa denuncia, aínda que esta última, en rigor, se poida subdividir nunha denuncia expresa e nunha denuncia tácita (a figura do abandono do traballo representa, precisamente, unha denuncia tácita, como se verá).

Unha das novidades do Código –na nosa opinión, de aplaudir– é que, en materia de resolución do contrato polo traballador, parte dunha noción xeral de causa xustificada, representando os números 2 e 3 do art. 441 só enumeracións exemplares de causa xustificada de resolución [en canto ao nº 3 é máis dubidoso]. O Código límitase, non obstante, a dicirnos no art.441.4 que “a causa xustificada é apreciada nos termos establecidos no nº 2 do art. 396, coas necesarias adaptacións”. Non obstante, resulta claro no Código que a causa xustificada para resolución do contrato tanto pode consistir nun comportamento culposo do empregador, como en situacións en que non existe culpa do empregador ou mesmo en que este é totalmente alleo á situación que constitúe causa xustificada de resolución do contrato. Cando o comportamento do empregador é culposo ¿haberá que aplicar coas necesarias adaptacións o nº 1 do art. 396? A circunstancia de que a lei remite só ao nº 2 do art. 396 e non ao seu nº 1 lévanos a responder, en principio, negativamente; se podería pensar que a noción de causa xustificada debería ser aquí simétrica á do nº 1 do art. 396.^o; non obstante, é dubidoso que así sexa xa que mentres o empregador dispón doutras sancións disciplinarias e debe recorrer aos medios ou sancións conservadoras, a non ser en casos extremos en que se xustifica o recurso ao despedimento, o traballador non se beneficia obviamente de tal posibilidade, e só pode como moito advertir ao empregador para que este, por exemplo, deixe de violar dereitos contractualmente concedidos ao traballador. Non obstante, se a violación culposa deses dereitos persistise, o traballador pouco máis poderá facer que optar entre tolerar a violación ou resolver o contrato. De aí que defendamos que nesta situación o limiar da gravidade do incumprimento do empregador poida situarse máis abaixo que o limiar do incumprimento do traballador que xustifica o despedimento.

O art. 441.2 contén unha enumeración claramente exemplar, como resulta inequivocamente da palabra “principalmente”. Sublíñese, en todo caso, que a lei distingue a “falta culposa de pagamento puntual da retribución” (apartado a) do “dano culposo de inte-

reses patrimoniais serios do traballador” (apartado e). Unha das razóns desta distinción podería consistir, segundo cremos, en subliñar que a falta culposa de pagamento puntual da retribución considerárase en xeral como seria ou grave por representar, a fin de contas, o incumprimento polo empregador do seu deber principal de prestación.

O nº 3 do art. 441 vén a ampliar o concepto de causa xustificada dicindo que constitúen ademais causa xustificada de resolución do contrato polo traballador as situacións previstas nese precepto; aquí temos dúbidas sobre a natureza taxativa ou exemplar do precepto. Parécenos defendible que o mesmo siga sendo exemplar e que poidan existir situacións, principalmente na esfera do propio traballador, marcadamente excepcionais, que xustifiquen unha resolución inmediata do contrato: pénsese nun parente próximo do traballador que padece unha enfermidade crónica ou entra en estado terminal, preferindo o traballador a solución da resolución do contrato para asistilo mellor, ou no cambio de residencia do cónxuxe do traballador de maneira que este último decide acompañalo para non romper a unidade familiar (nestas situacións en que hai un conflito entre deberes contractuais e deberes familiares non se poderá, quizais, falar estrictamente de obrigas legais incompatibles coa continuidade ao servizo).

2. PROCEDEMENTO EXTINTIVO

De acordo co art. 442 a resolución do contrato de traballo polo traballador debe facerse por escrito, con indicación sucinta dos feitos que a xustifican e nos 30 días seguintes ao coñecemento deses feitos. Cremos que para que o prazo comece a producir efecto será necesario que o traballador coñeza os feitos na súa plenitude ou totalidade. Non está tampouco claro se este prazo é un prazo de caducidade ou de prescrición e se se poderá suspender en determinadas situacións.

Obsérvese que se o fundamento aducido fose a necesidade de cumprimento de obrigas legais incompatibles coa continuidade no servizo, o traballador deberá notificar ao empregador o antes posible (art. 442.2; a devandita obriga de notificar o antes posible ¿evitará o prazo dos 30 días?).

O art. 445 establece que se a resolución do contrato fose impugnada baseándose na ilicitude do procedemento, o traballador “pode corrixir o vicio antes de que finalice o prazo para contestar, non aplicándose, sen embargo, este réxime máis dunha vez”. Esta norma parece responder a certa obsesión pola simetría que ven dominando sistematicamente ao noso lexislador: en realidade, quérese introducir aquí unha norma simétrica coa prevista no art.436.2. A verdade é que as situacións son moi diferentes, non só porque parece excesivamente pomposo denominar “procedemento” á entrega do documento escrito mediante o cal o traballador resolve o contrato (sería un procedemento composto por un único acto...), senón principalmente porque non se entende moi ben qué é o que poderá o traballador emendar: ¿podrá entregar un documento escrito cando antes se limitou a unha declaración verbal ou nin sequera fixo declaración ningunha e limitouse a abandonar o traballo? ¿Ou poderá volver a facer nova

indicación dos feitos que xustifican a resolución e que non estaban indicados ou estaban deficientemente indicados no documento de resolución? Parécenos ir demasiado lonxe permitir tanto unha como outra posibilidade: permitir que o traballador entregue o escrito que non entregou sería o mesmo que permitir á entidade patronal que non entregou a explicación da causa xustificativa escrita ou unha decisión final escrita que as entregase na acción de impugnación do despedimento, o que non nos parece que deba admitirse, especialmente cando non hai explicación da causa xustificativa (caso en que o procedemento disciplinario nos parecería inexistente). Por outro lado, mentres a entidade patronal ten que facer unha indicación circunstanciada dos comportamentos do traballador que representan causa xustificada, admitíndose quizais que se non a fixese con concreción suficiente poida detallar ou concretar máis esa acusación na reapertura do procedemento en fase xudicial, non debe esquecer que o traballador só ten que facer unha indicación sucinta dos feitos que xustifican a súa resolución. ¿Deberíase permitir que faga agora unha indicación sucinta doutros feitos completamente diferentes ou que faga mesmo a indicación sucinta dos feitos que xustifican a resolución que faltou por completo no documento de resolución?

3. EFECTOS

Os dous grupos de situacións en que hai causa xustificada para a resolución polo traballador do contrato de traballo –ou sexa, os casos en que a causa xustificada tradúcese nun comportamento culposo do empregador e os casos en que non hai ningunha culpa do empregador– teñen consecuencias indemnizatorias moi distintas. Segundo o establecido no art. 443.1, a resolución do contrato con fundamento nos feitos previstos no nº 2 do art. 441 –parécenos que a letra da lei é demasiado restritiva xa que a enumeración do nº 2 é simplemente exemplar e debe abranguer todos os casos en que haxa un comportamento culposo do empregador, aínda que non estean directamente contemplados na enumeración do nº 2– confire ao traballador o dereito a unha indemnización por todos os danos patrimoniais e non patrimoniais sufridos, debendo esta corresponder a unha indemnización entre 15 a 45 días de retribución base e antigüidade por cada ano completo de antigüidade. Na nosa opinión, esta é unha das normas máis desafortunadas do Código. Dende logo, porque parece contradictorio que se diga, por un lado, que o traballador ten dereito a unha indemnización por todos os danos patrimoniais e non patrimoniais sufridos e engádase, por outro, que a indemnización (por todos os danos...) deberá corresponder a unha indemnización cunha contía máxima de 45 días de retribución base e antigüidade por cada ano completo de antigüidade. En realidade, ¿en que queda? ¿Pretende o lexislador consagrar o dereito á reparación total do dano sufrido ou, ao contrario, pretende que o dano só sexa reparado ata certo límite? Parece que a opción do lexislador é a segunda, debendo interpretarse o precepto como consagrando o dereito á reparación do dano, sempre que non supere certa contía.

O empregador pode presentar unha demanda para obter a declaración xudicial da ilicitude da resolución do contrato, demanda que deberá ser presentada, como resulta do nº 2 do art. 444, no prazo dun ano a contar dende a resolución. Se o tribunal declárase a ilicitude da resolución, ou sexa, a inexistencia de causa xustificada para a reso-

lución, o empregador terá dereito a unha indemnización polos prexuízos causados non inferior á contía que resulta do incumprimento do aviso previo no suposto de denuncia polo traballador (art. 448). A letra do precepto déixanos algunhas dúbidas en canto á solución dos casos en que o traballador resolvera o contrato no momento en que xa transcorreran trinta días dende o coñecemento dos feitos que alega para xustificar a resolución. Nestes casos, o traballador non terá dereito á indemnización por resolución con causa xustificada; resta saber se terá automaticamente que pagar ao empregador a indemnización por incumprimento do aviso previo aínda que a causa xustificada efectivamente existise; a lei confire o empregador dereito a indemnización sempre que a causa xustificada non fose demostrada en xuízo.

4. DENUNCIA DO CONTRATO. DIFERENCIA CO ABANDONO

Ademais dos casos de resolución, en que se esixe causa xustificada para rescindir o contrato de traballo, o traballador poderá denunciar o contrato, independentemente de que haxa causa xustificada sempre que o comunique cunha antelación mínima e salvo situacións como o pacto de permanencia. En caso de contrato por tempo indefinido o aviso previo a dar polo traballador varía segundo a antigüidade do traballador, tendo a duración mínima de trinta ou sesenta días segundo o traballador teña ata dous ou máis de dous anos de antigüidade. Este prazo pode ser ampliado por IRCT ou por contrato de traballo ata seis meses, “en relación a traballadores que ocupen cargos de administración ou dirección, así como funcións de representación ou de responsabilidade”. Non se esixe na lei que a cláusula do contrato de traballo sexa escrita. Por outro lado, existe a posibilidade de ampliación non só, como se ve, en relación a traballadores que ocupan cargos de administración ou de dirección, senón tamén funcións de representación ou de responsabilidade. Trátase de funcións de representación –non abondará só a existencia fortuíta de poderes de representación. Se o contrato fose temporal permítese igualmente a denuncia polo traballador con aviso previo coa antelación mínima de trinta días se o contrato tivese duración igual ou superior a seis meses ou de quince días se fose de duración inferior. Estes prazos deben, non obstante, axustarse aos prazos do período de proba en caso de contrato temporal (art. 108). Iso significa, por exemplo, que se as partes asinasen un contrato de duración certa de trinta días, nunha situación en que a lei o permite, o traballador poderá denunciar o contrato, ao amparo do período de proba (se este non se excluíse por acordo escrito das partes ou se reducise por IRCT ou por acordo escrito das partes) nos primeiros quince días de execución do contrato; nos quince que restan (supoñendo que a data de inicio da execución do contrato coincidiu coa data da súa celebración) o traballador non poderá xa desvincularse antes do transcurso do prazo, dado que tería que facelo con quince días de antelación mínima. De acordo co art. 447.4 no caso de contrato temporal de duración incerta se terá en conta o tempo de duración efectiva do contrato para determinar o prazo de aviso previo.

O incumprimento, total ou parcial, polo traballador do prazo de aviso previo carréxalle a este a obriga de pagar ao empregador “unha indemnización de valor igual á retri-

bución base e antigüidade correspondentes ao período de antelación en falta, sen prexuízo da responsabilidade civil polos danos eventualmente causados en virtude da inobservancia do prazo de aviso previo ou procedentes da violación de obrigas asumidas en pacto de permanencia” (art. 448). A denuncia polo traballador do seu contrato de traballo esixe comunicación escrita; a lei considera, ademais, unha modalidade de denuncia tácita que consiste no abandono do traballo. De acordo co art. 450.1, “considérase abandono de traballo a ausencia do traballador do servizo acompañada de feitos que, con toda probabilidade, revelen a intención de non o retomar”. A doutrina fala aquí dunha ausencia cualificada: ou sexa, ás faltas inxustificadas teñen que engadirse feitos que, en dicir da lei, con toda probabilidade indiquen que o traballador non ten intención de retomar o traballo. O empregador pode, pois, ter coñecemento de que a ausencia do traballador, aínda que inxustificada, non corresponde á intención deste de extinguir o contrato de traballo. Imaxínese que o empregador sabe que o traballador sofre perturbacións psicolóxicas ou de ámbito psiquiátrico, ou ben que o traballador partiu de vacacións crendo erroneamente que lle foran concedidas ou que podía determinalas el mesmo ou, incluso, que o traballador non comparece ao novo lugar de traballo por entender equivocadamente que o seu traslado foi ilícito. Nestas e noutras situacións similares poden existir faltas inxustificadas pero non se poderá falar de abandono. A lei consagra no nº 2 do art. 450 unha presunción que admite proba en contrario de abandono do traballo cando a ausencia do traballador se prolonga durante polo menos dez días hábiles seguidos, sen que o empregador recibira comunicación (que obviamente non ten que ser escrita) do motivo da ausencia. De acordo co nº 3 do mesmo precepto a presunción poderá ser refutada, non mediante a mera demostración dunha razón xustificativa da ausencia, senón mediante a proba de que houbo unha causa de forza maior que impediu a comunicación da propia ausencia. Para mencionar, só, algúns exemplos, imaxínese que o traballador entrou en coma ou que foi secuestrado por uns delinquentes (que, moi probablemente, non o deixarán telefonar ao seu empregador para avisalo da razón pola que faltaba ao seu emprego...). O abandono do traballo parece ser introducido na nosa lexislación laboral, na liña, de feito, da figura do abandono do servizo existente no dereito público, para aforrar ao empregador as molestias e as dificultades inherentes a un procedemento disciplinario conducente a un despedimento, en especial nas situacións de ausencia do traballador. Sendo así parécenos que o abandono do traballo só debe invocarse como tal polo empregador, aínda que a lei expresamente non o diga. Nos termos establecidos no art. 450 nº 4, o abandono do traballo vale como denuncia do contrato polo traballador, denuncia realizada sen que se cumprira o prazo de aviso previo e que, por conseguinte, aínda que eficaz non é lícita e leva consigo a obriga do traballador de indemnizar a súa entidade patronal polos prexuízos que lle ocasionou, indemnización que non deberá ser inferior á contía calculada segundo o art. 448. Pero para que poida invocarse o abandono do traballo polo empregador faise necesario que este envíe unha comunicación mediante carta rexistrada ao último domicilio coñecido do traballador. Cremos que se o traballador regresa e se presenta no traballo antes de que a referida carta chegue ao seu destino o abandono non poderá ser invocado.



GARANTIAS LEGAIS DA
LIBERTADE SINDICAL

CAPÍTULO SÉTIMO



I. LIBERDADE SINDICAL INDIVIDUAL

Nesta materia é esencial facer referencia á Lei Fundamental, a partir da cal se constrúe todo o réxime xurídico que ten por obxecto protexer a liberdade sindical. Referímonos ao art. 55 da Constitución da República Portuguesa, do que resumimos as partes fundamentais:

Nº 1 – Recoñécese os traballadores a liberdade sindical, necesaria para a defensa dos seus dereitos e intereses.

Nº 2 – Garántese aos traballadores, sen ningún tipo de discriminación:

- a) Liberdade de constitución de organizacións sindicais;
- b) Liberdade de afiliación, non podendo ser obrigado a pagar cotas a sindicatos dos cales non forman parte;
- c) Liberdade de organización interna;
- d) Dereito de exercicio de actividade sindical na empresa;

Nº 4– As organizacións sindicais son independentes do empresariado, do Estado, das confesións relixiosas, dos partidos e doutras asociacións políticas.

Nº 6 – Os representantes electos dos traballadores gozan do dereito de información e consulta.

No exercicio do dereito á liberdade sindical, os traballadores teñen dereito a constituír organizacións sindicais (art. 475.1 do Código do Traballo, Lei nº 99/2003, do 27 de agosto), ou a afiliarse ao sindicato que, na área da súa actividade, represente a categoría respectiva (art. 479.1 do CT).

De calquera modo, a liberdade sindical protexida constitucionalmente asume tamén unha dimensión negativa, dado que un traballador pode separarse en calquera momento do sindicato ao que estea afiliado (mediante comunicación escrita enviada cunha antelación mínima de 30 días –art. 479.4 CT), non podendo ser obrigado a pagar cotas a ningunha asociación sindical.

A liberdade sindical, ao igual que calquera dereito, non pode considerarse ilimitada. En consecuencia, é natural que se examinen dúas importantes restricións á facultade á que nos estamos a referir.

A primeira delas se sustenta na prohibición da dobre afiliación. Así resulta do art. 479.2 CT, aínda que non da Constitución Portuguesa, se ben non parece que entre en conflito con esta. Admítense algunhas excepcións. Unha delas se basea no feito de

que o traballador pode levar a cabo a súa actividade en lugares diferentes (cando se trata de sindicatos que abranguen, por exemplo, un ámbito rexional), ou tamén no caso, sempre posible, de que o traballador teña máis dun emprego.

A segunda excepción relaciónase coa propia autolimitación estatutaria das organizacións sindicais, xa sexa esta xeográfica ou categorial. Se un sindicato representa aos soldadores do Norte, nese caso non se admitirá a inscrición dun agricultor, nin sequer a dun soldador que exerza a súa actividade no Sur.

No relativo a este dereito, liberdade e garantía, podemos afirmar que, basicamente, prevalece a idea de que ningún traballador pode ser discriminado polo feito de pertencer ou non a unha determinada organización sindical. Polo tanto, prohibese e considérase nulo todo acordo ou acto que teña por obxecto:

- Subordinar a contratación de calquera traballador á condición de que se afilie, non se afilie ou abandone unha determinada organización sindical [art. 453.a) CT];
- Despedir, trasladar ou prexudicar do modo que sexa a un traballador polo exercicio dos seus dereitos relativos á participación en estruturas de representación colectiva ou pola súa afiliación ou non afiliación sindical [art. 453.b) CT].

II. ORGANIZACIÓNS SINDICAIS

As organizacións sindicais engloban aos sindicatos, federacións, unións e confederacións³⁷⁵, podendo os estatutos destas tres últimas admitir a representación directa de traballadores non representados en sindicatos (art. 475.2 e 3 CT).

As organizacións sindicais regúlanse por estatutos e regulamentos por elas aprobados, elixen aos seus propios representados e organizan a súa xestión e actividade (art. 480 CT). A modificación dos estatutos é tamén competencia das propias organizacións (art. 484 CT). A elaboración dos estatutos e a súa modificación non están suxeitas a ningunha aprobación administrativa, unicamente a control xudicial de

³⁷⁵ Sempre que fai referencia a eles a lei portuguesa, hai que entender do seguinte xeito os conceptos que seguen (art. 476 CT): *sindicato* – asociación permanente de traballadores para defensa e promoción dos seus intereses socio-profesionais; *federación* – asociación de sindicatos de traballadores da mesma profesión ou do mesmo sector de actividade; *unión* – asociación de sindicatos de base rexional; *confederación* – asociación nacional de sindicatos; *sección sindical de empresa* – conxunto de traballadores dunha empresa ou centro de traballo afiliados ao mesmo sindicato; *comisión sindical de empresa* – organización dos delegados sindicais do mesmo sindicato na empresa ou centro de traballo; *comisión intersindical de empresa* – organización dos delegados das comisións sindicais de empresa dunha confederación, sempre que engloben a un mínimo de cinco delegados sindicais, ou de todas as comisións sindicais da empresa ou centro de traballo.

legalidade (art. 483 CT). Os empregadores non poden promover a constitución nin manter ningunha clase de estruturas de representación colectiva dos traballadores (art. 452 CT). Trátase unha prerrogativa destes.

As organizacións sindicais atópanse limitadas, en certa forma, polos principios da organización e xestión democrática (art. 55.3 CRP e art. 486 CT), aínda que isto constitúe ao mesmo tempo unha garantía adicional de liberdade e autonomía.

Tal como dispón a Lei Fundamental, é un dereito das organizacións sindicais o exercicio da actividade sindical no seo das empresas, a través de delegados sindicais, de comisións sindicais e intersindicais (art. 497 CT). Para o normal desenvolvemento desta facultade están garantidos:

- O dereito á utilización de instalacións no seo da empresa (con maior amplitude nas empresas con máis de 150 traballadores –art. 501 CT);
- Dereito de reunión na empresa, nos termos que establece a lei, por parte dos traballadores (art. 497 CT), sempre que as reunións sexan convocadas pola comisión sindical ou intersindical (art. 396 e segs. da Lei Reguladora do Código do Traballo, Lei nº 35/94 do 29 de xuño)
- Dereito de fixar carteis e información sindical (sempre que non perturbe o normal funcionamento da empresa –art. 502 CT) e dereito de información e consulta (art. 503 CT) cando sexa exercido polos delegados sindicais, de acordo coas súas atribucións.

III. MEMBROS DA DIRECCIÓN DAS ORGANIZACIÓNS SINDICAIS E DELEGADOS SINDICAIS

Para asegurar convenientemente a respectiva función de representación dos traballadores, a lei concédelles garantías especiais:

- Estes traballadores son titulares dun crédito de horas, en relación á xornada ordinaria de traballo e que computa como tempo de servizo efectivo (art. 454 CT). Os delegados sindicais son titulares, para o exercicio das súas funcións, dun crédito de cinco horas mensuais, podendo elevarse a oito se se tratase dun delegado que forma parte dunha comisión intersindical (art. 504 CT). No que respecta aos membros da dirección das estruturas representativas dos traballadores, non todos se beneficiarán do crédito de horas previsto na lei, dependendo o número de beneficiarios do tamaño da empresa, tal como se establece no art. 505.2 CT e art. 400 da Lei Reguladora do Código do Traballo. Ditos beneficiarios (que serán obxecto de identificación e comunicación á empresa ata o 15 de xaneiro de cada ano ou ata 15 días posteriores

a calquera modificación da composición da dirección –art. 400.3 LRCT) dispoñen dun crédito de horas correspondente a catro días de traballo mensuais, mantendo o dereito á retribución (art. 400.2 LRCT). Os restantes membros da dirección non gozarán de ningún crédito de horas;

- Se os devanditos traballadores, titulares de crédito de horas nos termos legalmente previstos, se ausentasen, no desempeño das súas funcións, máis alá do crédito de horas referido e previsto, tales ausencias serán consideradas faltas xustificadas, contando como tempo de servizo efectivo, agás no que respecta á retribución (art. 455.2 CT). Para que as ausencias sexan efectivamente consideradas como xustificadas é necesario que sexan comunicadas, por escrito, cun día de antelación e con indicación dos días previstos de ausencia (se non puidesen preverse é obrigatoria a comunicación nas 48 horas seguintes á primeira falta) –art. 455.3 CT.

Os membros da dirección da organización sindical que non se beneficien de crédito de horas nos termos dos artigos 399 e segs. LRCT, gozan do dereito a faltas xustificadas, pero só ata 33 faltas por ano (art. 402.2 LRCT).

No que respecta aos delegados sindicais as faltas só se consideran xustificadas se se trata de actos necesarios e inaprazables para o exercicio das súas funcións (art. 455.2 CT).

Sempre que as faltas determinadas polo exercicio de actividades sindicais se prolonguen efectiva ou previsiblemente durante máis dun mes é de aplicación o réxime de suspensión do contrato de traballo por feito referido ao traballador (art. 403 LRCT), sendo, polo tanto, aplicable o disposto nos artigos 333 e segs. CT;

- Os traballadores que sexan representantes sindicais non poden ser sometidos a un traslado de centro de traballo individual sen a súa conformidade. Unicamente en caso de traslado total ou parcial do centro de traballo poderán os devanditos traballadores exercer a súa actividade noutro lugar de traballo (art. 457 CT). Aínda así, calquera traslado precisa, ademais, de previa comunicación á estrutura de representación colectiva á que pertence o traballador;

- O traballador elixido para as estruturas de representación colectiva ou delegado sindical pode ser suspendido preventivamente mediante un procedemento disciplinario, pero tal situación non impide que poida realizar as actividades e facer uso dos lugares relacionados coas súas funcións sindicais (art. 456.1 CT);

- Se presume inxustificable o despedimento dos traballadores que exerzan funcións nas estruturas de representación colectiva, que sexan candidatos a exercelas ou que as exerceran nos tres anos anteriores (art. 456.2 CT).

- No caso de que os traballadores arriba mencionados pretendesen recorrer á providencia preventiva de suspensión de despedimento, esta será decretada sempre salvo que o tribunal considere que existe seria probabilidade de verificación da causa invocada (art. 456.3 CT).
- As accións de impugnación de despedimento interpostas polos traballadores afectados teñen carácter urxente (art. 456.4 CT).
- Se non existe causa xustificada, o traballador despedido ten dereito a optar entre a readmisión sen prexuízo da súa categoría ou antigüidade [art. 436.1.b)] e unha indemnización cuxas cantidades de referencia en demanda serán o dobre das que son aplicables aos traballadores que non desempeñan funcións sindicais. Así, compete ao tribunal fixar a contía da indemnización entre 30 e 60 días (o réxime xeral para todos traballadores é entre 15 e 45 días) de retribución base e antigüidade por cada ano completo ou fracción de antigüidade, de acordo co valor da retribución e o grao de ilicitude do comportamento da empresa (artigos 456.5 e 439.1 e 4 CT). Poderá ser outro o cálculo da indemnización se estivese previsto en instrumento de regulamentación colectiva de traballo (art. 456.5 CT), suposto que non existe para o resto dos traballadores. De calquera modo, a indemnización nunca poderá ser inferior á retribución base e antigüidade correspondentes a seis meses (art. 456.5 e art. 439.5 CT), mentres que para o resto dos traballadores este valor mínimo non supera os tres meses (art. 439.3 CT).
- A redución da xornada normal de traballo ou a suspensión do contrato de traballo relativas a un traballador que sexa representante sindical non lesiona o dereito ao exercicio normal desas funcións no seo da empresa (art. 348 CT).





COMPETENCIAS DAS
ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS
EN MATERIA LABORAL

CAPÍTULO OITAVO



Estas competencias pode expresarse de diferentes formas, principalmente no que respecta á fiscalización das condicións do traballo, pero tamén nas relacións colectivas do traballo. Observemos cada unha destas dimensións por separado.

I. COMPETENCIAS NA FISCALIZACIÓN DAS CONDICIÓNS DE TRABALLO

O organismo público que ten ao seu cargo a función de inspección e fiscalización é a Inspección Xeral de Traballo (IGT). O seu estatuto está definido no DL nº 102/2000, do 2 de xuño, no que se establecen as principais funcións, competencias e poderes atribuídos á IGT. Este organismo se atopa sometido á tutela do Ministro do Traballo e da Solidariedade (art. 1.3 do Estatuto da IGT) e a súa función esencial é a de supervisar e controlar o cumprimento das normas relativas ás condicións de traballo, emprego, desemprego e pagamento das contribucións á seguridade social (art. 1.1 do Estatuto da IGT). Con ese fin, a IGT ten competencia en **todo o territorio portugués e en todos os sectores de actividade** – art. 2.1 Estatuto da IGT (sendo ademais responsable de promover e controlar o cumprimento da lexislación relativa á seguridade, hixiene e saúde no traballo, nos servizos e organismos da administración pública central, directa e indirecta, local, e institutos públicos –art. 2.2 Estatuto da IGT)

O artigo 3.1 do texto mencionado desenvolve as competencias da IGT no exercicio da súa actividade estatutaria:

- a) Promover e controlar o cumprimento das disposicións legais, regulamentarias e convencionais relativas ás condicións de traballo, principalmente as de seguridade, hixiene e saúde no traballo;
- b) Suxerir as medidas axeitadas en caso de que non existan normas legais ou regulamentarias, ou que estas sexan inapropiadas;

O nº 2 do mesmo art. 3 desenvolve as atribucións da IGT, engadindo as seguintes competencias:

- a) Promover e controlar o cumprimento das disposicións legais relativas ao apoio ao emprego e á protección do desemprego, así como ao pagamento das contribucións á seguridade social, sempre que non obstaculice a súa función principal relativa ás condicións de traballo;
- b) Aprobar e controlar o cumprimento de regulamentos internos;
- c) Emitir certificados profesionais, ao amparo dos respectivos regulamentos;

- d) Proceder ao depósito dos contratos de traballo de estranxeiros e rexistrar as comunicacións previstas na lei e relativas a estes;
- e) Promover accións e facilitar información ás entidades interesadas sobre as normas legais aplicables ás condicións de traballo;
- f) Organizar o rexistro dos individuos responsables das infraccións laborais;
- g) Elaborar un informe anual sobre a actividade inspectora.

Para o exercicio da súa acción inspectora e sancionadora atribúese á IGT un conxunto de poderes particularmente desenvolvido, contidos no art. 11 do Estatuto da IGT, e que enunciámos a continuación:

- a) Visitar e inspeccionar calquera centro de traballo, a calquera hora do día e da noite, sen necesidade de aviso previo, sen prexuízo das normas procesuais penais sobre rexistros domiciliarios;
- b) Obter a colaboración ou ir acompañados de peritos e técnicos nas inspeccións realizadas;
- c) Interrogar ao empregador, traballadores e calquera outra persoa que se atope nos lugares de traballo sobre calquera asunto relacionado coas disposicións legais, regulamentarias ou convencionais, diante de testemuñas ou a soas (sen prexuízo das normas aplicables do dereito procesual penal), podendo mesmo facer resumo escrito das declaracións obtidas;
- d) Solicitar a identificación das persoas referidas no apartado anterior, nos termos previstos na lei xeral;
- e) Requirir (con efectos inmediatos ou para presentación posterior), examinar ou copiar documentos ou outros rexistros que axuden a coñecer as condicións de traballo e o cumprimento das normas sobre emprego, desemprego e contribucións á seguridade social;
- f) Efectuar rexistros fotográficos, vídeos e medicións relevantes para a acción inspectora;
- g) Solicitar información sobre a composición de produtos, materiais e substancias utilizados nos lugares de traballo, así como recoller para a súa análise mostras destes, sempre que sexa necesario e informando dese feito ao empregador;
- h) Determinar a demostración de métodos de traballo adoptados nos lugares de traballo;

- i) Adoptar as medidas preventivas necesarias e adecuadas para impedir a destrución, desaparición ou alteración de documentos e outros rexistros e de situacións relacionadas cos apartados e) a h), sempre que non ocasionen prexuízos desproporcionados;
- k) Notificar ao empregador para que adopte medidas de prevención no ámbito da avaliación dos riscos profesionais;
- l) Notificar ás testemuñas, peritos ou outras persoas que poidan dispoñer de información útil sobre a materia do proceso para a súa comparecencia nos servizos da Inspección Xeral de Traballo ou noutro lugar;
- m) Notificar ao empregador para que proceda á liquidación das contías debidas aos traballadores ou á seguridade social;
- n) Solicitar a colaboración de autoridades policiais, principalmente no caso de impedimento ou obstrución ao exercicio da acción inspectora, ou se fose previsible a súa verificación;

É particularmente importante sinalar que no exercicio das súas funcións a IGT pode solicitar a colaboración de calquera autoridade, en especial da Policía de Seguridade Pública e a Garda Nacional Republicana (art. 17.2 Estatuto da IGT) e pode mesmo (neste caso a competencia atribúese especificamente ao inspector de traballo) efectuar a detención de alguén en flagrante delito, nos termos legalmente establecidos (art. 11.2 Estatuto da IGT).

Estes poderes e atribucións son importantes para o cumprimento da ampla misión que a IGT leva a cabo no ámbito das relacións laborais. En efecto, o CT, así como a respectiva Lei Regulamentaria, son particularmente xenerosos no alcance do papel concedido á IGT. Só a título de exemplo, se poden indicar algunhas materias en que a IGT desenvolve as súas funcións: traballo de menores (artigos 55 e 56 CT); finalización do contrato temporal (art. 133 CT); rexistro e depósito do regulamento interno da empresa (art. 153 CT); tempo de traballo (artigos 173 e segs. CT); fiscalización do rexistro de horas extraordinarias que se prestaran na empresa (art. 204 CT); dimisión excepcional de categoría dos traballadores (art. 313 CT); Ordes da IGT para o cesamento de actividades ilegais, so pena de que a mencionada empresa incorra en delito de desobediencia cualificada (art. 609 CT); sancións e multas (artigos 627 e segs. CT); obriga por parte do empregador de comunicar á IGT os accidentes mortais ou os que evidencien unha situación particularmente grave, nas 24 horas seguintes ao suceso (art. 257 LRCT).

II. COMPETENCIAS NAS RELACIÓNS COLECTIVAS DE TRABALLO

Ao abordar esta materia é particularmente importante facer referencia a dúas figuras que forman parte dos instrumentos de regulamentación colectiva non negociais: os regulamentos de extensión e os regulamentos de condicións mínimas –art. 2.4 CT.

De calquera forma, hai que dicir que os instrumentos de regulamentación non negociais, antes citados, non poden nunca prevalecer sobre os instrumentos de regulamentación colectiva negociais. Este mandato dedúcese do art. 3 CT que admite a aprobación daqueles cando non existe ningún instrumento negocial e do art. 538 CT, que pon fin á aplicación do instrumento non negocial no ámbito en que se vai aplicar un instrumento negocial que entremetres entrara en vigor.

A través dun regulamento de extensión pódese ampliar o ámbito inicial dun determinado convenio que desa forma será aplicable a suxeitos que non subscribiran o convenio inicial, sempre que as circunstancias sociais ou económicas xustifiquen tal extensión (art. 575.3 CT).

A competencia para a aprobación de regulamentos de extensión corresponde ao ministerio competente en materia laboral (art. 574.1 CT), debendo ser compartida co ministro competente do sector de actividade de que se trate, sempre que a impugnación, permitida por lei (art. 576.2 CT), ao proxecto de regulamento de extensión se fundamente en motivos de orde económica (art. 574.2 CT).

A ampliación do ámbito inicial do convenio pode efectuarse de dúas formas:

-Incluindo a empregadores do mesmo sector económico e traballadores da mesma profesión ou de profesión análoga, cando exerzan a súa actividade no ámbito territorial, sectorial e profesional do convenio colectivo ou decisión arbitral (art. 575.1 CT) –son as chamadas “extensións internas”.

- Incluindo, ademais dos suxeitos referidos no suposto anterior, aos empregadores e traballadores do mesmo ámbito sectorial e profesional, aínda cando exerzan a súa actividade fóra do ámbito territorial do convenio ou decisión, cando non existan asociacións sindicais ou patronais e se comprobe a identidade ou semellanza económica e social (art. 575.2 CT) –son as denominadas “extensións externas”.

No proceso previo á aprobación da extensión todos os interesados (particulares, persoas físicas ou xurídicas, que poidan estar, aínda que sexa indirectamente, afectadas pola aprobación do regulamento de extensión –art. 576.3 CT) poden impugnala por escrito nos quince días seguintes á publicación do aviso que contén o proxecto de regulamento de extensión (art. 576.2 CT).

Por regulamento de condicións mínimas hai que entender o instrumento ao que recorrer a administración central para establecer plataformas mínimas nun determinado sector de actividade. Só se poderá recorrer a esta figura cando sexa inviable a aprobación dun regulamento de extensión e cando non existisen organizacións sindicais ou patronais. De todos os xeitos, é sempre necesaria a verificación das condicións sociais e económicas que xustifiquen o recurso a esta figura (art. 578 CT).

O proceso de elaboración e aprobación deste regulamento é moi semellante ao do regulamento de extensión. En realidade, este é, de feito, o réxime subsidiariamente aplicable (art. 579.5 CT). A competencia é atribuída conxuntamente ao ministro competente en materia laboral e ao ministro competente do sector de actividade afectada polo futuro regulamento (art. 577 CT).

Ambos os dous regulamentos teñen que publicarse no *Boletín do Traballo e Emprego* e no *Diario da República* (art. 581 CT). En caso de conflito entre estas figuras debe prevalecer o regulamento de extensión [art. 537.1.b)].





CUESTIONES SOBRE O CONVENIO
COLECTIVO APLICABLE

CAPÍTULO NOVENO



O art. 543 CT establece algúns elementos de presenza obrigatoria no contido dun convenio colectivo. Entre eles están a determinación das entidades que o concertan [apartado a)], o ámbito xeográfico e o do sector de actividade e profesional de aplicación [apartado c)], o prazo de vixencia, en caso de existir [apartado f)], o número de empregadores e traballadores afectados polo convenio [apartado h)].

I. ÁMBITO XEOGRÁFICO DE APLICACIÓN

No que respecta ao ámbito xeográfico de aplicación do convenio colectivo pode ser o de todo o territorio nacional, o dunha provincia ou distrito ou, simplemente, o dunha empresa. En rigor, o ámbito de aplicación dos convenios non é un dato que poida avaliarse separadamente, correspondendo, normalmente, á zona de intersección dos ámbitos xeográficos cubertos polas entidades que o concertan. Para que non sexa así é imprescindible que se estableza outro ámbito, xustificándose, desa forma, a obrigatoriedade de constar no respectivo contido.

Este ámbito xeográfico inicial pode ser ampliado por regulamento de extensión (unha das modalidades posibles é precisamente a extensión a empregadores e traballadores do mesmo ámbito sectorial, pero de ámbito xeográfico diferente ao do convenio). Por outro lado, pódese obter tamén o mesmo resultado cun acordo de adhesión, nos termos establecidos no art. 563 CT.

II. ÁMBITO SUBXECTIVO DE APLICACIÓN

No que concirne ao ámbito subxectivo de aplicación o art. 552 CT é inequívoco na afirmación do principio da afiliación. Neses termos, o convenio colectivo obriga aos empregadores que o subscriben e aos inscritos nas asociacións patronais asinantes, así como aos traballadores ao seu servizo que sexan membros das asociacións sindicais outorgantes. Polo tanto, como norma xeral, aqueles que estivesen inscritos ou afiliados ás entidades asinantes do convenio estarán obrigados por este.

O mesmo sucederá cando a afiliación se produza con posterioridade á entrada en vigor do convenio, sempre que se estea dentro do respectivo período de vixencia (art. 553 CT).

Por outro lado, o mesmo precepto nos aclara que a baixa nunha organización durante o proceso negocial dun convenio colectivo non permite aos seus autores desvincularse do convenio futuro. En realidade, o momento decisivo para aplicar o mencionado principio de afiliación é, polo tanto, o do inicio do proceso negocial, o da presentación da proposta. Non produce efectos a manipulación da afiliación asociativa durante ese proceso.

De igual modo a baixa tampouco produce efectos unha vez concluído o proceso, dado que, segundo o art. 554 CT, o convenio colectivo é de aplicación aos devanditos suxeitos. Formúlanse tres supostos: aplícase o convenio ata o final do seu prazo de vixencia [outro dos elementos obrigatorios do contido do convenio –art. 541.d)]; se o convenio fose obxecto de alteración, será aplicable ata a entrada en vigor desta; se o convenio colectivo non tivese prazo de vixencia, os traballadores e empregadores que se deran de baixa dos suxeitos outorgantes estarán vinculados durante o prazo mínimo dun ano.

Por último, queda dicir que o convenio colectivo segue sendo de aplicación mesmo no suposto de traspaso de empresa ou centro de traballo, de acordo co que resulta do art. 535 CT. Tal solución, expresada aquí, sería xa defendible en relación ao réxime de traspaso de empresa ou centro de traballo, previsto na lei (art. 318.1 CT), que ordena a transmisión ao adquirente da posición xurídica de empregador nos contratos de traballo dos respectivos traballadores.

III. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN

No que se refire ao ámbito temporal de aplicación do convenio colectivo, hai que aterse aos artigos 556 e segs. CT. Por regra xeral o convenio colectivo está en vigor durante o prazo que nel se establece (art. 556.1 CT) e renóvase nos termos nel previstos (art. 557 n.1 CT). Se non estivese expresamente regulado, o convenio renóvase sucesivamente por períodos dun ano, salvo que haxa denuncia, e neste caso o convenio se renova por un ano e por outro adicional se xa se iniciase o proceso de negociación dun novo convenio colectivo [art. 557.2.a) e b) CT] –ao final dese segundo ano é posible a ultraactividade do convenio durante máis de seis meses, se se está a desenvolver un proceso de conciliación ou mediación. De calquera modo, o convenio posterior revoga integramente o convenio anterior, salvo nas materias sinaladas polas partes (art. 560.1 CT).

IV. CONFLITO ENTRE CONVENIOS

Na práctica é posible que unha mesma relación de traballo se atope no ámbito de aplicación de dous convenios colectivos. O dereito portugués non permite combinar disposicións de ambos os dous convenios dado que iso violaría o principio da “unidade do convenio”. A creación dun instrumento convencional obedece a unha lóxica global que se traduce nun equilibrio temporal entre as diferentes disposicións. Algunhas delas só son aceptables no contexto global que representa ese convenio. Sendo así, demostrárase a necesidade de prever normas que permitan resolver os conflitos xerados por esta situación.

O criterio proposto na lexislación portuguesa para a resolución do conflito entre convenios susténtase en vectores negociais. En efecto, o primeiro criterio de resolución deste tipo de conflitos consiste en cláusulas de articulación contidas en convenios colectivos de diferente nivel –art. 536.2 CT.

No suposto de non se acordar nada, son aplicables os criterios supletorios previstos na lei laboral. Ten plena vixencia a preferencia do específico sobre o xeral. Entre convenios de ámbito espacial diferenciado deben prevalecer aqueles cuxa eficacia subxectiva, obxectiva e xeográfica sexa máis restrinxida. Dese modo, o acordo de empresa prevalece sempre (sobre o acordo colectivo e sobre o contrato colectivo), e o acordo colectivo anteponse ao contrato colectivo³⁷⁶.

Nun plano diferente xorde o problema da elección entre convenios que presentan o mesmo plano de xeneralidade. En certa forma, preténdese que a aplicación dun convenio ou outro dependa do maior grao de conformidade cos intereses dos traballadores. Nese sentido, o criterio consagrado na lei para permitir a elección do convenio aplicable é tomar en consideración a vontade da maior parte dos traballadores en relación aos cales se produce concorrencia. Estes teñen un prazo de 30 días para comunicar a súa decisión ao empregador interesado e aos servizos competentes do ministerio responsable en materia laboral (art. 536.3 CT). A lei non define o modo en que ha de lograrse a preferencia maioritaria, só di que se trata dunha deliberación, o cal presupón polo tanto algunha forma de votación entre os traballadores.

Unha vez concretada a elección e a comunicación do convenio preferido, a situación é irrevogable ata o termo da vixencia dese instrumento negocial (art. 536.4 CT).

No caso de non se efectuar ningunha elección polos traballadores interesados a lei prevé dous criterios subsidiarios: será aplicable o convenio de publicación máis recente (art. 536.5 CT) e en caso de que a data sexa a mesma se preferirá aquel que regule a actividade principal da empresa (art. 536.6 CT).

Existe ademais un criterio adicional de regulación sempre que se trate dun tipo particular de conflito entre convenios. Así, de acordo co art. 535 CT, o convenio dun sector de actividade impide a aplicación dun convenio cuxo ámbito se define por profesión ou profesións relativas a aquel sector de actividade. O lexislador consagrou, polo tanto, a preferencia por un instrumento negocial vertical sobre un instrumento negocial horizontal.

376 Sempre que fai referencia a eles a lei portuguesa, hai que entender do seguinte xeito os conceptos que seguen: (art. 2.3 CT): Acordo de empresa –os convenios subscritos por organizacións sindicais e un empregador para unha empresa ou centro de traballo; Acordos colectivos –os convenios asinados por asociacións sindicais e unha pluralidade de empregadores para diferentes empresas; Contratos colectivos –os convenios asinados entre asociacións sindicais e asociacións de empregadores.



PRESTACIÓN POR DESEMPREGO

CAPÍTULO DÉCIMO

I. MEDIDAS XERAIS ACTIVAS E PASIVAS

De acordo coa lexislación aplicable (DL nº 119/1999, do 14 de abril) as medidas de protección da situación de desemprego poden dividirse en xerais e excepcionais. As primeiras poden ser pasivas e activas. De acordo co art. 2 DL nº 119/1999 as medidas xerais pasivas comprenden:

- a) O subsidio de desemprego;
- b) O subsidio social de desemprego inicial ou posterior ao subsidio de desemprego.

En canto ás medidas xerais activas consisten en (art. 3 DL nº 119/1999):

- a) O abono, por unha soa vez, da cantidade global das prestacións de desemprego co fin de crear emprego por conta propia;
- b) A posibilidade de compatibilizar o subsidio de desemprego parcial con traballo a tempo parcial;
- c) A suspensión total ou parcial das prestacións de desemprego durante a asistencia a curso de formación profesional con remuneración compensatoria;
- d) O mantemento das prestacións de desemprego durante o período de exercicio de actividade ocupacional.

As prestacións de protección da situación de desemprego ten como finalidade, por un lado, compensar aos beneficiarios da falta de remuneración resultante da situación de desemprego ou da súa redución determinada pola aceptación de traballo a tempo parcial, e por outro, promover a creación de emprego.

Concederanse sempre que se reúnan os requisitos do art. 6.1 DL nº 119/1999. De acordo con este precepto considerárase desemprego toda situación derivada da inexistencia total e involuntaria de emprego do beneficiario con capacidade e dispoñibilidade para o traballo.

Nos preceptos seguintes relaciónanse os requisitos esixidos, que son:

- 1) A inexistencia total de emprego é compatible coa prestación de traballo autónomo cuxos rendementos non excedan mensualmente do 50% do salario mínimo garantido a todos os traballadores (art. 6.2 DL nº 119/1999).
- 2) O desemprego considérase involuntario sempre que a finalización do contrato de traballo se deba a (art. 7 DL nº 119/1999):

- a) Decisión unilateral da entidade empregadora;
- b) Caducidade do contrato sempre que non estea determinada por obtención de pensión;
- c) Rescisión con causa xustificada por iniciativa do traballador (cando o fundamento da causa invocado polo traballador non sexa desmentido pola entidade empregadora ou, séndoo, o traballador demostre a interposición de acción xudicial contra esa entidade –art. 7.4 DL nº 119/1999);
- d) Mutuo acordo celebrado con empresas que se atopen en situacións definidas por normas propias.

Considérase igualmente en situación de desemprego involuntario ao traballador que, sendo declarado en situación de invalidez, é, en posterior exame de revisión da incapacidade realizado nos termos regulamentarios, declarado apto para o traballo (art. 7.2 DL nº 119/1999).

Por outro lado non haberá desemprego involuntario nos supostos en que o traballador rexeite, de forma inxustificada, a continuidade no servizo ao termo do contrato, tanto se esa continuidade lle fose proposta ou fose o resultado do incumprimento, por parte da entidade empregadora, do prazo de aviso previo de caducidade (art. 7.3 DL nº 119/1999).

- 3) A **capacidad** para o traballo tradúcese na aptitude para ocupar un posto de traballo.
- 4) A **dispoñibilidade** para o traballo tradúcese nun determinado conxunto de obrigas asumidas polo traballador:
 - a) Sometemento ao control por parte das oficinas de emprego;
 - b) Aceptación de emprego axeitado³⁷⁷, de traballos de colaboración social³⁷⁸ e de formación profesional que lle sexan proporcionados;

³⁷⁷ Para que un emprego sexa considerado axeitado é necesario respectar os seguintes requisitos acumulativos (art. 9.1 DL nº 119/1999): que consista no exercicio de funcións ou tarefas susceptibles de ser desempeñadas polo traballador, atendendo, principalmente, ás súas aptitudes físicas, títulos académicos e á súa formación e experiencia profesionais; que respecte as remuneracións mínimas e demais condicións establecidas na lei xeral ou no instrumento de regulamentación colectiva de traballo aplicable; que non cause ao traballador ou á súa familia prexuízo grave.

³⁷⁸ Considéranse traballos de colaboración social os que se levan a cabo no ámbito de programas ocupacionais, organizados por entidades públicas ou privadas sen ánimo de lucro, en beneficio da colectividade e por razóns de necesidade social ou colectiva, para os cales os titulares das prestacións están capacitados e non rexeiten por motivos xustificadas (art. 9.2 DL nº 119/1999).

- c) Aceptación de plan persoal de emprego;
- d) Busca activa de emprego polos seus propios medios.

II. OS SUBSIDIOS DE DESEMPREGO

No que se refire ao *subsidio de desemprego* só se reconecerá se se cumprisen ademais algúns requisitos adicionais: a situación anterior do traballador ha de definirse como contrato de traballo (art. 14.1 DL nº 119/1999); o beneficiario debe estar inscrito, como demandante de emprego, na oficina de emprego da súa área de residencia (art. 15 DL nº 119/1999); terá que respectarse o período de carencia que é, nestes casos, de 540 días de traballo, por conta allea, mediante as correspondentes nóminas, nun período de 24 meses inmediatamente anterior á data do desemprego (art. 16.1 DL nº 119/1999)³⁷⁹.

A contía diaria do subsidio de desemprego é igual ao 65% da remuneración de referencia calculado en base a 30 días por mes (art. 22.1 DL nº 119/1999). De calquera modo, o subsidio atribuído ao traballador desempregado non pode ser superior ao triplo do salario mínimo garantido a todos os traballadores nin inferior a ese salario mínimo (art. 23.1 DL nº 119/1999), salvo que a propia remuneración media mensual de referencia do traballador sexa inferior ao salario mínimo garantido, situación en que o subsidio de desemprego será equivalente a aquela remuneración media (art. 23.2 DL nº 119/1999).

As prestacións de desemprego se devengan, como norma xeral, dende a data da solicitude (art. 30.1 DL nº 119/1999), debendo ser aboadas durante un período predeterminado e que varía en función da idade do beneficiario na data da solicitude³⁸⁰:

- a) 12 meses para os beneficiarios con idade inferior a 30 anos;

379 Hai que facer referencia á entrada en vigor do DL nº 84/2003, do 24 de abril, no ámbito do Programa de Emprego e Protección Social (PEPS), que, atendendo ao período de crise económica e social, veu a alixear, temporalmente, os requisitos de que depende a concesión e pagamento do subsidio de desemprego. Como medidas temporais de protección social foron aprobadas (art. 3 DL nº 84/2003): redución do período de carencia para acceder ao subsidio de desemprego (pasa a ser de 270 días de traballo por conta allea, acreditado mediante as correspondentes nóminas, no período de 12 meses inmediatamente anterior á data do desemprego – art. 4. DL nº 84/2003); abono de subsidios provisionais de desemprego; aumento da contía do subsidio de desemprego e do subsidio social de desemprego; mellora da contía do subsidio de desemprego parcial; acceso á pensión de xubilación de desempregados con idade igual ou superior a 58 anos; axuda para cuidadoras de nenos,

380 É de destacar que, nos termos da lei aplicable (art. 28.1 DL nº 119/1999), é posible o abono da prestación por desemprego, globalmente, dunha soa vez, sempre que os interesados presenten proxecto de creación de emprego por conta propia.

- b) 18 meses para os beneficiarios con idade igual ou superior a 30 anos e inferior a 40 anos;
- c) 24 meses para os beneficiarios con idade igual ou superior a 40 anos e inferior a 45 anos;
- d) 30 meses para os beneficiarios con idade igual ou superior a 45 anos.

O dereito ás prestacións de desemprego pode extinguirse por causas relacionadas coa situación dos beneficiarios ante os sistemas de protección social de inscrición obrigatoria, por motivo da súa situación laboral, xa sexa en Portugal ou no estranxeiro, así como a consecuencia de actuación inxustificada do beneficiario (art. 40.1 DL nº 119/1999).

1) Supostos inherentes á situación do beneficiario ante os sistemas de protección social a que se atope vinculado:

- a) Finalización do período de concesión das prestacións de desemprego;
- b) Pasar a ser pensionista por invalidez;
- c) O cumprimento da idade legal para acceder á pensión de xubilación, se o beneficiario acreditase o período de cotización esixido;

2) No concernente á súa situación laboral, o dereito ás prestacións de desemprego extingúese nos seguintes casos –art. 42 DL nº 119/1999 (en moitos destes casos o abono das prestacións por desemprego atopábase xa en suspenso):

- a) Exercicio de actividade profesional por conta allea por período consecutivo de 540 días;
- b) Exercicio de actividade profesional por conta propia por período consecutivo superior a dous anos;
- c) Ausencia do territorio nacional sen que se probe o exercicio de actividade profesional por período superior a tres meses;
- d) Transcurso dun período de cinco anos contados a partir da data da solicitude das prestacións de desemprego.

3) Determinan a extinción do dereito ás prestacións de desemprego, por actuación inxustificada, as seguintes actuacións dos beneficiarios (art. 43 DL nº 119/1999):

- a) Rexeitamento de emprego axeitado ou de traballos de colaboración social³⁸¹;
- b) Rexeitamento de formación profesional;
- c) Segunda falta de comparecencia non xustificada do beneficiario á convocatoria da oficina de emprego correspondente ou da institución de seguridade social para os efectos do abono presencial das prestacións;
- d) Emprego de medios fraudulentos, por acción ou omisión, determinantes de ilegalidade relativa ao recoñecemento, á contía ou ao período de concesión das prestacións de desemprego.

Ademais do subsidio de desemprego son tamén prestacións de desemprego o subsidio social de desemprego e o subsidio de desemprego parcial (art. 11.1 DL nº 119/1999).

O *subsidio social de desemprego* protexe as situacións nas que non se teña dereito ao subsidio de desemprego e os casos en que os beneficiarios esgotaran os períodos de concesión do subsidio de desemprego, sempre que se reúnan os demais requisitos previstos na norma reguladora (art. 11.2 DL nº 119/1999).

O *subsidio de desemprego parcial* protexe as situacións en que o beneficiario, que percibe o subsidio de desemprego, celebre contrato de traballo a tempo parcial, nos termos previstos na norma reguladora (art. 11.3 DL nº 119/1999).

³⁸¹ Determina igualmente a extinción do dereito ás prestacións de desemprego o rexeitamento de emprego axeitado, traballos de colaboración social ou formación profesional, cando o devandito rexeitamento se basee en enfermidade, sempre que esta non sexa confirmada polo sistema de verificación de incapacidades (art. 43.2 DL nº 119/1999).





CONTRIBUCIÓN A
SEGURIDADE SOCIAL

CAPÍTULO UNDÉCIMO



I. LEI DE BASES DA SEGURIDADE SOCIAL

Segundo a Lei de bases da Seguridade Social (Lei nº 32/2002, do 20 de decembro), e no que ao ámbito laboral se refire, están comprendidos obrigatoriamente, en calidade de beneficiarios, os traballadores por conta allea, ou legalmente equiparados, e os traballadores autónomos (art. 28.1 Lei nº 32/2002)

A protección concedida integra as continxencias relacionadas con (art. 29.1 Lei nº 32/2002):

- a) Enfermidade;
- b) Maternidade, paternidade e adopción;
- c) Desemprego;
- d) Accidentes de traballo e enfermidades profesionais;
- e) Invalidez;
- f) Vellez;
- g) Morte.

A protección a cargo da Seguridade Social está subordinada á inscrición obrigatoria dos traballadores relacionados no nº 1 do artigo 28 Lei nº 32/2002 e das respectivas entidades empregadoras, cando se trate de traballadores por conta allea, así como do cumprimento das obrigas contributivas (art. 32.1 Lei nº 32/2002).

As entidades empregadoras son responsables da inscrición no subsistema preventivo dos traballadores ao seu servizo (art. 32.2 Lei nº 32/2002).

Para que a Seguridade Social cumpra a súa tarefa é indispensable contar con grandes recursos. Co fin de facer fronte a estas necesidades, o lexislador portugués consagrou o principio do autofinanciamento (art. 30 Lei nº 32/2002). Dese modo, o subsistema preventivo debe ser fundamentalmente autofinanciado, establecéndose unha relación recíproca directa entre a obriga legal de contribuír e o dereito ás prestacións.

Non é de estrañar, polo tanto, que o art. 110.1 Lei nº 32/2002 dispoña que as prestacións a cargo da Seguridade Social no ámbito laboral sexan financiadas, de forma compartida, mediante as cotizacións dos traballadores e as contribucións das entidades empregadoras. De igual modo, o art. 112 Lei nº 32/2002 ao enumerar as fontes de financiamento da Seguridade Social refírese, en primeiro lugar, ás cotizacións dos traballadores e ás contribucións das entidades empregadoras, para relacionar a continuación todas as demais.

A mesma Lei de bases impón, dende logo (art. 45.1 Lei nº 32/2002), a obrigatoriedade dos beneficiarios e das entidades empregadoras respectivas de contribuír aos réximes da Seguridade Social. As entidades patronais son responsables do pagamento das contribucións propias e das cotizacións correspondentes aos traballadores ao seu

servizo, debendo descontar dos salarios destes o valor das citadas cotizacións (art. 47.1 Lei nº 32/2002)³⁸². Esta obriga nace co inicio do exercicio da actividade profesional por parte dos traballadores ao seu servizo (art. 45.2 Lei nº 32/2002).

II. INSCRICIÓN DAS ENTIDADES EMPREGADORAS NA SEGURIDADE SOCIAL

A obriga de inscrición está regulada, pormenorizadamente, no DL nº 8-B/2002, do 15 de xaneiro. De acordo con esta norma, están obrigadas a promover a respectiva inscrición no sistema de solidariedade e seguridade social, independentemente da súa natureza e dos fins que persigan, as persoas físicas e xurídicas que se benefician da actividade profesional de terceiros, prestada en réxime de traballo asalariado, ou situación legalmente equiparada para os efectos de seguridade social (art. 4.1 DL nº 8-B/2002). Están suxeitas a este deber as entidades patronais que teñan sede, dirección efectiva, domicilio profesional ou residencia en calquera lugar do territorio portugués (art. 2.1 DL nº 8-B/2002).

No cumprimento desta obriga, as entidades patronais están obrigadas a presentar declaración de remuneracións (art. 12.1 DL nº 8-B/2002), debendo devandita declaración conter, para os efectos de liquidación das cantidades a ingresar, o valor da remuneración, os tempos de traballo que lle correspondan, o tipo aplicable e a contía da totalidade das contribucións correspondentes ás remuneracións declaradas (art. 13 DL nº 8-B/2002).

III. TIPOS DO RÉXIME XERAL DE SEGURIDADE SOCIAL DOS TRABALLADORES POR CONTA ALLEA

Para saber, en concreto, os tipos aplicables a esta obriga contributiva é necesario recorrer ao DL nº 199/1999, do 8 de xuño³⁸³. No están previstos os réximes de protección, e os tipos correspondentes, de forma diferenciada.

O tipo do réxime xeral determínase de forma global, de acordo co seu ámbito material (art. 2.1 DL nº 199/1999). Este ámbito material, no réxime xeral, engloba as seguintes continxencias (art. 2.2 DL nº 199/1999): enfermidade; maternidade; enfermidade profesional; desemprego; invalidez; vellez; morte; obrigas familiares.

³⁸² Os traballadores que non exerzan actividade profesional por conta allea son responsables do pagamento das súas propias cotizacións (art. 47.3 Lei nº 32/2002).

³⁸³ Coas correccións efectuadas por as Declaracións de Rectificación nº 10-AN/99, de 30-6, e nº 10-BG/99, de 31-7, e as modificacións introducidas polo art. 36 da Lei nº 3-B 2000, de -4, que deu nova redacción ao nº 1 do art. 42, e engadiu o art. 20-A.

O tipo global do réxime xeral, correspondente ás continxencias referidas no nº 2 do artigo 2, é de 34,75% (art. 3.1 DL nº 199/1999). Esta cota está dividida en dúas partes, correspondendo o 23,75% á entidade empregadora e o 11,00% á cotización do traballador beneficiario (art. 3.2 DL nº 199/1999)³⁸⁴.

A esta cota xeral, ao igual que a calquera outra prevista na norma reguladora, pódense engadir (art. 8 DL nº 199/1999):

- a) Cotas aplicables ao financiamento de fondos especiais de seguridade social;
- b) Cotas relativas á bonificación de tempos de servizo legalmente prevista para a mellora das pensións de invalidez, xubilación e supervivencia.

É igualmente posible a aplicación de cotas contributivas máis favorables, sempre que se produzan as seguintes situacións (art. 6.1 DL nº 199/1999):

- a) Redución do ámbito material do réxime xeral;

Membros dos órganos estatutarios das persoas xurídicas– O tipo relativo aos membros dos órganos estatutarios das persoas xurídicas e entidades equiparadas, é do 31,25%, correspondendo o 21,25% ás entidades empregadoras e o 10,00% aos traballadores (art. 13 DL nº 199/1999)

Traballadores a domicilio– O tipo relativo aos traballadores que exerzan a súa actividade no domicilio sen subordinación xurídica á entidade que lle proporciona o traballo é do 27,00%, correspondendo o 18,50% ás entidades empregadoras e o 8,50% aos traballadores (art. 14.1 DL nº 199/1999)

Xogadores profesionais de fútbol e de baloncesto– O tipo contributivo relativo aos xogadores profesionais de fútbol e de baloncesto é do 28,50%, correspondendo o 17,50% ás entidades empregadoras e o 11,00% aos traballadores (art. 15 DL nº 199/1999).

Traballadores activos en condicións de acceder á pensión completa– O tipo relativo aos traballadores activos que teñan, polo menos, 65 anos de idade e período contributivo non inferior a 40 anos é do 26,20%, correspondendo o 17,90% ás entidades empregadoras e o 8,30% aos traballadores (art. 16 DL nº 199/1999).

Pensionistas en activo– O tipo relativo aos pensionistas de invalidez de calquera réxime de protección social que ao mesmo tempo exerzan unha actividade é do

³⁸⁴ Este tipo global inclúe a porcentaxe do 0,50%, imputado, especificamente, á entidade empregadora e destinado ao financiamento da protección da enfermidade profesional (art. 4.1 DL nº 199/1999).

26,50%, correspondendo o 18,20% a as entidades empregadoras e o 8,30% aos traballadores (art. 17.1 DL nº 199/1999).

Militares en réxime de voluntariado ou de contrato– O tipo relativo aos militares, en réxime de voluntariado ou de contrato é do 3,00%, a cargo da respectiva entidade empregadora (art. 18 DL nº 199/1999).

Docentes dos centros de ensino privado e cooperativo– O tipo relativo ao persoal docente comprendido no disposto nos Decretos-Lei números 321/88, do 22 de setembro, 179/90, do 5 de xuño, 327/85, do 8 de agosto, e 109/93, do 7 de abril, esta fixada no 10%, a cargo da respectiva entidade empregadora (art. 19.1 DL nº 199/1999). A cota prevista engloba a porcentaxe do 0,5% destinado á continxencia de enfermidades profesionais (art. 19.2 DL nº 199/1999).

Empregados de banca– O tipo relativo aos traballadores incluídos na Caixa de Abono de Familia dos Empregados de Banca é do 14%, correspondendo o 11% ás entidades empregadoras e o 3% aos traballadores (art. 20-A DL nº 199/1999).

b) Realización de actividades por entidades sen ánimo de lucro– Con algunhas excepcións, o tipo relativo aos traballadores de entidades sen ánimo de lucro é, para todas as continxencias, do 31,60%, correspondendo o 20,60% ás entidades empregadoras e o 11,00% aos traballadores. Para os efectos da norma reguladora, considéranse entidades sen ánimo de lucro, fundamentalmente, as seguintes (art. 25.1 DL nº 199/1999):

- a) Institucións de seguridade social e de previsión social;
- b) Institucións particulares de solidariedade social;
- c) Institucións personalizadas do Estado;
- d) Institucións de utilidade pública do Estado;
- e) Igrexas, asociacións e confesións relixiosas;
- f) Asociacións, fundacións e cooperativas;
- g) Asociacións patronais, sindicatos e as súas respectivas unións, federacións e confederacións;
- h) Ordes profesionais;
- i) Partidos políticos;
- j) Casas do pobo;
- l) Caixas de crédito agrícola mutuo;
- m) Entidades empregadoras do persoal de servizo doméstico;
- n) Condominios de predios.

c) Sectores de actividade economicamente débiles;

Traballadores agrícolas– O tipo relativo aos traballadores agrícolas especializados é do 32,50%, correspondendo o 23,00% ás entidades empregadoras e o 9,50% aos traballadores (art. 33.1 DL nº 199/1999).

Traballadores da pesca local– O tipo relativo aos traballadores marítimos inscritos que exercen actividade na pesca local corresponde ao 10,00% do valor do produto bruto do peixe vendido en lonxa (art. 34.1 DL nº 199/1999);

d) Adopción de medidas de estímulo ao incremento de postos de traballo;

e) Adopción de medidas de estímulo ao emprego relativas a traballadores que, por razóns de idade ou de incapacidade para o traballo, sexan obxecto de menor demanda no mercado de traballo:

Traballadores discapacitados– O tipo relativo a traballadores discapacitados é do 23,50%, correspondendo o 12,50% ás entidades empregadoras e o 11,00% aos traballadores (art. 36.1 DL nº 199/1999)

Mozos en busca do primeiro emprego e parados de longa duración– O tipo relativo aos mozos en busca do primeiro emprego e aos parados de longa duración fíxase, nas condicións previstas na lei e por un período non superior a tres anos, no 11,00% (art. 37.1 DL nº 199/1999)

Situacións de catástrofe e calamidade pública– Nas situacións excepcionais de catástrofe e de calamidade pública, a exención contributiva total ou parcial respecta as entidades empregadoras e ten unha duración mínima de tres meses e máxima de tres anos, de acordo coa natureza e efectos da situación de que se trate (art. 38 DL nº 199/1999).

f) **Inexistencia de entidade empregadora**– As situacións incluídas son as seguintes:

a) Con efecto retroactivo, cando a obriga contributiva prescribiu ou non existiu por non atoparse a actividade, na data da prestación do traballo, incluída obrigatoriamente no sistema de seguridade social o tipo é do 20,00%, a cargo do beneficiario (art. 40.1 DL nº 199/1999);

b) Cando haxa bonificación dos períodos contributivos para os efectos da cota de formación;

c) Cando, no ámbito da flexibilización da idade para acceder á pensión, o titular de pensión anticipada que non exerza actividade obrigatoriamente incluída no réxime xeral queira contribuír, nos termos legais, para os efectos de incremento o tipo contributivo é do 17,50%, a cargo do beneficiario (art. 40.2 DL nº 199/1999).



XUNTA DE GALICIA
CONSELLERÍA DE TRABALLO



CONSELLO GALEGO
DE RELACIÓNS LABORAIS