

O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO EN EUROPA

ESTUDIO DOS ORDENAMENTOS DO
REINO UNIDO, ITALIA, ALEMAÑA,
FRANCIA, BÉLXICA E PORTUGAL



PRESENTACIÓN

O Consello Galego de Relacións Laborais, facendo uso das facultades previstas no artigo 3 da súa Lei reguladora 7/1988 do 12 de xullo, acordou en sesión plenaria a elaboración dun estudio sobre o despedimento e o desemprego en Europa, centrándose nos ordenamentos de Reino Unido, Italia, Alemaña, Francia, Bélxica e Portugal. A finalidade do mesmo, é o coñecemento da realidade que nos rodea, nun espazo temporal tendente á harmonización e aproximación das lexislacións dos países comunitarios.

O estudio encargouse a un prestixioso grupo de autores, encabezado polo catedrático Jaime Cabeza, bo colaborador desta casa e garantía de rigor e profundidade no tratamento do tema. Cómpre destacar a brillantez do seu traballo e os parabéns recibidos polo Pleno do consello co gallo da súa presentación ó mesmo.

As tipoloxías de extinción, a lexislación positiva, ou a protección contra o despedimento son aspectos que se tratan neste texto e que nos permiten extraer conclusións de como está a nosa lexislación en relación co noso entorno.

Pola miña banda, non queda máis que agradecer o traballo feito e expresar o meu desexo de que o seu contido sirva para a mellora continua das nosas relacións laborais.

Demetrio Fernández López
Presidente do Consello Galego de Relacións Laborais

INTRODUCCIÓN

Cando o pleno do Consello Galego de Relacións Laborais me confiou a coordinación deste informe sobre o despedimento e o desemprego en Europa ofreceume a oportunidade inmejorable de dedicarme, xuntamente co meu grupo da Universidade de Vigo, a un labor que constitúe a máis central da nosa profesión universitaria. Poucas veces o estudio de dereito comparado se realiza por encargo e menos veces aínda o estudioso ten a seguridade, como agora teño, de que, lonxe de caer no esquezo, será obxecto de análise, crítica e manexo cotián polos seus destinatarios, os interlocutores sociais representados no Consello.

O cal pon de manifesto unha preocupación dos seus integrantes que transcende os intereses máis inmediatos e busca unha perspectiva máis global e de conxunto. A análise do despedimento e do desemprego en Europa é interesante como elemento de contraste co aquí e o agora dunha lexislación, a española, en proceso de cambio. Sucede, ademais, que este mesmo cambio é característico dos demais ordenamentos europeos, polo menos dos máis significativos. E velaquí un dos parecidos máis evidentes entre os diversos réximes de despedimento e de paro forzoso: que case todos se encontran en época de mudanzas. O cal produce que o encargo do Pleno resulte aínda máis oportuno, ó obxecto de contar cun elemento de análise que ofrezca datos que normalmente non se toman en consideración.

De aí que este estudio o conclúo –ou concluímos– cunha mestura de agradecemento pola confianza que depositaron en nós e de felicitación, non polo resultado que agora poñemos á súa disposición e sometemos ó seu xuízo, senón pola oportunidade do encargo. É unha mostra máis da preocupación dos integrantes do Pleno polas relacións laborais contempladas na súa integridade e da toma de postura deste órgano como foro permanente de debate, intercambio de opinións e información e diálogo social.

* * *

Nunha primeira instancia, parecíanos que o informe debía ir precedido dunha análise dos instrumentos comunitarios e internacionais referidos á extinción do contrato de traballo por vontade do empresario. Por exemplo, da Directiva 98/59/CE, de 20 xullo, sobre aproximación das lexislacións dos Estados membros que se refiren ós despedimentos colectivos, ou do convenio nº 158, sobre a terminación da relación de traballo por iniciativa do empregador. Non obstante, cambiamos de opinión cando nos decatamos de que, con toda seguridade, un estudio puramente de dereito comparado respon-

dería mellor ós intereses do Consello e de que esta análise de normativa supranacional aportaría ó estudio moi pouco valor engadido.

De aí que centramos o traballo nos ordenamentos internos, aínda que coa inevitable referencia ós instrumentos comunitarios en canto que transpostos, con maiores ou menores melloras, en cada Estado membro. E, para tal efecto, optamos pola análise dos Dereitos correspondentes ós Estados que, por unhas razóns ou outras, resultaran de maior interese, ben sexa pola súa proximidade, polo seu peso específico no marco da Comunidade ou por algúns trazos da súa lexislación interna. De aí que seleccionamos os réximes xurídicos da República alemá, da República italiana, da República francesa, da República portuguesa, do Reino de Bélxica –este demandóuno, cando menos en canto ó desemprego, o sindicato nacional de Comisións Obreiras de Galicia- e do Reino Unido. Con eles, entendemos que ofrecemos unha visión de conxunto, pois conxugamos diversas tradicións xurídicas e, polo menos en aparencia, os ordenamentos máis característicos do núcleo duro da Comunidade Europea.

Despois de describir cada sistema de despedimento –por suposto, optamos por unha interpretación extensiva deste concepto que abrangue calquera extinción do contrato de traballo por vontade do empresario- e de desemprego, extraemos unhas conclusións sobre cada un deles, como resultado da súa comparación co Dereito español, coa intención de contestar á pregunta de se o noso ordenamento é máis ou menos proteccionista, ou máis ou menos flexible có dos nosos veciños europeos. En realidade, non é posible dar unha resposta sinxela, porque cada sistema ten a súa propia lóxica interna, é máis ríxido nuns concretos aspectos, máis proteccionista noutros, máis liberal noutros distintos, e así sucesivamente. Pero pretendemos responder minimamente, comparando o noso Dereito con cada un dos estudados nas cuestións da causalidade do despedimento, da protección formal fronte ó mesmo, das garantías que os ordenamentos ofrecen fronte ó despedimento inxusto e da maior ou menor cobertura do desemprego.

Con isto, pero sobre todo coa análise minuciosa dos diversos réximes xurídicos, aportamos ademais –polo menos, así o creo eu- múltiples suxerencias sobre garantías maiores ou menores de que pode rodearse o despedimento, moitas delas acaso exportables á nosa negociación colectiva. Porque, dende logo, de tódolos Dereitos estudados se poden extraer ensinanzas útiles e orientacións das que merece a pena partir á hora de construír as nosas relacións laborais. Xa se trate de requisitos formais, de garantías de defensa para os traballadores despedidos, de alternativas ó despedimento, de toma en consideración de elementos accesorios –vg., tamaño da empresa, posibilidades de recolocación do traballador, consideración das condicións persoais do traballador despedimento...-, de criterios de selección para os despedimentos colectivos, etc.-, o estudo do Dereito comparado nesta materia transmite sempre elementos de indubidable interese práctico.

Sen pretender formular conclusións demasiado contundentes, creo que poden enunciarse algunhas ideas globais sobre o noso ordenamento en comparación cos estudados. Por exemplo, que, en liñas xerais, as indemnizacións por despedimento son algo máis altas da media, para os traballadores con certa antigüidade en tempo de prestación de servizos. Polo contrario, que o carácter extremadamente taxado dos noso sistema indemnizatorio constitúe un elemento que facilita o despedimento en canto que apor-

ta certa seguridade apriorística sobre o seu custo. Ou que no ordenamento español se lle concede unha moi escasa relevancia á institución do aviso previo. Ou que a nosa lexislación e a nosa xurisprudencia non parecen suficientemente implicadas na conveniencia de promover solucións alternativas ó despedimento, nin en articular procedementos internos que ofrezan ó traballador certas garantías antes e despois da extinción. Ou que o sistema español de despedimento colectivo é considerablemente máis ríxido có da maioría dos demais Estados membros. Ou, en fin, que a nosa cobertura do desemprego é, cos seus máis e os seus menos, substancialmente equiparable ás dos mesmos. Chama a atención que algún dos elementos máis novos do noso sistema –vg., o compromiso de actividade– constituía unha ferramenta moi parella á doutros ordenamentos cunha cobertura do desemprego que fose recentemente modificada.

E, claro está, cada vez se percibe con máis nitidez o labor de aproximación de lexislacións derivada das Directivas comunitarias. Non só a de despedimentos colectivos, senón tamén outras, como a de protección da maternidade, a de garantías por cambio de empresario, a de insolvencia, a de permiso parental, ou a de contratos de duración determinada, entre outras. Sen dúbida algunha, os nosos Dereitos gardan bastante máis similitude que vai anos.

* * *

Paréceme de mínima xustiza destacar a dedicación dos meus compañeiros a este traballo. No seu conxunto, é resultado da discusión periódica que mantivemos e, xa que logo, todos asumímolo como de autoría solidaria. Sen prexuízo do cal debo manifestar que eu mesmo redactei o capítulo referido ó Reino Unido, Pedro Rabanal o referido a Italia, Marta Fernández o de Alemaña, Francisca Fernández os de Francia e Bélxica e Enma Rodríguez o de Portugal. Da participación deles parte a miña máis absoluta confianza de que este estudo merecerá a aprobación do Pleno do Consello, ó que, no seu nome e no meu propio, reitero o noso agradecemento.

En Vigo, a 3 de xaneiro de 2003

Jaime Cabeza Pereiro

Índice

PRESENTACIÓN	5
INTRODUCCIÓN	7

CAPÍTULO PRIMEIRO: O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO NO REINO UNIDO

O DESPEDIMENTO NO REINO UNIDO	23
I. XENERALIDADES	23
II. DESPEDIMENTO E COMMON LAW. O WRONGFUL DISMISSAL	24
III. A PROTECCIÓN LEGAL FRONTE Ó DESPEDIMENTO	28
1. Concepto e ámbito	28
a. Colectivos excluídos	28
b. Concepto de despedimento	30
i. Extinción por vontade do empresario	30
ii. Extinción dun contrato temporal	31
iii. Constructive <i>dismissal</i>	31
c. Extincións do contrato que non merecen a consideración de despedimento	33
i. Demisión (<i>resignation</i>)	33
ii. Imposibilidade sobrevida (<i>frustration</i>)	33
iii. <i>Extinción de mutuo acordo</i>	33
2. Análise específica da <i>redundancy</i>	35
a. Peche de empresa	36
b. Peche do centro no que o traballador estaba empregado	37
c. Desaparición do posto de traballo	38
i. A perspectiva individual	38
ii. A perspectiva da empresa	39
iii. <i>Redundancy</i> por diminución do número de traballadores, do volume total de traballo ou por necesidades do negocio	39
iv. Aproximación funcional e aproximación contractual	40
v. <i>Bumping redundancies</i>	41
d. <i>Lay off</i> e <i>short time</i>	41
e. Indemnización <i>por redundancy</i>	43
f. <i>Redundancies</i> colectivas. A transposición da Directiva 98/59/CE	43
3. Data e forma. Aviso previo	44
a. Data do despedimento	44

b. Forma do despedimento	45
c. Aviso previo	46
4. Cualificación do despedimento. <i>Fair dismissal. Unfair dismissal</i>	47
a. Consideracións xerais	47
b. Análise concreta das causas de despedimento	49
i. Capacidade e cualificacións	49
ii. Conducta do traballador	50
iii. Redundancy	54
iv. Despedimento derivado de restricción legal (statutory restriction)	55
v. Calquera outra razón substancial (<i>some other substantial reason</i>)	55
5. Despedimentos especiais. <i>Automatically unfair dismissals</i>	56
a. Despedimento por pertenza ou non pertenza a un sindicato, ou pola actividade sindical do traballador	56
b. Despedimento por participación do traballador en conflitos colectivos (<i>industrial action</i>)	56
c. Despedimento por presión dos traballadores ou das organizacións sindicais (<i>industrial pressure</i>)	59
d. Despedimento en caso de maternidade e permiso parental	59
e. Despedimento en casos relativos á seguridade e á saúde	60
f. Despedimento por afirmación ou exercicio dun dereito legal	61
g. Outros	61
6. Efectos do <i>unfair dismissal</i>	61
a. O remedio cautelar (<i>interim relief</i>)	61
b. Resolucións de readmisión (<i>reinstatement</i>) e reemprego (<i>reengagement</i>)	62
c. Indemnizacións (<i>compensation awards</i>)	64
i. Indemnización básica (<i>basic award</i>)	64
ii. Indemnización compensatoria (<i>compensatory award</i>)	65
iii. Indemnización adicional (<i>additional award</i>)	68
d. Devolución da prestación por desemprego	68
e. Garantía en caso de insolvencia do empresario	68
A COBERTURA DO DESEMPREGO NO REINO UNIDO	70
I. XENERALIDADES	70
II. REQUISITOS PARA O ACCESO Ó <i>JOBSEEKERS' ALLOWANCE</i>	71
III. DURACIÓN E CONTÍA DO SUBSIDIO	74
IV. SANCIÓNS E OUTRAS LIÑAS DE INCENTIVO PARA A VOLTA Ó TRABALLO	75
CONCLUSIÓNS	78
1. Causalidade	78

2. Garantías formais	78
3. Remedios	79
4. A cobertura de desemprego	80
BIBLIOGRAFÍA	81
XURISPRUDENCIA	83
ESQUEMA-RESUMO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO E DO RÉXIME DE DESEMPREGO	86

CAPÍTULO SEGUNDO: O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO EN ITALIA

I. INTRODUCCIÓN.	91
1. O parecido entre lexislacións e as diferencias.	91
2. Descrición xeral do despedimento en Italia.	92
3. A Lexislación positiva sobre o despedimento.	93
4. Xeneralidades.	94
a. A importancia do aviso previo.	94
b. A comunicación escrita e a motivación.	96
c. Empresas con ánimo de lucro e empresas sen ánimo de lucro	97
d. Períodos de non resolución salvo xusta causa.	98
i. Matrimonio.	99
ii. Embarazo e puerperio.	100
iii. Servicio militar.	100
iv. Enfermidade.	101
II. TIPOLOXÍA DAS EXTINCIÓNS.	101
1. Renuncia. Despedimento ad nutum.	101
a. O “Tratamento da fin da relación” (<i>Trattamento di fine rapporto, TFR</i>).	101
b. A esixencia de causalidade para a extinción cando esta provén da vontade empresarial.	103
2. Resolución consensual.	105
3. Despedimento por xusta causa.	106
4. Despedimento por motivo xustificado.	109
a. Subxectivo.	110
b. Obxectivo.	111
i. pola actividade productiva.	112
ii. pola organización do traballo.	112
iii. polo regular funcionamento da empresa.	113
5. Despedimento colectivo.	113
6. Despedimento disciplinario.	116

III. A PROTECCIÓN CONTRA O DESPEDIMENTO E O PROCEDEMENTO.	117
1. O aviso previo (remisión).	117
2. A forma e a motivación (remisión).	117
3. A tutela real.	118
4. A tutela obrigatoria.	119
5. A rescisión libre.	120
6. Procedemento: conciliación previa obrigatoria.	121
7. Protección económica contra o despedimento (garantía salarial).	122
8. Xeneralidades sobre o proceso.	123
IV. DESEMPREGO	124
1. Situacións protexidas.	124
2. Calidade da protección (nivel e tempo de cobertura). Dinámica (nacemento, vicisitudes e extinción).	125
a. Prestación ordinaria	126
b. Prestación ordinaria con requisitos reducidos	126
c. Subsidio de desemprego	126
d. Indemnización por mobilidade	127
e. Fondo de desemprego ordinario (<i>cassa integrazione guadagni ordinaria</i>)	127
f. Fondo de desemprego extraordinario (<i>cassa integrazione guadagni straordinaria</i>) .	128
V. CONCLUSIÓN.	128
1. Causalidade.	129
2. Protección formal e garantías.	129
3. Nivel de cobertura do paro.	130
BIBLIOGRAFÍA.	132
ESQUEMA-RESUMO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO E DO RÉXIME DE DESEMPREGO	133

CAPÍTULO TERCEIRO: O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO EN ALEMAÑA

I. INTRODUCCIÓN	139
1. A pretendida reforma do mercado de traballo	139
2. Descrición xeral do despedimento en Alemaña	141
3. Lexislación positiva sobre o despedimento	142
4. Xeneralidades	143
II. TIPOLOXÍA DAS EXTINCIÓNS	144
1. Formas de terminación da relación laboral	144

2. O despedimento ordinario	145
a. O despedimento por necesidades urxentes da empresa	146
i. Concepto legal	146
ii. Motivación	146
iii. Proporcionalidade	147
iv. Adecuada selección social	148
b. O despedimento por razóns inherentes á persoa do traballador	149
i. Concepto legal	149
ii. Despedimento por enfermidade do traballador	149
iii. Outros motivos persoais	151
c. O despedimento debido ó comportamento do traballador	151
i. Concepto legal	151
ii. Causas	151
iii. Empresas con fins políticos ou confesionais	152
3. O despedimento extraordinario	152
a. O despedimento por necesidades urxentes da empresa	153
b. O despedimento por razóns inherentes á persoa do traballador	153
c. O despedimento debido ó comportamento do traballador	153
4. O despedimento especial	153
5. Límites xerais impostos ó empresario en materia de despedimento	154
III. A PROTECCIÓN CONTRA O DESPEDIMENTO E O PROCEDEMENTO	155
1. O aviso previo	155
2. A forma e a motivación	156
3. Requisitos que se esixen para a aplicación da Lei de Protección fronte ó despedimento: período de ocupación do traballador despedido na empresa e dimensión da empresa	158
4. Protección en función da clase de despedimento	159
a. Despedimento ordinario	159
b. Despedimento extraordinario	160
c. Despedimento especial	160
i. Traballadores minusválidos	161
ii. Traballadoras amparadas na Lei de protección da maternidade	161
iii. Membros do comité de empresa	162
iv. Outros grupos de persoas con protección especial	162
5. Protección fronte ó despedimento colectivo. Intervención da administración de traballo e do comité de empresa	162
6. Intervención do comité de empresa en caso de despedimento	164
7. Os “pactos polo emprego” e a “Alianza para o Traballo”	165
8. Denuncia novatoria	168
9. Xeneralidades sobre o proceso	169

a. Prazo de interposición da demanda	169
b. Procedemento xudicial	170
10. Efectos do despedimento	170
a. Indemnización ou readmisión	170
b. Indemnización	171
c. Medios de protección fronte ó despedimento	172
IV. DESEMPREGO	173
1. Situacións protexidas: nivel contributivo e nivel asistencial	173
2. Calidade da protección	174
a. Nivel de cobertura	174
b. Tempo de cobertura	175
c. Propostas da Comisión Hartz	176
3. Dinámica da protección	176
a. Prestación de desemprego	176
b. Subsidio de desemprego	178
c. Proposta da Comisión Hartz	178
4. A relación coas políticas activas de emprego	179
V. CONCLUSIÓNS	181
1. Causalidade	181
2. Protección formal	182
3. Garantías institucionais	183
4. Nivel de cobertura do desemprego	183
BIBLIOGRAFÍA	185
ESQUEMA-RESUMO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO E DO RÉXIME DE DESEMPREGO	188

CAPÍTULO CUARTO: O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO EN FRANCIA E BÉLXICA

ABREVIATURAS	195
---------------------------	------------

■ O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO EN DEREITO FRANCÉS	197
---	------------

I. INTRODUCCIÓN	197
1. Similitudes co Dereito español	197
2. Descrición xeral do despedimento	197
a. Lexislación positiva sobre o despedimento	197
b. Xeneralidades	198

II. TIPOLOXÍA DA EXTINCIÓN	198
1. O despedimento por motivo persoal	198
a. Definición	198
b. Principais causas	199
i. Faltas	199
ii. Faltas de asistencia	199
iii. Inaptitude	199
iv. Insuficiencia Profesional	200
v. Rexeitamento dunha modificación do contrato de traballo	200
2. O despedimento por motivo económico	201
a. Definición	201
III. PROTECCIÓN FRONTE Ó DESPEDIMENTO E PROCEDEMENTO	201
1. Requisito de fondo: existencia de causa real e seria	202
a. Concepto de causa real e seria	202
i. Causa real	202
ii. Causa seria	202
b. Proba de causa real e seria	203
2. Requisito de forma: o procedemento “xeral”	203
a. Convocatoria do traballador a unha entrevista	203
i. Modo de proceder á convocatoria	204
ii. Contido da convocatoria	204
b. A entrevista	205
i. Suxeitos	205
ii. Desenvolvemento da entrevista	205
c. A notificación do despedimento	206
3. Procedemento especial en caso de despedimento económico	206
a. Despedimento económico individual	206
b. Despedimento económico colectivo	207
i. Despedimento colectivo de menos de 10 traballadores: o “petit licenciement économique”	207
ii. Despedimento colectivo de máis de 10 traballadores: o “grand licenciement économique”	208
4. Indemnizacións por despedimento	209
5. O control xudicial do despedimento: xeneralidades sobre o proceso	210
6. Responsabilidades penais	210
IV. DESEMPREGO	211
1. A organización da protección por desemprego en Francia	211
2. Situacións protexidas	213
3. Calidade da protección (nivel e tempo de cobertura)	214

a. O nivel contributivo: “Assurance chômage”	214
b. O nivel asistencial: “Régime de solidarité”	216
V. CONCLUSIÓNS	217
1. Causalidade	218
2. Procedemento formal e garantías	218
3. Nivel de cobertura do paro	219
BREVE REFERENCIA Ó DESPEDIMENTO E Ó DESEMPREGO EN DEREITO BELGA	220
I. DESCRICIÓN XERAL DO DESPEDIMENTO	220
II. TIPOLOXÍA DAS EXTINCIÓNS E PROCEDEMENTO	220
1. Despedimento individual	220
a. Suposto do contrato de traballo por tempo indefinido	220
b. Suposto do contrato de traballo de duración determinada	221
2. Despedimento por motivo grave ou por motivo urxente	222
3. Despedimento por “acto equivalente a ruptura”	222
4. Despedimento do traballador durante o período de incapacidade temporal	223
5. Despedimento colectivo	224
a. Definición	224
b. Procedemento	224
c. Indemnizacións	226
III. DESEMPREGO	226
1. Organización da protección por desemprego en Bélxica: “Assurance chômage” e “Minimex”	226
2. Situacións protexidas	227
3. Calidade da protección	228
a. Desemprego total	228
b. Desemprego parcial	229
c. Desempregados en idade avanzada	229
d. Paro de longa duración	229
IV. CONCLUSIÓNS	230
BIBLIOGRAFÍA	231
ESQUEMA-RESUMO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO E DO RÉXIME DE DESEMPREGO	233

QUINTO: O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO EN PORTUGAL

I. INTRODUCCIÓN	241
1. O parecido entre lexislacións e as diferencias	241
2. Descrición xeral do despedimento en Portugal	242
3. A Lexislación positiva sobre o despedimento	244
a. Regulación do despedimento na Constitución portuguesa	244
b. Regulación do despedimento na normativa ordinaria	245
i. Antecedentes	245
ii. O Decreto Lei 64-A/89 de 27 de febreiro de 1989	246
II. TIPOLOXÍA DAS EXTINCIÓNS	247
1. O cumprimento	247
2. A revogación por acordo das partes	253
3. O despedimento con causa obxectiva	254
4. O despedimento por inadaptación ó posto de traballo	257
5. O despedimento disciplinario	260
6. O despedimento colectivo	263
7. Extinción do contrato por iniciativa do traballador	265
III. A PROTECCIÓN CONTRA O DESP. E O PROCEDEMENTO	267
1. Cuestións xerais	267
2. O procedemento	269
IV. DESEMPREGO	272
1. Situacións protexidas	272
2. Calidade da protección (nivel e tempo de cobertura)	276
3. Dinámica (nacemento e vicisitudes)	278
4. Relacións coas políticas activas de emprego	281
V. CONCLUSIÓNS	282
1. Causalidade	282
2. Protección formal	283
3. Garantías Institucionais	283
4. Nivel de cobertura do paro	283
5. Conclusións finais	283
BIBLIOGRAFÍA	284
ESQUEMA-RESUMO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO E DO RÉXIME DE DESEMPREGO	285

ANEXO

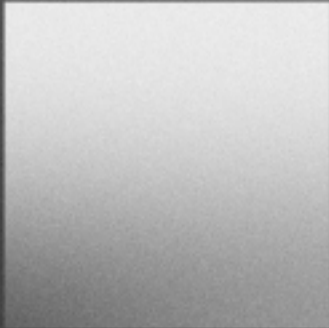
ANÁLISE COMPARATIVA

I. CADRO COMPARATIVO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO NOS DIFERENTES ORDENAMENTOS (Alemaña, Bélxica, Francia, Reino Unido, Italia e Portugal) RESPECTO DOS SEGUINTE ASPECTOS:

1. Normas reguladoras
2. Principios inspiradores
3. Tipos de extinción
4. Procedemento de despedimento
5. Particularidades procesuais
6. Cualificación do despedimento
7. Custo da indemnización
8. Configuración do despedimento colectivo

II. CADRO COMPARATIVO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO NOS DIFERENTES ORDENAMENTOS (Alemaña, Bélxica, Francia, Reino Unido, Italia e Portugal) RESPECTO DOS SEGUINTE ASPECTOS:

1. Organismos encargados da xestión
2. Financiación do sistema
3. Niveis de protección
4. Situacións protexidas
5. Tempo de cobertura
6. Prestacións
7. Subsidios



O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO EN EUROPA

CAPÍTULO PRIMEIRO:
O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO
NO REINO UNIDO

■ O DESPEDIMENTO NO REINO UNIDO

I. XENERALIDADES

Non fai falla agora lembrar o apego extraordinario do ordenamento xurídico británico ó *common law*. E este apego apréciase tamén na regulación da extinción do contrato por vontade do empresario. De feito, ata o ano 1971 non houbo no Reino Unido un dereito de orixe normativa (*statutory right*) fronte ó despedimento ilegal (*unfair dismissal*). Dito ano, a *Industrial Relations Act*, dictada baixo o Goberno do gabinete conservador de Mr. Heath, incluíu a primeira protección legal, logo integrada na laborista *Trade Union and Labor Relations Act* de 1974, cando Mr. Wilson era xa de novo o inquilino do nº 10 de Downing Street. A *Employment Relations Act* de 1975 introduciu importantes cambios, refundidos tres anos máis tarde na *Employment Protection (Consolidation) Act*, practicamente os últimos antes de que a lexislación dos anos 80 e primeira metade dos noventa, baixo a inspiración conservadora de Mrs. Thatcher e Mr. Major, se dirixira máis ben cara á erosión dos dereitos colectivos e da forza das organizacións sindicais (CABEZA PEREIRO, 1996:1132). Na actualidade, é outro texto, a *Employment Relations Act* de 1996 (ERA, en adiante) o que consolida e refunde a lexislación sobre o contrato de traballo e, en particular, sobre o despedimento. Dende entón houbo algunha modificación puntual, sobre todo coa finalidade de transpoñer algunhas directivas comunitarias ou responder a certa xurisprudencia relativa á non discriminación por razón de xénero.

A ERA (en vigor dende o 22 agosto 1996) refunde gran parte da normativa sobre os dereitos individuais do traballador. Contén a maioría dos preceptos anteriormente recollidos na *Employment Protection (Consolidation) Act* de 1978, aínda que se exclúen os referidos ós órganos xudiciais –os *industrial tribunals* e o *Employment Appeal Tribunal*–, agora refundidos na *Industrial Tribunals Act* de 1996. Tamén se inclúen naquela os preceptos da *Wages Act* de 1986 e os referidos a dereitos dos traballadores das *Sunday Trading Act* de 1994 e da *Pensions Act* de 1995. Polo contrario, exclúense os preceptos sobre discriminación no traballo da *Equal Pay Act* de 1970, da *Sex Discrimination Act* de 1975, da *Race Relations Act* de 1976 e da *Disability Discrimination Act* de 1995. Tampouco se inclúen os dereitos dos traballadores en relación coa afiliación sindical e as actividades dos sindicatos, que se regulan na Parte III da *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* de 1992 nin os preceptos da *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* de 1981.

A ERA divídese en quince Partes, das cales as doce primeiras refírense a cuestións substantivas e as tres últimas a cuestións accesorias. En concreto, a primeira a cuestións particulares, a segunda a protección do salario, a terceira a pagamentos garantidos, a cuarta a traballo dominical, a quinta a protección contra prexuízos na seguridade ou na saúde, a sexta a permisos, a sétima a suspensión do contrato, a oitava a dereitos de maternidade, a novena a extinción do contrato (aviso previo e causas), a décima a despedimento inxusto, a undécima a amortizacións de postos de traballo e a duodécima a insolvencia. Sobre cuestións accesorias, as tres últimas aluden ós traballadores excluídos da Lei, ás restriccións á contratación e subcontratación de servizos, ó cómputo dos períodos de emprego e a outras cuestións de interpretación.

Vai xa anos, GALIANA MORENO realizou un estudio monográfico sobre o contrato de traballo en Dereito inglés, pouco despois de que o réxime xurídico do despedimento fóra lexislado, cun excelente capítulo VI dedicado á terminación do contrato de traballo. A súa única imperfección, se pode falar nestes termos, consiste en que transcorreu un cuarto de século dende que foi concluído, coas conseguíntes reformas legais sobrevidas e, sobre todo, a elaboración dunha constante doutrina xudicial, de importancia evidente nun sistema de *case law* como é, a pesar de tódolos pesares, aínda o ordenamento xurídico británico.

II. DESPEDIMENTO E COMMON LAW. O WRONGFULL DISMISSAL

De aí que haxa que lembrar que o *common law* tamén protexe ó traballador despedido fronte ó incumprimento do contrato por parte do empresario –*right of an employee not to be dismissed in breach of contract*-. O cal ten, malia a existencia dunha armazón normativa que se superpón ó *common law*, unha extraordinaria relevancia. Neste sentido, pode suceder que o remedio do *common law* sexa máis vantaxoso para o traballador ou incluso pode erixirse na única protección posible.

Por exemplo, pode suceder que, en *common law*, o traballador teña dereito a unha indemnización máis elevada, posto que, na actualidade e para o ano 2002, a máxima legal supera lixeiramente as 53.000 libras esterlinas. De aí que, especialmente os traballadores cuns salarios que sexan máis elevados, poden obter superiores contías demandando ó empresario por incumprimento do contrato en *common law* (*O’Laoire v Jackel International Ltd.*, asunto no que o traballador despedido alcanzou unha indemnización de cen mil libras).

Así mesmo é posible que o traballador non teña dereito a reclamar indemnización algunha por moi ilegal que fora o seu despedimento, nos casos nos que non reúne a antiñüidade mínima requirida de un ano, agás que o despedimento sexa por unha razón “automaticamente ilegal” (*automatically unfair reason*). Se así sucedera, algunha sentenza reconeceulle o dereito a demandar en *common law* por perda do seu dereito a reclamar por *unfair dismissal*.

Outros supostos parellos son os do traballador que superase a idade fixada contractualmente para a xubilación, ou a establecida por práctica e costume, ou a de 65 anos. Aínda que ó respecto algunha sentenza declarou que a fixación da idade de 65 anos era indirectamente discriminatoria contra os homes, porque implica que un maior número de varóns que de mulleres perde o dereito a obter unha indemnización por despedimento ilegal ou por despedimento económico (*redundancy payment*). Neste sentido pronunciouse *Nash v Nash/Roe Group Ltd.*

Igualmente, algún outro colectivo desprotexido pode encontrar amparo no *common law*. Por exemplo, os traballadores cunha prestación de servizos que se realiza ordinariamente fóra do territorio do Reino Unido, excluídos dos remedios contra o *unfair dismissal* pola sec. 196 da ERA.

En fin, en ocasións un despedimento legal (*fair dismissal*) pode dar cabida a unha indemnización por falta de aviso previo. Ou acaso ocorra que o traballador deixase transcorrer o prazo “de caducidade” de tres meses fronte á extinción do traballo produ-

cida polo empresario, en tanto que a acción de indemnización por danos se pode interpoñer ó longo dun período de seis anos. Tamén nestes casos ó traballador lle queda a posibilidade de recorrer ó *common law*. Polo demais, a existencia de regras específicas e puntuais sobre valoración de danos derivados de *unfair dismissal* propiciará outras tantas situacións nas que ó traballador lle resulte máis vantaxoso recorrer perante os Tribunais ordinarios.

Hai, así pois, un vasto ámbito no que o traballador pode dirixir a súa acción contra o empresario perante os Tribunais ordinarios (*ordinary courts*) e non ante a xurisdicción especial dos *employment tribunals*. Cando así o faga, perseguirá un pronunciamento por *wrongful dismissal* (despedimento torpe), que pode ocorrer en situacións como as que seguen: a) porque o empresario dese por rematado o contrato sen o aviso previo necesario, ou sen aviso previo algún; b) porque denunciase o contrato temporal previamente ó alcance do remate, ou o de obra ou servicio determinado (*specific task*) sen que estes fosen culminados; c) porque despedise ó traballador sen seguir o procedemento disciplinario que puidese establecerse expresa ou implicitamente no contrato de traballo; d) porque o traballador fose seleccionado para o despedimento por amortización de posto de traballo (*redundancy*) en contravención dun procedemento de selección que se incorporase no seu contrato; e) porque o empresario rescinde tacitamente a relación co seu traballador, á vista das circunstancias concretas do caso, e de acordo cuns criterios parangonables ós vertidos pola xurisprudencia española en relación co despedimento tácito; f) ou porque o empresario extingue o contrato á marxe dos supostos taxados no mesmo como únicos que admiten a resolución pola súa vontade.

En relación co aviso previo, constitúe unha cláusula común dos contratos a *express notice provision*. En caso contrario, haberá de notificarse o cesamento ó traballador cunha antelación razoable.

Agora ben, pode suceder –e sucede con certa frecuencia– que o contrato conteña unha cláusula pola que se permite que o empresario o extinga sen aviso previo a cambio do pagamento ó traballador dunha cantidade de diñeiro pola falta de aviso previo. En tales casos, non pode cualificarse o despedimento de *wrongful*, pola sinxela razón de que o empresario está actuando no marco dos estritos termos do contrato.

Salvo en ditos casos, este despedimento sen aviso previo (*summary dismissal*) outorga ó traballador o dereito a demandar ó seu empresario por incumprimento de contrato, ante esta demanda o demandado só pode alegar que constitúe unha medida excepcional en resposta a circunstancias específicas, tales como graves incumprimentos do traballador (*gross misconduct*), negativa recalcitrante e pertinaz ó cumprimento de ordes legais e razoables, deslealdade, negligencia grave ou circunstancias similares (*Blyth v Scottish Liberal Club*). Por suposto, a gravidade das conductas é unha cuestión que só pode valorarse á vista das circunstancias concretas do caso. Ó respecto, os Tribunais foron elaborando unha doutrina moi abundante, baseada nos estándares dun traballador e un empresario ordinarios. Pero, como criterio xeral, pode afirmarse que, se a terminación sen aviso previo por parte do empresario foi en resposta a unha actuación do traballador, aquel ten unha canle de defensa. Para tal efecto, debe probar que a conducta do demandante constitúe un incumprimento dunha condición substantiva do contrato ou unha ruptura do mesmo que o habilita para extinguir o vínculo sumaria-

mente (UPEX, 1997:324). Pero se o empresario non xustifica o *summary dismissal*, merecerá a cualificación de *wrongful*.

En ocasións, o *summary dismissal* pode vir xustificado polo incumprimento dunha condición expresa do contrato, se é que se chamou especificamente a atención sobre a relevancia da mesma e o seu carácter de esixencia ineludible. Exemplos do cal poden ser o dun piloto de non probar drogas ou o de manipuladores de alimentos de observar certas conductas hixiénicas (SELWYN, 2000: 320). Outras veces, a decisión inmediatamente efectiva do empresario baséase nunha conducta especialmente negligente do traballador, sempre que se trate dunha actitude continuada deste, ou illada cando dela poden derivarse danos especialmente relevantes (*Taylor v Alidair Ltd.*)

A mesma consideración merece, dende o punto de vista do *common law*, a participación do traballador nunha folga, ou noutras alteracións da produción tales como traballo lento, folgas de celo ou regulamento ou similares: constitúen incumprimentos do contrato por parte do traballador que xustifican un *summary dismissal* por parte do empresario.

Á marxe de todas estas circunstancias que xustifican o *summary dismissal* e enerxan a reclamación do traballador, a acción por *wrongful dismissal* por parte deste ten un contido claramente diferenciado da de *unfair dismissal*, pois unicamente se debaterá nela se a conducta do empresario constituiu un incumprimento do contrato. Non se trata de valorar a razoabilidade da conducta empresarial, nin tampouco o comportamento concorrente do traballador.

O contido normal da pretensión do traballador consistirá nunha indemnización por danos, aínda que nalgunha ocasión pode presentarse un remedio interdictal (*injunction*) ou unha pretensión simplemente declarativa. Polo que respecta á indemnización por danos, se o empresario extinguiu o contrato sen aviso previo convenientemente ó traballador, ou avisando previamente en prazo inferior ó debido, a súa cuantificación vai partir do salario correspondente ós días deixados de avisar previamente. Aínda que a esta cantidade se poden engadir outros conceptos, como os derivados do dano moral ou da reputación do traballador, ou tamén os producidos por non alcanzarse a antigüidade suficiente para poder accionar por *unfair dismissal*, por exemplo nos casos nos que a falta de aviso previo se produciu coa deliberada intención de evitar a acción ante os *industrial tribunals* (LOCKTON, 1994: 152).

Do mesmo modo, se o contrato é de duración determinada e se extingue antes de tempo, tamén pode obterse reparación polos danos derivados dos ingresos deixados de obter pola parte non executada do contrato, agás que o propio contrato temporal conceda á empresa a posibilidade de extingui-lo anticipadamente con aviso previo, neste caso a indemnización límitase ó defecto ou insuficiencia do mesmo. Así mesmo, pódese demandar por *wrongful dismissal* para obter do empresario a indemnización derivada do tempo que debería terse investido na tramitación dun procedemento disciplinario interno e que se obviou a través do *summary dismissal*. Do mesmo modo, os aprendices poden obter reparación económica por falta de formación ou de experiencia profesional, ou os artistas polo detrimento da súa publicidade.

Por suposto, na cuantificación dos danos haberá que ter en conta as comisións, así como certos conceptos extrasalariais e *fringe benefits* -vg. a posta a disposición dun coche de empresa, perda de opcións sobre accións-, liberalidades e calquera atribución económica do empresario ó traballador derivadas do contrato de traballo. Igualmente, haberá que tomar en consideración potenciais beneficios, como expectativas de complementos de pensións, perdas de dereitos legais como o de reclamar unha indemnización por *redundancy*, etc.

Agora ben, como se trata dunha reclamación de danos no ámbito do *common law*, é de aplicación o principio xeral de que a parte danada debe realizar tódolos esforzos necesarios para mitigar as consecuencias nocivas para a súa persoa ou para a súa esfera patrimonial. De aí que se aplique unha regra bastante próxima á española de dedución dos salarios de tramitación en caso de traballo intercorrente do traballador despedido, pola cal as ganancias deste deben deducirse do dano sufrido. En todo caso, incumbe ó empresario a proba de que o traballador foi negligente e non deu tódolos pasos necesarios para mitigar as perdas no seu propio patrimonio. E para decidir se o traballador foi suficientemente dilixente, o órgano xudicial deberá tomar en consideración tódalas circunstancias do caso: idade do traballador, mobilidade, responsabilidades familiares e persoais, cualificación, experiencia e outros criterios análogos.

Á marxe da reclamación por danos, como se dixo, preséntanse outras dúas posibilidades, que constitúen outros tantos remedios en equidade que poden adoptarse discrecionalmente polo órgano xudicial. O primeiro deles, unha *injunction* para reparar o incumprimento contractual. O segundo, unha simple declaración de incumprimento. O primeiro só pode producirse nunha das dúas circunstancias seguintes: a) cando non houbese perda da confianza por parte do traballador, ou b) cando o despedimento se producise en violación dos principios xerais de equidade (*in breach of natural justice*) ou do procedemento de despedimento contractualmente establecido. Polo que respecta á solución declarativa, será apropiada nos casos nos que o empresario unilateralmente reduciu os salarios do traballador ou doutro modo similar incumpriu gravemente as condicións do contrato.

Claro que ó traballador lle queda a alternativa de non demandar por *wrongful dismissal*, senón por danos, manténdose indiscutida en tal caso a vixencia do contrato de traballo.

Polo que respecta á compatibilidade da acción por *wrongful dismissal* coa acción por *unfair dismissal*, é pouco usual, aínda que non imposible, que o traballador presente simultánea ou sucesivamente unha e outra. En tal caso, o órgano xudicial poderá suspender a que estea coñecendo a expensas do resultado da outra. En tal caso, se unha delas non resolve enteiramente a controversia, pode restablecerse a prosecución da segunda.

III. A PROTECCIÓN LEGAL FRONTE Ó DESPEDIMENTO

1. Concepto e ámbito

a. Colectivos excluídos

Á marxe da protección que ofrece o *common law*, o traballador pode demandar ó empresario ante a xurisdicción especializada, os *employment tribunals*, para procurar as consecuencias inherentes a un *unfair dismissal*.

Pero hai unha serie de colectivos que están excluídos da protección legal. De entre eles, poden destacarse os seguintes:

1.- Mariñeiros a bordo de embarcacións pesqueiras que sexan retribuídos “á parte” (*by a share in the profits or gross earnings of the vessel*) (sec. 199 ERA). Para algún colectivo, exclúese parcialmente a protección. Por exemplo, do pagamento da indemnización por despedimento por amortización de posto de traballo (*redundancy*). É o caso dos empregados do fogar (sec. 161 ERA), servidores públicos (*crown servants*) e empregados das cámaras lexislativas (*House of Commons and House of Lords staff*). Ou da protección fronte ó *unfair dismissal* (vg., os policías), a súa falta de protección engádese a da indemnización por *redundancy* cando alcanzan certo status profesional.

2.- Traballadores que ordinariamente prestan os seus servizos fóra do territorio do Reino Unido (sec. 196 ERA). En canto á tripulación de embarcacións de transporte de mercadorías, a súa protección faise depender de que as mesmas estean rexistradas en Gran Bretaña, malia que a prestación de servizos se desenvolva total ou parcialmente no estranxeiro ou non residan no Reino Unido (sec. 199 ERA). Tamén quedan fóra da Lei os traballadores empregados por gobernos estranxeiros e outras organizacións internacionais que gozan de inmunidade diplomática.

3.- Traballadores que leven menos de un ano de prestación continuada de servizos na empresa da que son despedidos (sec. 108 ERA). Debe anotarse que anteriormente –dende o ano 1985 (LORD WEDDERBURN, 1994:395)- esixíase un período de emprego previo de dous anos para obter protección fronte ó *unfair dismissal* e para o *redundancy payment*. Sen embargo, os ecos da doutrina da sentenza do Tribunal das Comunidades *Seymour Smith e Laura Pérez* propiciaron que o lexislador, en 1999, reducira a un ano o período de cualificación (BARNARD e HEPPLER, 1999:399 ss.)

Polo demais, debe terse en conta que un traballador que é obxecto dun *summary dismissal* a causa dunha alegada *gross misconduct* pode, por consecuencia da falta de aviso previo, non alcanzar a antigüidade mínima para gozar de protección por *unfair dismissal*. En tal caso, ó traballador sempre lle queda aberta a porta da acción por danos en *common law* para obter a correspondente indemnización.

Agora ben, un traballador cunha antigüidade inferior ó ano pode demandar por *unfair dismissal* nos casos nos que o despedimento mereza a consideración de *automatically unfair dismissal*. Isto sucede, sen prexuízo de que a lista non sexa exhaustiva, nos seguintes casos:

- a. Despedimento por pertenza a un sindicato ou a causa da actividade sindical do traballador (TULRCA, s. 154).
- b. Despedimento relacionado co embarazo, parto, maternidade, permiso parental e outros permisos relacionados con causas familiares (*time off to deal with domestic incidents*) (*Maternity and Parental Leave Regulations*, 1999).
- c. Despedimento a causa do exercicio dun dereito legal por parte do traballador. Isto é, calquera dereito incluído na ERA susceptible de presentarse xudicialmente ante un *employment tribunal*, ou os seguintes dereitos, recoñecidos na TULRCA: dereito a non sufrir deducións non autorizadas ou excesivas por débitos ás organizacións sindicais, ou deducións por contribucións ós fondos políticos das mesmas das cales se exclúe o traballador, dereito a non sufrir represalias distintas do despedimento por afiliación ou non afiliación ás organizacións sindicais, así como exercicio dos dereitos derivados da normativa de tempo de traballo (*Working Time Regulations*), traballo a tempo parcial (*Part Time Workers [prevention of less favourable treatment] Regulations* 2000), e dereitos de información e consulta nas empresas e grupos de dimensión comunitaria (*Transnational Information and Consultation of Employees Regulations* 1999).
- d. Despedimento derivado de actividades de seguridade e saúde no traballo. Trátase de despedimentos baseados na actuación do traballador designado para o desenvolvemento da actividade preventiva, na súa condición de representante con funcións especializadas, na súa actuación ante situacións de risco grave e inminente ou circunstancias similares (sec. 100 ERA).
- e. Despedimento dun traballador en actividades tales como o comercio ou apostas por negarse a traballar en domingos, de acordo coa sec. 101 da ERA, ou por negarse a traballar en contra dos mandatos das *Working Time Regulations* (sec. 101 A ERA).
- f. Despedimento de representantes dos traballadores no marco dun procedemento de sucesión de empresas ou de despedimento colectivo ou de candidatos que participen nun procedemento electivo a representantes dos traballadores.
- g. Despedimento de traballadores que formen parte dos órganos de administración dos sistemas complementarios de previsión social (*occupational pension schemes*).
- h. Despedimento dun traballador que exercite o dereito de acompañarse nun procedemento interno, sexa ou non de carácter disciplinario, dun representante sindical.

E hai que facer alusión ó caso específico dun traballador cun contrato que estivese suspendido por cuestións médicas, neste caso a protección despregarase sempre que o traballador acredite un mes de prestación de servizos continuada.

4.- Traballadores que alcanzasen a idade normal de xubilación. O concepto “idade normal de xubilación” non é equivalente ó de idade pensionable, de modo tal que pode constituír *unfair dismissal* o retiro obrigatorio a unha idade anterior á normal, por máis que o traballador xa alcance o dereito á pensión de xubilación. A idade normal fíxase por contrato individual, ou por práctica e costume, ou en defecto de considérase tal a de sesenta e cinco anos.

Anteriormente, as mulleres que sobordaran a idade de sesenta anos non podían interpoñer accións de *unfair dismissal*. Sen embargo, con posterioridade a algún pronunciamento do Tribunal de Luxemburgo que considerou esta regra contraria ó principio de non discriminación por razón de xénero (*Marshall v Southampton Area Health Authority*), a *Sex Discrimination Act* de 1986 equiparou os dereitos dos traballadores de ambos sexos.

b. Concepto de despedimento

Para que poida accionarse por *unfair dismissal*, requírese primeiramente que se producise un despedimento. De acordo coa sec. 95 ERA, isto sucederá en tres situacións distintas: cando o empresario extinga o contrato con ou sen aviso previo, cando expire un contrato temporal sen que sexa obxecto de renovación e cando se produza un *constructive dismissal*, isto é, unha extinción do contrato por iniciativa do traballador sen aviso previo, pero por consecuencia dun incumprimento do empresario.

i. Extinción por vontade do empresario

Normalmente resultará sinxelo verificar a vontade extintiva do empresario. Non obstante, pode haber ocasións en que isto non sexa así. Por exemplo, algunha sentenza entendeu que existía despedimento nun caso de dimisión por parte do traballador, pero a causa da coacción que exercera sobre el o empresario (*East Sussex County Council v Walker*).

Tamén debe entenderse producido un despedimento no caso de que o empresario lle impoña ó traballador condicións de traballo radicalmente diferentes ás existentes con anterioridade, sen que sexa admisible afirmar que semellante modificación substancial só merece a consideración dun incumprimento que, potencialmente, lle outorga ó traballador a posibilidade de extinguir o contrato e reclamar pola vía do *constructive dismissal*, senón que as alteracións particularmente substantivas constitúen un despedimento por si mesmas (*Hogg v Dover College*).

En canto á forma de expresar a vontade extintiva, non importa tanto a expresión concreta que utilice o empresario, senón a vontade que subxace detrás da mesma, o contexto no que se producise a manifestación de vontade do empresario, as relacións existentes entre as partes e outros criterios parellos. Hai frases absolutamente inequívocas, como *I hereby give you notice of dismissal*, pero outras veces haberá que interpretar con máis matices a expresión utilizada. Como dixo algún pronunciamento, “en moitos casos, [as palabras e actos do empresario] sitúanse nun territorio intermedio onde é incerto se constitúen ou non despedimento, e neles é necesario observar tódalas circunstancias do caso e en particular verificar cal sexa a intención coa que as palabras foron pronunciadas” (*Tanner v DT Kean Ltd*).

ii. Extinción dun contrato temporal

Se existe unha razón real e xenuína para que un empresario contrate a un traballador con carácter temporal –vg., a existencia dun traballo de natureza eventual-, nese caso haberá que entender que é razoable non renovalo máis alá da data da súa expiración. Ó respecto, a doutrina xudicial puxo de manifesto que os traballadores non deben ser privados dos seus dereitos legais derivados dun contrato ordinario mediante o artificio de vincularlos por un contrato de duración determinada (*Terry v East Sussex County Council*). Ademais, cando vence un contrato temporal, o empresario que actúe razoablemente debe tomar en consideración a posibilidade de ofrecer ó traballador afectado a posibilidade de empregalo noutro posto dispoñible (*Labour Party v Oakley*). Neste sentido, e agás supostos excepcionais ou situacións nas que o empresario non dispoña dun emprego alternativo, os empresarios deben consultar cos seus traballadores antes de despedilos, de modo que a omisión desta consulta producirá que o despedimento sexa cualificado como *unfair*.

En todo caso, a normativa nin require nin prohibe que o contrato temporal sexa renovado, de modo que se o despedimento é *fair* ou *unfair* é unha cuestión que se debe solucionar de acordo coas regras xerais (*Simpson v Van den Bergh Foods Ltd*).

Dende o 25 outubro 1999 (en relación co *unfair dismissal*) e dende o 1 outubro 2002 (en relación coa indemnización por *redundancy*) é nulo o pacto entre traballador e empresario polo cal o primeiro deles renuncia á indemnización correspondente cando expira un contrato temporal.

iii. Constructive dismissal

Trátase de supostos nos que o traballador extingue pola súa vontade o contrato de traballo, pero en circunstancias en que está habilitado para facelo sen aviso previo a causa da conducta do empresario. Para que poida despregarse a protección derivada do *unfair dismissal*, o traballador debe mostrar claramente que considera que o contrato se extinguiu a causa das actuacións do empregador.

As dificultades para verificar a existencia dun *constructive dismissal* céntranse, pois, en responder á pregunta de se unha conducta concreta do empresario pode ser suficiente para habilitar ó traballador para extinguir o contrato de traballo. Ó cal cabe responder que só aquelas situacións nas que dita conducta implica un incumprimento significativo poden propiciar a conseguinte resposta do traballador en termos de acollerse a esta figura. Algunhas das situacións que considerou e admitiu a doutrina xudicial refírense a cambios significativos de horarios, diminucións salariais, traslados a un novo posto situado a unha considerable distancia do anterior, ou degradacións de categoría (SELWYN, 2001:333, con referencias de sentencias). Polo contrario, algunha sentenza considerou que un atraso no aboamento do salario debido non debía considerarse de suficiente entidade como para xustificar a extinción por parte do traballador (*Adams v Charles Zub Associates Ltd*). En casos como este último, os Tribunais consideraron que a conducta do empresario non mostraba unha actitude incompatible coa súa vinculación ó contrato de traballo.

Por outra parte, pode producirse unha disputa lexítima sobre cales sexan as condicións de traballo que vinculan a empresario e traballador. Cando así suceda, en ningún caso poderá concluírse que o primeiro está incorrendo nunha conducta que caiba asimilar a un despedimento. De aí que a simple circunstancia de que a postura do empresario non sexa a correcta, ben por un erro de feito, ben por un erro de dereito, non implica que se produza unha situación encadrable no ámbito do *constructive dismissal* (*Bridgen v Lancashire County Council*). Non obstante o cal, non pode descartarse que a extinción por iniciativa do traballador poida fundarse no incumprimento por parte do empresario dunha condición contractual implícita.

Así mesmo, o traballador non poderá alegar *constructive dismissal* cando o proceder do empresario deba considerarse como lexítimo. Por exemplo, unha actuación disciplinaria, por moito que implique diminucións salariais para o traballador, aínda que sempre que a sanción imposta non sexa desproporcionada coa infracción cometida (*BBC v Beckett*).

Agora ben, deben diferenciarse dúas cuestións distintas: unha cousa é que caiba apreciar ou non a existencia dun *constructive dismissal* e outra que deba cualificarse como *fair* ou como *unfair*. Ademais, e aínda que a cualificación que corresponda sexa a de *unfair*, poderá reducirse o montante da indemnización a causa da conducta conconrente (*contributory conduct*) do traballador.

Tamén é importante a toma en consideración da conducta do traballador. Porque, se continua a prestación de servicios sen adoptar a decisión de extinguir o contrato, enténdese que renunciou a ampararse nesta modalidade de despedimento. Agora ben, non é incompatible co *constructive dismissal* que prosiga a prestación de servicios en tanto en canto busca novo emprego, sen que en tal caso a extinción subseguinte deba considerarse extemporánea (*WE Cox Toner (International Ltd) v Crook*). Ó contrario, unha extinción demasiado temperá pode ser contestada co argumento de que o incumprimento do empresario aínda non foi efectivo. En xeral, debe afirmarse que o traballador debe actuar “sen demasiado atraso” (*without excessive delay*) (*Western Excavating Ltd v Sharp*).

Por suposto, a *resignation* do traballador será efectiva para que poida ampararse no *constructive dismissal*, con independencia de que o empresario acepte ou non aquela (*Boyo v Lambert*). E tamén é posible que poida estimarse *constructive dismissal* a partir dunha suma de pequenos incumprimentos do empresario, por máis que o incumprimento final non sexa da entidade suficiente como para xustificalo (*Irwing v Thwaite Holme Kitchens*).

Como regra xeral, hai que concluír que, se o traballador extingue o contrato sen facilitar que o empresario coñeza que a decisión se debe ó seu incumprimento, o caso non poderá considerarse *constructive dismissal* (*Holland v Glendale Industries Ltd*), aínda que pode haber excepcións, como a do empresario que non paga o salario mínimo interprofesional (*National Minimum Wage*) (*Wathersfield (Van & Truck Rentals) v Sargent*).

c. Extincións do contrato que non merecen a consideración de despedimento

Hai múltiples supostos nos cales a extinción do contrato en modo algún pode considerarse como un despedimento. Algunhas das situacións máis próximas coméntanse brevemente:

i. Demisión (*resignation*)

As dificultades para distinguilo da extinción por vontade do empresario céntranse, como é obvio, nos casos nos que a manifestación da decisión extintiva do traballador se produza en termos ambiguos, ou en circunstancias das que caiba concluír que acaso existise un vicio da vontade. Por exemplo, pode considerarse que a extinción se produce por vontade do empresario ante unha situación na que o traballador dimite ante a ameaza de que, en caso contrario, será despedido. Agora ben, non deixa de ser válida e eficaz a demisión polo feito de que fose precedida dunha oferta do empresario que a incentiva economicamente (*Sheffield v Oxford Controlls Co Ltd*). En todo caso, para que a expresión da demisión poida entenderse como tal, deberá aplicarse o test de se un empresario razoable a entendera das palabras proferidas polo traballador. E, por outra parte, é un requisito de extraordinaria relevancia que conste a data concreta na que a extinción *ad nutum* teña lugar.

A demisión normalmente se produce de modo expreso. Pero é posible que deba deducirse dos feitos concluíntes. Por exemplo, en casos nos que o traballador desaparece e non responde ós intentos de contactar con el que leva a cabo o empresario, ou cando se descubre que traballa para outro empregador en horario incompatible coa prosecución do seu antigo emprego. Outra vez hai que estar ás circunstancias concretas do caso e á interpretación razoable que haxa que extraer das mesmas.

Nas situacións nas que o traballador dimite, e o fai co aviso previo legal ou contractualmente establecido, o empresario pode finalizar o contrato nunha data anterior á expresada no aviso previo do traballador, pero en tal caso deberá indemnizar ó traballador pola falta de aviso previo pola súa parte. O cal non implica un despedimento, senón que a demisión do traballador continúa sendo eficaz (*Marshall (Cambridge) Ltd v Hamblin*). Polo contrario, será despedimento a extinción con aviso previo polo empresario, pero seguida de comunicación do traballador de que dará por extinguido o contrato nunha data anterior (sec. 95(2) ERA e *Ready Case Ltd v Jackson*).

ii. Imposibilidade sobrevida (*frustration*)

Trátase de supostos nos que non existe incumprimento por ningunha das dúas partes, non obstante o cal o contrato se extingue porque o cumprimento das obrigas que incumben ás partes, e en particular ó traballador, se torna imposible. O cal prodúcese en dúas situacións especialmente relevantes: a ausencia de longa duración a causa de enfermidade ou accidente e a pena privativa de liberdade.

Os criterios sobre a apreciación da *frustration* condensáronse no asunto *Williams v Watsons Luxury Coaches Ltd*. Fundamentalmente, os seguintes: i) o Tribunal debe utilizar a doutrina da *frustration* con coidado e restrictivamente, tendo en conta que pode parecerse a un despedimento a causa dunha minusvalía do traballador. ii) É especial-

mente útil verificar a data concreta da *frustration* para determinar se esta existiu ou non. iii) Hai unha serie de factores indicativos, como o período de emprego anterior ó evento que orixinou a imposibilidade sobrevida, as expectativas do traballador de permanencia no emprego, a natureza do traballo, as condicións do contrato, a natureza, duración e efectos da enfermidade, así como as posibilidades de recuperación futura, a necesidade do empresario de substituír ó traballador, a posibilidade de que o substituto do traballador adquira dereitos legais, a conducta do empresario, a circunstancia de se o empresario debe ou non aboar algún tipo de prestación económica a causa da enfermidade e de se, á vista de tódalas circunstancias, sería esperable unha maior espera dun empresario razoable. E iv) debe terse en conta que non pode suceder que o evento do que se derive a imposibilidade fose causado por quen quere basearse nel para extinguir o contrato. Agora ben, ningún dos criterios expostos é concluínte por si só.

Polo que atinxe á pena privativa de liberdade, aínda que inducida pola propia conducta do traballador, non é en si mesma un incumprimento de contrato. En realidade, é unha *frustration*, a cal, ben que inducida (*self-induced frustration*), non perde por isto a súa natureza (*Shepherd (FC.) & Co. Ltd v Jerrom*).

En termos xerais, pode afirmarse que a *frustration* opera á marxe da vontade das partes. Pero a carga da proba de que a prosecución do contrato deveu imposible des-cansa no empresario.

iii. Extinción de mutuo acordo

Nestes casos, a causa da extinción resulta xuridicamente irrelevante, aínda que a casuística pode complicar a doutrina xeral. Primeiramente, haberá que recoñecer que non haberá *consensual termination* se a vontade do traballador está viciada. Por outra parte, non pode deixar de recoñecerse que, nalgúns ocasións, o traballador terá dereito a indemnización. Pénsese, vg., na situación do que voluntariamente se postula para unha amortización de posto de traballo por *redundancy*, neste caso terá dereito á indemnización prevista para este tipo de situacións.

Ademais, é necesario distinguir a terminación consensual doutras situacións, como a existencia dunha condición resolutoria relativa a un acontecemento futuro e incerto, que foi considerado como algo diferenciado da extinción por mutuo acordo –no caso concreto, un *unfair dismissal*– (*Igbo Jonson Matthey Chemicals Ltd*).

É curioso comprobar como para o ordenamento xurídico británico merece a consideración de despedimento a expiración dun contrato temporal e non así a finalización do servizo que foi obxecto do contrato. Cando un traballador foi contratado para o mesmo, o empresario pode denunciar o contrato cando remate aquel, sen que a denuncia poida considerarse *dismissal*, senón finalización da relación laboral por cumprimento (*Ironmonger v Movefield Ltd*) neste caso, debe interpretarse que se está en presenza dunha extinción por mutuo acordo, xa se explicitase este no contrato, xa permaneza implícito.

2. Análise específica da *redundancy*

O propósito orixinario da *Redundancy Payment Act* de 1965 era o de mitigar a resistencia dos traballadores individuais e dos seus *trade unions* ós cambios profundos que requiría a industria británica para responder ás demandas volubles do comercio internacional e da competencia (GRUNFELD, 1989:1).

Establece a sec. 135 ERA que un empresario deberá pagar unha indemnización por *redundancy* a un empregado seu se este é despedido por razón de *redundancy* ou ten dereito a unha indemnización por *redundancy* porque concorre unha situación de *lay off* ou *short time*. Así pois, debe distinguirse un concepto principal (*redundancy*) doutros dous secundarios (*lay off* e *short time*), ós que se anoa a mesma consecuencia indemnizatoria que a aquel.

Pola súa banda, a secc. 139 define dito concepto principal nos seguintes termos: “...un traballador entenderase despedido por razón de *redundancy* se o despedimento é enteira ou principalmente atribuíble a:

- (a) o feito de que seu empresario cesase ou pretenda cesar
 - (i) a continuación do negocio ós propósitos dos cales o traballador fora empregado por el, ou
 - (ii) a continuación dese negocio no lugar onde o traballador estaba empregado, ou
 - (b) o feito de que as necesidades dese negocio
 - (i) de traballadores para realizar traballo dunha particular clase, ou
 - (ii) de traballadores para realizar traballo dunha particular clase onde o traballador estaba empregado polo seu empresario,
- cesasen ou diminuísen ou espérase que cesen ou diminúan”.

Á vista desta definición, pode afirmarse que o concepto de *redundancy* abrangue tres situacións distintas: a) o empresario pecha totalmente a súa empresa; b) pecha a súa empresa no lugar onde o traballador estaba empregado; e c) entende que a empresa non require máis os servizos do traballador. Asemade, esta última circunstancia pódese producir por dous motivos distintos: (i) porque a empresa necesita menos do tipo de traballo que desenvolvía o traballador; (ii) ou porque ese traballo se pode realizar con menos traballadores.

Antes de analizar máis en detalle esta definición, convén realizar dúas consideracións previas: a primeira, que cumpre na práctica un dobre propósito, pois dunha parte garante ó traballador unha indemnización legal (*redundancy payment*), e doutra supón unha das causas lícitas que poden alegarse ante a pretensión de que se declare un despedimento ilícito (*unfair dismissal*) (UPEX, 1996:1765 ss.). A garantía indemnizatoria é unha consecuencia singular deste tipo de despedimento, pois só se se debe a *redun-*

dancy terá o traballador dereito á mesma. A perda do emprego por calquera outra causa, á marxe doutros remedios que poidan existir, non lle garante ningún dereito legal destas características. Pero, dende a outra perspectiva, prové ó empresario cunha alegación excepcional ante unha demanda por *unfair dismissal* (DAVIES e FREEDLAND, 1985:531), sempre que a elección do concreto traballador, ou o proceso selectivo para designalo, non fosen en si mesmos ilícitos. Con esta alegación, poderá evitar as máis graves consecuencias do *unfair dismissal* consistentes en readmisión obrigatoria (*reinstatement*), recolocación (*reengagement*) ou compensación económica (*financial compensation*) nunha contía máis elevada cá indemnización por *redundancy*.

A segunda consideración versa sobre unha presunción legal que se establece na sec. 163(2) ERA, e que só produce efectos nos casos en que o traballador se limita a reclamar a indemnización correspondente: un traballador considerárase despedido por *redundancy* agás que se probe que a razón foi outra. Por suposto, esta presunción non actuará cando se alegue un *unfair dismissal*. A presunción suscita arduos problemas sobre as razóns que poden alegarse fronte á demanda indemnizatoria do traballador, sobre todo á vista de que se abstraen as causas da situación de *redundancy*. Dous precedentes poden ilustrar perfectamente a problemática e as solucións que se aportaron:

O caso *Hindle v Percival Boats Ltd.* versaba sobre un traballador empregado nunha empresa de construción e reparación de embarcacións nun momento en que a fabricación das mesmas evolucionaba do emprego de madeira como materia prima fundamental ó de fibra de vidro. O traballador demandante era un experto na utilización da madeira, pero demasiado lento coa fibra de vidro. De aí que a empresa entendeu que o despedimento era por ineptitude sobrevida e non por *redundancy*. Os Tribunais, nas distintas instancias, entenderon que, en efecto, non concorría situación de *redundancy*, pois o traballador, se fora máis productivo, manteríase no seu emprego. Agora ben, para chegar a tal conclusión non bastaba coa causa alegada polo empresario, aínda que este actuara honestamente, senón que o órgano xudicial debía apreciar os elementos de feito concorrentes.

No caso *Willcox v Hastings* xulgouse o suposto dunha sucesión de empresa. O empresario cedente levaba o seu negocio co seu traballo persoal e dos traballadores. Os compradores –un matrimonio– continuaron a empresa coa súa dedicación e a do seu fillo, ó que contrataron como traballador. Consecuentemente, despediron ós dous antigos traballadores. Podería dicirse neste caso que un deles –o substituído por un dos cónxuxes-empresarios– era redundante, pero non o outro, pois fora substituído por outro traballador. Sen embargo, a *Court of Appeal* considerou que, dado que non se rompiera a presunción de *redundancy*, a ambos correspondíalles a pertinente indemnización.

a. Peche da empresa

Trátase da situación máis característica de *redundancy* e a que menos conflictividade suscita na práctica. Malia isto, poden presentarse varios problemas interpretativos. O primeiro, referido á titularidade da empresa, resolveuse no sentido de que non é esixible que o empresario sexa o seu propietario, de tal modo que cabe cesación de empresa cando un contratista cesa na actividade, que permanece por parte da empresa principal. Sen embargo, tal circunstancia haberá que analízala á vista do feito concreto, pois

pode producirse unha sucesión que impida a terminación do contrato de conformidade coas *Transfer of Undertakings Regulations* de 1981.

En canto ó termo *business*, utilizado pola sec. 139, ERA, inclúe calquera negocio, profesión ou actividade realizada por unha persoa ou grupo de persoas, sen que sexa esixible un ánimo lucrativo. Ademais, se se trata dun grupo de empresas, os factores económicos que sucedan no seu seo poden ser tomados en conta para os efectos de verificar a existencia da situación de *redundancy*. Na mesma liña, a sec. 139(3) expresa que o negocio do empresario, xunto co ou cos negocios dos seus asociados, consideraranse como un só para os efectos de analizar se existe situación de *redundancy*, a menos que esta se produza na empresa individualizada, sen ter que analizarse a situación do grupo. Nun sentido diverso, se un mesmo empresario é titular de varias empresas, a *redundancy* hai que entendela só no contexto daquela na cal o traballador está empregado.

A cesación da empresa pode ser temporal, neste caso o contrato de traballo non deberá extinguirse necesariamente, aínda que en tales supostos poderá existir un incumprimento por parte do empresario que sustente unha pretensión do traballador de extinción causal (*constructive dismissal*) por incumprimento de contrato (*breach of contract*) ou ben propiamente unha de indemnización por *redundancy* por *lay off* ou *short time*.

b. Peche do centro no que o traballador estaba empregado

De acordo coa sec. 139, tamén existe situación de *redundancy* cando o empresario “cesase ou pretenda cesar a continuación dese negocio no lugar onde o traballador estaba empregado”. As consideracións realizadas en relación co peche de empresa son aquí de completa aplicación, pero se suscita un problema de moita maior envergadura, como é o de descifrar o significado da locución “no lugar onde” (*in the place where*). Porque a palabra “lugar” pode interpretarse nuns termos moi amplos (vg., identificándose con todo o territorio do Reino Unido) ou moito máis estrictos (cunha pequena área dunha cidade). Ademais, deberá decidirse se, como parte do poder de dirección do empresario, pode este obrigar a un traballador a trasladarse. Ó respecto, haberá que distinguir supostos nos cales o traballador normalmente desenvolve as súas funcións nun determinado lugar pero, como consecuencia do peche do seu centro ou da diminución do número de empregados no mesmo, recibe unha orde de traslado, daqueles nos que o traballador é esencialmente móbil. Así mesmo, haberá que precisar se o contrato concreto contén unha cláusula expresa de mobilidade, ou ben pode deducirse esta implicitamente dos seus termos.

As primeiras aproximacións á materia, inmediatamente posteriores a 1965, centraron a súa atención máis no aspecto xeográfico que contractual. Ó respecto, a partir da diferenza entre “persoal móbil” (*travelling man*) –vg., empregado en centros móbiles- e persoal que non o é (*local man*), os Tribunais declararon que este último non podía ser mobilizado senón dentro dunha área xeográfica determinada. Se o *travelling man* refusaba trasladarse, podía ser despedido por incumprimento contractual, sen dereito a indemnización por *redundancy*. Polo contrario, se o *local man* se negaba ó traslado, a imposición do mesmo era un *constructive dismissal* por *redundancy*, do que se derivaban os correspondentes efectos indemnizatorios, agás que o empresario ofrecese ó traballador un traballo alternativo apropiado (*suitable alternative employment*). Agora ben,

aínda nestes casos de traslado dun *local man* debía –e debe– considerarse a transcendencia do cambio, pois pode ser o suficientemente insignificante como para non implicar un *constructive dismissal*.

A postura dos Tribunais modificouse abruptamente no caso *Sutcliffe v Hawker Siddeley Aviation Ltd.* O traballador demandante fora trasladado dunha a outra localidade porque o centro de orixe fora pechado. O seu contrato dispoñía que podía ser trasladado onde queira que fora dentro do Reino Unido, pero el se negou. Ante tal situación, a sentenza –que presenta un valor de precedente incuestionable– declara que “o lugar onde o traballador estaba empregado” significa non “onde el de feito traballa”, senón onde poida lícitamente requirírselle que traballe. Xa que logo, neste caso o traballador non tiña dereito a indemnización por *redundancy*. Sen embargo, a xurisprudencia máis recente volve ancas cara ós primeiros pronunciamentos, como *authorities* máis vinculantes. En concreto, no caso *Bass Leisure Ltd. v Thomas* o Tribunal chegou á conclusión de que, a primeira vista, a Lei se inclina polo criterio fáctico ou xeográfico.

c. Desaparición de postos de traballo

Os supostos de *redundancy* que inclúe a sec. 139(b) ERA foron, con gran diferenza, os que propiciaron maiores problemas e esixiron máis pronunciamentos dos Tribunais. A razón é clara: a súa redacción resulta o suficientemente dubidosa como para que existan multitude de incertezas sobre os supostos incluídos e excluídos. A expresión “o feito de que as necesidades dese negocio de traballadores para realizar traballo dunha particular clase ... cesasen ou diminuísen ou se espera que cesen ou diminúan” permite aventurar varias hipóteses como de posible inclusión: 1ª) a de despedimentos por causas tecnolóxicas, no sentido de que xa non se requiren as funcións e aptitudes dos traballadores afectados pola introducción de nova maquinaria; 2ª) extincións derivadas de que decae a produción por circunstancias do mercado; 3ª) despedimentos por reorganización do cadro de persoal debidos á posta en práctica de sistemas máis flexibles de polivalencia funcional; 4ª) despedimentos baseados en diminucións de cadro de persoal por redistribución de tarefas entre os traballadores restantes ou por contratación externa de servizos. Que todas estas hipóteses poidan subsumirse na sec. 139 ERA resulta moi dubidoso, pois a redacción legal non permite dar abrigo automaticamente e sen maiores precisións a calquera suposto de extinción de contrato por circunstancias alleas á culpabilidade do traballador ou traballadores afectados. Antes ben, o concepto legal de *redundancy* é materialmente limitado e, como se verá, omite significativos supostos.

Tamén neste contexto preséntase un problema semántico de envergadura. En concreto, o de delimitar que significa a expresión “traballo dunha particular clase” (*work of a particular kind*). Sobre ela centráronse case tódolos esforzos hermenéuticos, e a súa resposta vai permitir situar as hipóteses enunciadas dentro ou fóra do concepto de *redundancy* e dos seus efectos xurídicos. E unha análise da xurisprudencia leva a unha conclusión curiosa, cal é a da escasa fixeza dos criterios establecidos polos Tribunais, aínda cambiantes e escasamente consolidados.

i. A perspectiva individual.

Xa entrando na análise dos casos, unha primeira corrente inclinouse por unha aproximación individual á situación de feito, no sentido de que bastaba con que as fun-

cións desenvolvidas polo traballador afectado desapareceran ou foran distribuídas de distinta forma, de tal modo que o posto de traballo, na súa consideración orixinaria, deixase de existir, para que se producise situación de *redundancy*. Dela, pode destacarse o caso *Hall v Farrington Data Processing Ltd.*, onde se considerou que tiña dereito á correspondente indemnización un home de negocios con funcións directivas cando estas últimas lle foron retiradas.

ii. A perspectiva da empresa.

Os asuntos posteriores matizaron progresiva e case imperceptiblemente os precedentes máis antigos. A estes, cabe reprocharlles que entorpecían calquera intento de reorganización empresarial, sobre a que sempre planeaba a ameaza de que as tarefas redistribuídas non se corresponderan co contido dalgúns dos traballos anteriores e se demandaran as correspondentes indemnizacións por *redundancy*. Por iso, requiríase un achegamento distinto á materia, no que *work of a particular kind* fora entendido nun sentido máis flexible, de modo que non existira tal situación se o traballo permanecese o mesmo nos seus trazos máis esenciais. Estas reflexións conduciron ós Tribunais a unha perspectiva máis empresarial ou de conxunto. Para algo a sec. 139(b) ERA –antes 81.2(b) EPCA– aludía expresamente a “as necesidades do negocio”.

Un pronunciamento característico desta corrente é o asunto *Huddersfield Parcels Ltd. v Sykes*, que versaba sobre dous traballadores que realizaban, alternativamente, o traballo de conductor e o de almacenista. Nesta situación, a empresa decidiu que o traballo de conductor debía ser realizado por unha soa persoa e, por conseguinte, despediu a un dos dous. O Tribunal de instancia declarou que o despedimento non fora por razón de *redundancy*, porque non se reducira a necesidade dun conductor de camións, senón que tal función permanecía incólume. Sen embargo, o Tribunal de apelación anulou a sentenza do de instancia e apreciou despedimento por *redundancy*, pois o de instancia non contemplara o suposto de feito na súa totalidade: se ben non descendera o traballo de camioneiro, si o fixera o de almacenista.

Pode concluírse, pois, sobre esta dicotomía entre unha aproximación individual ou global ó concepto de *redundancy*, que existen precedentes contradictorios. Dende logo, a letra da Lei –*work of a particular kind*– parece inclinarse máis ben cara á primeira delas. Por outro banda, resulta a máis favorable á pretensión do traballador que ve extinguido o seu contrato de ser indemnizado. Sen embargo, non pode ignorarse que, en ocasións, pode conducir a conclusións moi discutibles, en supostos de feito nos que a empresa modifica parcialmente a distribución de funcións entre os traballadores. E tampouco que os pronunciamentos máis recentes parecen inclinarse de novo pola tese global que atende ás necesidades da empresa no seu conxunto.

iii. *Redundancy* por diminución do número de traballadores, do volume total de traballo ou por necesidades do negocio.

Supostos moi característicos de *redundancy* son aqueles en que o empresario necesita menos traballadores. As causas disto poden ser diversas: pode deberse, vg., a que estea atravesando unha situación económica difícil, ou a que o seu cadro de persoal estea sobredimensionado, ou a que reducise a súa produción por circunstancias de mercado, ou, sinxelamente, que optase por contratar externamente parte da súa activi-

dade empresarial. Calquera que fose a causa, os Tribunais non vacilaron demasiado para entender que se producira unha situación de *redundancy*.

Baste, como exemplo, a cita do asunto *Sutton v Revlon Overseas Corpn. Ltd.*: o Tribunal accedeu á pretensión dun traballador de que se lle concedera a indemnización por *redundancy*, pois fora despedido porque o seu traballo foi distribuído entre os seus tres antigos compañeiros. Neste caso, a cantidade de traballo que necesitaba a empresa permanecía inalterada, pero como desapareceran as funcións que debían asignarse a un dos traballadores, se producira situación de *redundancy*.

iv. Aproximación funcional e aproximación contractual.

En parecidos termos a como sucedía en relación co peche do centro de traballo, tamén na análise da expresión *work of a particular kind* existen certas dúbidas derivadas do contrato de traballo. Polo que aquí respecta, os problemas refírense ó contido do traballo que se asigne ó traballador de acordo co seu contrato, que pode diferir do que realiza de feito, no sentido de ser este máis limitado en termos materiais.

Cando un traballador realice habitualmente unhas funcións máis limitadas que as que lle corresponden de acordo co seu contrato de traballo, a empresa pode prescindir de ditas funcións e despedilo. Pero, se así sucede, quizais o despedimento non sexa por *redundancy*, pois acaso deba a empresa encomendarlle outras tarefas que, aínda que non desempeñadas habitualmente, se enmarquen dentro do contido do seu contrato. Se este argumento se admite xenericamente, en consecuencia vai diminuír dunha forma moi considerable o ámbito da *redundancy*, sobre todo cando o traballo contratado non este senón descrito xenericamente.

Os primeiros precedentes sobre esta cuestión aferráronse con forza ó criterio funcional e entenderon que, se a empresa necesitaba menos traballadores para desenvolver o tipo de traballo que realizaba o traballador despedido, este tiña dereito á indemnización por *redundancy*, con independencia de que o seu contrato de traballo prevexa a realización de funcións distintas. Sen embargo, o criterio contractual asentouse definitivamente en *Haden Ltd. v Cowen*. Nel, a *Court of Appeal*, sen declarar expresamente a supremacía deste criterio en relación co funcional, de forma implícita deu por bo o primeiro deles, se ben recoñeceu que non existían precedentes que, de forma inequívoca, sostivesen un ou outro.

Sen embargo, casuística máis recente deu un moi significativo golpe de temón en contra da tese contractualista. Trátase, en concreto, do caso *Safeway Stores plc. v Burrell*. O Tribunal de instancia considerara que o traballador non fora despedido por *redundancy*, pois as funcións que podía realizar de acordo co seu contrato non desapareceran, senón que, despois dunha reestructuración da empresa, foran asumidas por outros traballadores. Pero o *Employment Appeal Tribunal* anulou a decisión do seu inferior xerárquico e declarou que o despedimento fora por *redundancy*. Para chegar a tal conclusión, declarou que o criterio contractual era erróneo. Non por isto o criterio funcional volve ser certo, senón que ambos –a xuízo do Tribunal– poden conducir a criterios erróneos. A única pregunta que debe formularse é se houbo unha diminución ou cesamento nas necesidades da empresa de traballadores para realizar traballo dunha particular clase ou hai expectativas de que se produza nun futuro próximo esa diminución ou cesamento.

Para tal fin, o proceso lóxico debe constar de tres preguntas sucesivas: a) ¿foi despedido o traballador?, b) se foi despedido, ¿cesaron ou diminuíron, ou espérase que cesen ou diminúan, as necesidades da empresa de traballadores para realizar traballo dunha particular clase?, c) se así sucede, ¿o despedimento foi enteiro ou principalmente debido ó cesamento ou diminución?

v. *Bumping redundancies*

De acordo coa sec. 139, ERA, se cesa ou diminúe a necesidade de traballadores para realizar traballo dunha determinada clase, existe unha situación de *redundancy*. Normalmente, o ou os traballadores afectados pola nova situación serán despedidos. Sen embargo, pode que non suceda así, senón que o empresario opte por trasladar a eses traballadores a outros postos de traballo e despedir a aqueles que viñan desempeñando ditos postos. Tal é a situación que se coñece como *bumping redundancy*.

Para que o traballador despedido en lugar doutro teña dereito a indemnización, requírense dúas circunstancias: que fose despedido por traslado doutro traballador e que este fose trasladado porque se producise unha situación de *redundancy*. Se esta condición non se verifica, o interesado decaerá no seu dereito ó correspondente *payment*.

d. *Lay off e short time*

A sec. 135, ERA, no aptdo. (b) declara que tamén ten dereito a indemnización por *redundancy* o traballador que se encontre en situación de *lay off* ou de *short time*. Asemade, a sec. 147 define ámbalas dúas situacións: “(1) para os efectos desta Parte un traballador se entenderá en situación de *lay off* por unha semana se:

- (a) de acordo cos termos e condicións do seu contrato, a súa remuneración depende de que o empresario lle facilite traballo das clase para a que el foi contratado, pero
- (b) non ten dereito a ningunha remuneración esa semana porque o empresario non lle proporcionou dito traballo”.

(2) para os efectos desta Parte un traballador se entenderá en situación de *short time* se durante unha semana, por razón de diminución do traballo que lle facilita o seu empresario (tratándose de traballo da clase para a cal está contratado), a súa remuneración é inferior á metade do salario semanal.

O transfondo de ambas institucións consiste en situacións nas que existe *redundancy* pero, para evitar o pagamento da indemnización, o empresario opta por non despedir formalmente. Limitase a incorrer en *mora accipiendo* á espera de que o traballador dimita voluntariamente do seu contrato de traballo.

A ERA somete a existencia de ambas situacións e a súa efectividade como mecanismo extintivo do contrato de traballo con dereito a indemnización a varias condicións. Xenericamente, son catro as esixibles: 1) que se perdesse remuneración por *mora accipiendo* durante un determinado período de tempo; 2) que o traballador entregue ó

empresario unha notificación da súa intención de reclamar; 3) que o traballador extinga o seu contrato; e 4) que non exista unha razoable expectativa de que se restableza con normalidade o traballo.

Sobre a primeira delas, existen dúas posibilidades, de conformidade coa sec. 148.2, ERA: que o traballador non fose ocupado, nos termos anteriormente enunciados, durante catro semanas consecutivas, ou durante seis ou máis ó longo dun período de trece semanas. Para o seu cómputo, poden terse en conta semanas de *lay off* ou de *short time*, ou incluso de ambas situacións alternativa ou acumulativamente.

Transcorrido ese período, o último día da cuarta ou sexta semana de cómputo –de acordo co expresado no parágrafo anterior–, ou durante as catro semanas seguintes, o traballador debe notificar ó empresario por escrito a súa intención de reclamar unha indemnización por *redundancy* debida a *short time* ou a *lay off*.

A notificación ó empresario –que, á marxe da escritura, non reviste ningunha formalidade especial– non require a previa extinción contractual. Incluso pode o traballador reclamante remitir a controversia sobre o seu dereito a un *industrial tribunal*. Sen embargo, o seu dereito efectivo á indemnización condiciónase á terminación do contrato de traballo. Debe terse en conta que a comunicación extintiva do traballador –que debe gardar un prazo de aviso previo de sete días, ou maior, se o contrato así o esixe– será de ordinario distinta da notificación da intención de reclamar, de modo que para ela non se esixe forma escrita.

O empresario pode contestar á notificación do traballador da súa intención de reclamar. Tal contestación, que debe realizarse por escrito e dentro da semana posterior a dita notificación, pode conter dúas defensas distintas: a primeira, que o traballador, de ser o caso, non atendeu a tódolos requisitos legais. A segunda, que o recomezo do traballo nos seus termos ordinarios é inminente, producírase durante as catro semanas seguintes e a ocupación normal prolongarase durante cando menos trece semanas. Esta segunda resposta non esixe concretar os pormenores do reinicio, senón que basta con que se notifique esta. Que se producise en debida forma é unha cuestión de feito que se remitirá ós Tribunais.

É posible que o empresario desista por escrito da súa anterior contestación, neste caso o traballador terá expedito o dereito á indemnización unha vez que extinguiuse o contrato. Agora ben, se o empresario contesta a notificación do traballador argumentando que o traballo se restablecerá nos seus termos ordinarios, este deberá remitir a cuestión a un *industrial tribunal*, enténdese que a reanimación non se produciu con normalidade.

Por suposto, a comunicación extintiva do traballador pode ser posterior a que o empresario responda á notificación da intención de reclamar, pero unha vez que a súa reclamación é admitida dispón dun prazo determinado para extinguir o seu contrato ou renunciar á indemnización por *redundancy*. En todo caso, a extinción do contrato por vontade do traballador está sometida a estritos límites temporais: se o empresario non contesta, a un prazo de catro semanas trala notificación do traballador. Se contesta, pero desiste da súa contestación, a un prazo de tres semanas dende o desestimento. E,

por último, se o empresario contesta a notificación e a controversia se remite a un *industrial tribunal*, de tres semanas dende a decisión xudicial.

En realidade, *lay off* e *short time* responden á inexistencia no Dereito británico dun dereito legal do empresario a suspender o contrato do traballador por motivos organizativos, sen prexuízo de que, contractualmente, se poida deseñar unha destas características. En consecuencia, se o empresario pretende suspender unilateralmente sen que exista o referido dereito contractual, a súa conducta implicará un incumprimento de contrato e un *constructive dismissal*. A medio camiño entre suspensión do contrato e incumprimento, o empresario pode reducir a ocupación e o salario do traballador ata os límites que constitúan *lay off* ou *short time*.

Máis en detalle sobre estes temas, CABEZA PEREIRO (1998:1210 ss.)

e. Indemnización por *redundancy*

A indemnización que lle corresponde ó traballador cun contrato que se extingue por *redundancy* depende da contía do seu salario, do tempo de prestación de servicios á empresa e da súa idade ó longo do tempo de prestación de servicios. Por cada ano de servicios prestados cando a idade do traballador oscile entre dezaioito e vinteún anos, a indemnización será de media semana de salario por ano de servicio, entre os vintedous e os corenta anos, dunha semana por ano de servicio, e de corenta e un a sesenta e catro anos, dunha semana e media por ano de servicio. A partir dos sesenta e catro anos, reducirase un doceavo por cada mes, ata que o traballador que alcanzase xa a idade de sesenta e cinco anos non ten dereito a indemnización algunha. Todo isto cun máximo semanal de salario de 250 libras esterlinas e unha consideración de non máis de vinte anos de prestación de servicios.

O empresario debe notificar por escrito ó traballador o modo de cálculo da indemnización. Constitúe infracción sancionable cunha multa a omisión deste deber.

f. *Redundancies* colectivas. A transposición da Directiva 98/59/CE

Farase alusión neste pasaxe unicamente ós trazos máis notables do ordenamento británico, con omisión de tódalas referencias que constitúen transposición lineal da norma derivada comunitaria. Dende que a sec. 99 da *Employment Protection Act* de 1975 transpuxo por vez primeira a Directiva 75/129/CEE, a lexislación incorporou a normativa de despedimentos colectivos. Non obstante, a modificación desta pola Directiva 92/56/CEE propiciou a derogación do referido precepto da EPA e a entrada en vigor da sec. 188 da *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* de 1992 (TULRCA), asemade reformada pola *Trade Union Reform and Employment Rights Act* de 1993. Como queira que esta lexislación entrou en vigor nun momento no que o recoñecemento das organizacións sindicais (*trade union recognition*) no Reino Unido pasou a ser voluntario por parte dos empresarios, a Comisión europea demandou perante o Tribunal de Luxemburgo por defectuosa transposición da Directiva de 1992, demanda que foi estimada (asunto *Comisión v Reino Unido*, C-404/92). O cal propiciou que a sec. 188 TULRCA fora modificada polas *Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations* de 1995, á vez modificadas polas homónimas de 1999, que introduciron unha sec. 188A na TULRCA.

Debe destacarse que, para os efectos colectivos, *reundancy* ten un significado máis amplo có da sec. 135 ERA, na liña da Directiva 98/59: “calquera despedimento por razóns non derivadas do traballador, ou por unha pluralidade de razóns non inherentes á súa persoa”.

Cando un empresario pretenda despedir a vinte ou máis traballadores nun “establecemento” (*establishment*) dentro dun período de non máis de noventa días, deberá consultar cos representantes apropiados dos traballadores (*appropriate representatives*). En canto ó termo *establishment*, na liña da Directiva, identifícase máis con “centro de traballo” que con “empresa”, a diferenza do ordenamento español e na senda do asunto fallado polo Tribunal de Luxemburgo *Rockfon A/S v Specialarbejderforbundet i Danmark* (C 449/93).

O representante apropiado dos traballadores, no caso de que haxa un sindicato recoñecido, será este, aínda no caso de que os traballadores implicados non estean afiliados a el. En caso contrario, calquera outro representante elixido ou designado para calquera outro propósito, que teña competencias para recibir información e realizar consultas coa empresa. Ou representantes especificamente elixidos para as consultas derivadas da *reundancy*, de acordo cos requisitos da sec. 188A TULRCA. Se os traballadores non elixen temporalmente a estes representantes, o empresario deberá efectuar as consultas individualmente cos traballadores afectados.

No caso de que o despedimento vaia afectar a cen ou máis traballadores dentro dun período máximo de noventa días, as consultas deben iniciarse polo menos noventa días antes de que a extinción de contratos sexa efectiva. Se afecta a entre vinte e noventa e nove traballadores, con trinta días de antelación.

Se a empresa non realiza a fase de consultas, o representante dos traballadores ou os propios traballadores afectados poden presentar unha demanda perante o tribunal competente, de acordo coa sec. 189 TULRCA. O Tribunal, se estima a pretensión, pode decidir a imposición á empresa dunha indemnización en defensa do traballador (*protective award*), cunha contía que establecerá o órgano xudicial en función do que considere xusto e equitativo, sen que en ningún caso poida superar os noventa días de salario.

Evidentemente, a *reundancy* non está sometida a ningún trámite de autorización administrativa.

Á marxe das obrigas legalmente impostas, existe unha *good industrial practice* que obriga ó empresario a consultar cos traballadores antes de proceder á extinción do contrato por *reundancy*. O seu descoñecemento pode producir, como se verá no seu momento, que o despedimento sexa cualificado como *unfair*.

3. Data e forma. Aviso previo

a. Data do despedimento

Como en calquera outro ordenamento, constitúe unha cuestión de vital importancia o establecemento do momento en que se produciu o despedimento. A efectiva data

de extinción do contrato (*effective date of termination*, na normativa sobre *unfair dismissal* e *relevant date*, nos preceptos relativos á indemnización por *redundancy*) servirá, entre outras cuestións, para calcular o período de prestación de servizos do traballador –tanto para verificar se existe protección fronte ó *unfair dismissal* como para o cálculo da indemnización-. Así mesmo, vai cumprir a función de servir de *dies a quo* para o cómputo do prazo no cal o traballador pode interpoñer a oportuna demanda xudicial contra o seu empresario.

De acordo coas sec. 97 e 145 ERA, nos casos de despedimento por parte do empresario ou extinción dun contrato de duración determinada, dita data é unha das tres seguintes: a) se o despedimento é con aviso previo, na data en que expira o aviso previo; b) se se produce sen aviso previo, na data na que a comunicación produce efecto; e c) no caso de extinción dun contrato temporal, na data na que o termo expira.

A fixación da data está rodeada, como o calquera outro ordenamento, dunha casuística extremadamente abundante. Sen pretender abundar agora nela, pódense expresar, a modo de exemplos ilustrativos, os seguintes (MAYNE, MALYON e ONSLOW-COLE, 2001:193):

-Se o traballador non recibe o aviso previo legal mínimo, haberá que estar ó momento no que expirase dito aviso previo legal mínimo (sec. 97(2) ERA).

-Se o traballador, ante o aviso previo de despedimento, á vez avisa unha expiración a iniciativa súa en data anterior, esta será a relevante.

-Se o traballador é obxecto dun *summary dismissal* e o impugna a través dun procedemento disciplinario sen éxito, a data eficiente será a da orixinal decisión de despedir.

-Se o empresario, en cumprimento dunha cláusula do contrato, avisa previamente a extinción, pero require ó traballador para que non acuda a traballar (unha especie de licencia retribuída que recibe o nome de *garden leave provision*), a data relevante será aquela na que expire o aviso previo.

-Se, de acordo cos termos do contrato, o empresario o dá por rematado sen aviso previo mediante unha indemnización en lugar do mesmo, haberá que tomar en consideración a data na que o traballador deixa de prestar servizos.

b. Forma do despedimento

A sec. 92 da ERA outórgalle o dereito ó traballador despedido de recibir un escrito que conteña datos sobre as razóns do despedimento, con independencia de que a extinción se producise con ou sen aviso previo, ou que se trate da extinción dun contrato temporal. Deste dereito exclúense ós seguintes colectivos: a) traballadores que ordinariamente presten servizos fóra do Reino Unido. b) Traballadores que non reúnan un ano de prestación de servizos, a menos que o despedimento fose dunha traballadora durante o embarazo ou tralo parto cando a extinción do contrato signifique a finalización da licencia por maternidade. c) Traballadores do mar retribuídos á parte. E, d) empregados no servizo de policía.

O escrito non é de por si un requisito formal do despedimento, senón que é un dereito que debe solicitar o traballador. E, mediando a correspondente solicitude, o empresario está obrigado a documentar o cesamento no prazo de catorce días tras a solicitude. No caso do despedimento dunha traballadora durante o embarazo ou a licenza por maternidade, non se require solicitude por parte desta.

O incumprimento do empresario ou a expresión de motivos incorrectos ou falsos pode propiciar unha demanda do traballador afectado ante o *Industrial Tribunal* dentro do prazo de tres meses despois do despedimento. E, no caso de que o órgano xudicial estime a pretensión do traballador, pode dictar un pronunciamento declarativo no que exprese cal foi a razón do despedimento e, ademais, condenará ó empresario a indemnizar ó traballador con dúas semanas de salario. (sec. 93(2) ERA). Aínda que a oposición do empresario a entregar este escrito normativamente esixido pode deberse a que poña en tela de xuízo a propia existencia dun despedimento, neste caso, se o argumento de oposición é razoable, o Tribunal non poderá estimar o incumprimento da empresa (*Brown v Stuart Scott & Co Ltd*).

Formalmente, a lei non engade máis requisitos a este documento que a forma escrita. A doutrina xudicial esixiu simplemente que, coa súa lectura, poida deducirse sen dificultade cales foron os motivos do despedimento (*Horsley Smith and Sherry Ltd v Dutton*). E se o empresario contesta cunha copia dun anterior escrito no que se expliciten os mesmos, terá cumprido así mesmo a esixencia legal (*Gilham v Kent County Council* (Nº 1)).

A resposta escrita do empresario ostenta forza probatoria nos procesos por despedimento (sec. 92(5) ERA). Se nestes o empresario se xustifica nunha causa distinta, o Tribunal pode ignorala, ou polo menos poñer en cuestión a credibilidade dos seus argumentos. Polo contrario, se o traballador non solicita o escrito, non pode soste en xuízo que as razóns aportadas polo empresario son falsas.

c. Aviso previo

O aviso previo é unha institución básica na extinción do contrato, xa sexa por iniciativa do empresario ou por iniciativa do traballador. Polo que respecta ó que está obrigada a empresa, a sec. 1(4) ERA remite a súa duración ós termos pactados no contrato. E, se o contrato garda silencio ó respecto, haberá que estar ás regras do *common law*, de acordo coas cales haberá que gardar un aviso previo razoable.

Sen prexuízo do cal, a Lei –sec. 86(1) ERA– establece a obriga de respectar algúns prazos mínimos, en relación co tempo de prestación de servizos que leve o traballador. Se alcanza un mes de antigüidade e non supera os dous anos, ten dereito a unha semana de aviso previo. A partir de aí, unha semana máis por cada ano adicional –por máis de dous anos, dúas semanas, por máis de tres, tres semanas, e así sucesivamente– ata un máximo de doce semanas, cando o traballador supere os doce anos de prestación de servizos. Os termos expresamente pactados no contrato só serán de aplicación cando superen os mínimos legais.

O aviso previo pode transmitirse oralmente ou por escrito, e empezará a correr dende o día seguinte a aquel en que se comunique, a menos que nel se especifique unha

data posterior. Non obstante, non pode computarse ata que o destinatario –isto é, o traballador– tivese oportunidade de coñecelo.

A doutrina xudicial (*Delaney v Staples*) clasificou catro situacións nas que o período de aviso previo pode ser substituído por unha indemnización en lugar do mesmo (*payment in lieu of notice*). En concreto, as seguintes: 1) cando o empresario lle concede ó traballador o aviso previo legalmente esixible, pero non require que continúe a prestación de servizos durante o período subseguinte (*garden leave clause*). 2) Cando o contrato establece que o empresario pode extinguir o contrato, sexa con aviso previo, ou sexa sumariamente, a cambio do pagamento dunha suma de diñeiro. 3) Cando o empresario e o traballador acordan que o contrato remate inmediatamente co pagamento dunha suma a cambio do aviso previo. E 4) cando o traballador é obxecto dun *summary dismissal* por parte do empresario e este aboa como compensación unha cantidade alternativa. No cálculo da cantidade que corresponda haberá que ter en conta non só o salario deixado de percibir, senón tamén a perda doutros beneficios (coche, seguro médico, vivenda...)

Ademais, a Lei e a xurisprudencia identificaron supostos nos que non é preciso o aviso previo. Entre eles, o *summary dismissal* derivado dun incumprimento moi substantivo do traballador, o *constructive dismissal* cando se produciu un incumprimento moi substantivo por parte do empresario, a extinción dun contrato a termo (*London Underground Ltd v Fitzgerald*), agás que se extinga nun momento anterior á chegada do remate, a extinción dun contrato para servizo determinado, ou a extinción derivada dunha condición do contrato relativa a retiro por idade.

De acordo coa sec. 98(4) ERA, calquera das partes pode renunciar ó seu dereito a ser avisada previamente nos termos legal ou contractualmente establecidos. Á marxe deste suposto, o incumprimento do empresario pode dar lugar a unha demanda do traballador, xa perante os *Employment Tribunals*, xa perante os Tribunais ordinarios. Trátase dunha acción por danos, que se deben medir a partir do lucro cesante derivado da falta de aviso previo. O traballador está vinculado en todo caso pola regra do *common law* que o obriga a mitigar as súas perdas. E só en casos moi excepcionais cabe a solución interdita, unicamente cando non houbese perda de confianza entre as partes ou se obvia-se o procedemento disciplinario e a solución indemnizatoria non constituía un adecuado remedio para o traballador. Ó respecto, foise construindo unha doutrina que parte do concepto da “posibilidade de traballar” (*workability*) (*Robb v London Borough of Hammersmith and Fulham*).

4. Cualificación do despedimento. *Fair dismissal*. *Unfair dismissal*

a. Consideracións xerais

De acordo coa sec. 98 ERA, o despedimento pode ser xusto (*fair*) cando se produce nalguna das seguintes cinco circunstancias (ANDERMAN, 1985: 1 ss.):

a. A causa dunha razón que teña que ver coa capacidade ou coas cualificacións do traballador para o desenvolvemento do traballo para o que está contratado. A capacidade fai referencia ás habilidades, aptitude, saúde ou outro requirimento físico ou psico-

lórico. As cualificacións, a títulos, diplomas ou outros certificados académicos, técnicos ou profesionais que sexan relevantes para o emprego que ostenta o traballador.

b. Por unha razón que teña que ver coa conducta do traballador.

c. A necesidade de amortizar un posto de traballo (*redundancy*).

d. Porque o traballador non poida continuar co seu traballo na posición que ocupa sen contravir unha restricción ou deber de carácter legal.

e. Por calquera outra razón substancial (*some other substantial reason*) que xustifique a extinción por vontade do empresario.

Evidentemente, a carga da proba para establecer a razón do despedimento descansa no empresario, aínda que, como se vai describir, non vai estar sometido á mesma esixencia probatoria que a que soporta, vg., un empresario que se someta ó ordenamento xurídico español. En síntese, ó Tribunal correspóndelle valorar simplemente se o empresario actuou dentro de criterios de sentido común e proporcionalidade. Ademais, se existe máis de un motivo para o despedimento, está así mesmo obrigado a mostrar cal é a principal razón que motivou a súa decisión.

Ademais, á hora de xulgar se o despedimento foi xusto ou inxusto, o órgano xudicial deberá tomar en consideración todas e cada unha das circunstancias concorrentes no caso, e entre outras moitas o tamaño e os recursos da empresa (sec. 98(4) ERA e *Hackney London Borough Council v Usher*), así como a proporcionalidade da decisión do empresario ó considerar o motivo do despedimento como suficiente –de acordo con criterios de equidade, ó abeiro da sec. 98.4 da ERA–.

En termos xerais, pode afirmarse que existen dous criterios sucesivos para decidir se o despedimento foi ou non *fair*. O primeiro refírese ós mecanismos polos cales se adoptou a decisión de despedimento. A valoración refírese, en esencia, a verificar que se seguiu un procedemento apropiado (*proper procedure*), tendo particularmente en conta as esixencias do (*Code of Practice*), ó que se fará referencia máis adiante, posto que se refire fundamentalmente ás actuacións disciplinarias. Dentro do mesmo haberá que considerar se houbo unha investigación minuciosa dos feitos, unha audiencia adecuada ó traballador ou un dereito de apelación, entre outras garantías. No caso de que o empresario non acredite que o procedemento seguido foi apropiado, deberá mostrar que, sen prexuízo disto, actuou razoablemente de acordo coa información da que dispoñía. En caso contrario, o despedimento merecerá a consideración de *unfair* a causa da inadecuación do procedemento (*unfair procedure*).

O segundo alude á propia causa do despedimento, así como a necesidade de tomar en consideración decisións alternativas de efectos máis atenuados, os termos do contrato, o tamaño e características da empresa, e outras circunstancias concorrentes, sen que ningún factor illadamente considerado sexa determinante. A pregunta clave que se debe responder é se o empresario actuou razoablemente, non se o Tribunal está de acordo coa súa decisión (*Grundy (Teddington) Ltd v Willis*). En consecuencia, a decisión do órgano xudicial só pode combaterse se a súa decisión resulta inicua ou contraria ó ordenamento xurídico.

Así pois, o Tribunal debe partir do criterio de que tería feito un empresario razoable despois dunha investigación adecuada dos feitos (*British Home Stores v. Burchell*). Claro que un empresario razoable pode adoptar distintas decisións fronte a unhas mesmas circunstancias de feito. Hai, como expresa a doutrina xudicial, unha “franja de razoabilidade” (*band of reasonableness*), dentro deste ámbito o empresario pode optar por despedir ou por non facelo. De aí que, se os feitos poden circunscribirse dentro desta *band of reasonableness*, a cualificación que merecerá a extinción do contrato será a de *fair dismissal* (*British Leyland (UK) Ltd v Swift*). En resumidas contas, é a “franja de razoabilidade” o criterio polo que se decantou a xurisprudencia ou, como expresan outros pronunciamentos, o “ámbito de respostas razoables” (*range of reasonable responses*) (*Iceland Frozen Foods Ltd v Jones*).

Non obstante o dito, hai certos despedimentos que merecen a consideración de automaticamente inxustos (*automatically unfair*) de modo que xa non se presenta a cuestión da razoabilidade coa que actuou o empresario. Trátase das extincións por vontade do empresario que se conectan con dereitos especialmente protexidos polo ordenamento xurídico. Xa se enunciaron os supostos fundamentais en relación coa excepción á regra xeral de que a protección legal fronte ó despedimento só nace unha vez que o traballador alcanzase un ano de prestación de servicios.

b. Análise concreta das causas de despedimento

i. Capacidade e cualificacións

Pode suceder que o traballador non sexa capaz de desenvolver as tarefas que razoablemente lle encomenda o seu empresario. Esta incompetencia, ou ineptitude do traballador, presenta a cuestión de cal é o recto proceder da empresa. Primeiro, debe descubrir a causa e intentar enderezar a situación. Pode ser útil que o empresario realice unha advertencia ó traballador, pero sen que caiba confundir estas situacións coas derivadas dunha mala conducta que poida propiciar un despedimento. De aí que as esixencias dun procedemento xusto se deban impoñer con moito máis rigor cando se trata dunha cuestión disciplinaria que unha derivada de ineptitude, orixinaria ou sobrevida. Porque, neste caso, realizar un apercibimento non é unha esixencia de recto proceder, senón de carácter substantivo (*A J Dunning & Sons (Shopfitters) Ltd v Jacomb*). O obxectivo que debe perseguir o apercibimento ten que ser, lisa e simplemente, evitar o despedimento. De aí que, se é clara a inutilidade a este fin, a súa falta non produce que o despedimento se cualifique como *unfair*.

Claro que a incompetencia pode ser producida por unha actitude negligente do traballador, que non alcanza todo o seu potencial de rendemento. E, se non traballa todo o ben que podería facelo, o apercibimento será case sempre apropiado. A este respecto, presentáronse non poucos problemas sobre a intensidade daquel, e púxose de manifesto que unha conducta seriamente negligente pode propiciar un ultimato. Incluso nalgúns postos de traballo de elevada cualificación nos que unha pequena desviación dos máis altos estándares de dilixencia pode resultar fatal, unha pequena distracción pode propiciar un *fair dismissal*, sen que sexa en absoluto precisa a previa advertencia (SELWYN, 2001:347).

Ademais, o empresario debe considerar a posibilidade de ofrecer un emprego alternativo ó traballador, e valorar se este o aceptaría e se o desempeñaría con éxito.

Para que o órgano xudicial cualifique o despedimento como xusto, non se require que o empresario probe a incompetencia do traballador, senón que basta con que crea honestamente que é incompetente.

Outro suposto de incapacidade, de difícil distinción da maioría das situacións que xustifican a aplicación da *frustration* como causa extintiva, é a enfermidade de longa duración do traballador. Como premisa principal debe partirse de afirmar que o empresario non se lle pode esixir que manteña vixente o contrato dun traballador enfermo, máis alá de límites razoables. Por isto, se o traballador permanece de baixa por un longo período de tempo, o empresario non debe despedilo automaticamente, pero si estudar a necesidade de facelo. Para este fin debe realizar tódalas pescudas que correspondan, do propio traballador, do facultativo que o atende ou dun perito médico (*East Lindsey District Council v Daubney*). Só en circunstancias moi excepcionais non será precisa a consulta antes do despedimento para que poida cualificarse como xusto.

Nestes casos, o empresario debe tratar ó traballador enfermo con simpatía e consideración. Debe, outra vez máis, considerar a posibilidade de ofrecerlle emprego alternativo nun posto para o que estea capacitado a pesar dunha enfermidade ou minusvalía ou, subsidiariamente, outorgarlle preferencia para ser reempregado cando haxa unha vacante adecuada á súa capacidade limitada. Un criterio ó que non se lle atribuíu demasiada relevancia era se a enfermidade fora causada ou se vira agravada polo traballo realizado. Bastaba con que o Tribunal verificase se o empresario actuou dentro dos cánones dunha conducta razoable (*London Fire and Civil Defence Authority v Betty*). Non obstante, os pronunciamentos máis recentes atenderon ó carácter profesional da minusvalía ou enfermidade do traballador á hora de cualificar o despedimento e establecer a indemnización que corresponde ó traballador afectado (*Edwards v Governors of Hanson School*).

Agora ben, un despedimento por causa de enfermidade ou relacionado coa saúde do traballador pode producirse en contravención dos mandatos da Lei de Discriminación por Minusvalía de 1995 (*Disability Discrimination Act*), pois moitas ausencias por enfermidade merecen a consideración de minusvalías de longa duración. De acordo coa sec. 4 de dita lei, é ilegal que un empresario discrimine a unha persoa con capacidade diminuída despedíndoa ou someténdoa a calquera prexuízo.

E se o absentismo se debe a factores distintos dos ata agora enunciados, con toda probabilidade a advertencia do empresario será unha medida adecuada e proporcionada. Claro que, en tal caso, máis que tratarse dun despedimento por incapacidade ou falta de cualificación, tratarase dunha extinción derivada da conducta do traballador ou de calquera outra razón substantiva.

ii. *Conducta do traballador*

Ó igual que no ordenamento xurídico español adquiriu carta de natureza a distinción entre infraccións leves, graves e moi graves, do mesmo modo o ordenamento británico distingue entre *minor misconduct*, *major misconduct* e *gross misconduct*.

Cando se trate dun incumprimento menor (*minor misconduct*) será adecuado formular unha advertencia ó traballador, probablemente informal, quizais formal, pero en ningún caso será razoable e proporcionado optar pola utilización da potestade sancionadora nas súas medidas máis graves e intensas. Un ultimato en tales casos é claramente desproporcionado. Se acaso, podería decidirse un breve período de suspensión.

Para certas infraccións que caiba considerar como *major misconduct*, unha soa repetición pode ser suficiente para xustificar un despedimento, como pode ser o caso dos furtos. Non obstante, outras requiren de períodos de avaliación máis amplos, como poden ser os atrasos ou as faltas de asistencia. Os incumprimentos graves, así pois, poden contestarse cun apercibimento final a modo de ultimato, sen que sexa preciso seguir unha orde ascendente de respostas –vg., apercibimento informal, primeiro apercibimento por escrito, ulterior apercibimento e ultimato–.

Por último, as infraccións moi graves –*gross misconduct*– poden dar lugar a un despedimento instantáneo sen aviso previo –*summary dismissal*–. Por suposto, resulta unha cuestión bastante complexa a diferenza entre *major misconduct* e *gross misconduct*, como xa se describiu *supra* coa análise do *wrongful dismissal* en relación cos remedios en *common law*. En realidade, o concepto de *gross misconduct* debe ser obxecto de interpretación restrictiva, como veu defendendo a xurisprudencia dende o tradicional caso *Júpiter General Insurance Co Ltd v Shroff*, porque, como expresou Lord Maugham nesta sentenza, “o despedimento inmediato dun traballador é unha medida forte”.

De aí que a resposta do empresario á *gross misconduct* do traballador debe ser inmediata. Un atraso pode que sirva de base para que o Tribunal conclúa que, máis que de *gross misconduct*, a conducta mereza a consideración de *major misconduct*, coas consecuencias atenuantes que isto leva consigo, aínda que sen prexuízo de que excepcionalmente caiba un *summary dismissal* despois dun lapso considerable de tempo (*Refund Rentals Ltd v MCDermott*).

Como expresa UPEX (1997:169), no xulgamento do despedimento derivado da conduta do traballador, hai que ter en conta catro aspectos: a investigación desenvolvida polo empresario, a decisión de despedir, a adecuación do procedemento seguido e a eventual comisión dun ilícito penal (*criminal offence*). De novo –e en cuestións disciplinarias esta afirmación é dunha evidente transcendencia– para verificar se o empresario se conduciu ou non razoablemente.

En primeiro lugar, pois, o empresario ten que acreditar que desenvolveu unha investigación adecuada dos feitos. Non se trata dunha instrución cuase-xudicial con exame de testemuñas e acareos (*Ulsterbus Ltd v Henderson*), pero si dunhas indagacións prontas e precisas. Esíxese, cando menos, que o traballador teña ocasión de defenderse e que, en consecuencia, sexa oído, se oia así mesmo a algunha testemuña e se reúna material probatorio en canto sexa posible. En referencia ás testemuñas e á súa credibilidade, a doutrina xudicial foi abundante, pero se autolimitou de novo ó non entrar a valorar a propia credibilidade dos mesmos, senón simplemente se o empresario actúa de modo razoable ó outorgarlles credibilidade (*Lindford Cash and Carry Ltd v Thompson and Others*).

Agora ben, a investigación pode ser inadecuada, sobre todo cando se iniciase unha instrución penal ou unha actuación policial. Un exemplo moi evidente encóntrase en *Carr v Alexander Russell, Ltd*, en relación cun traballador sorprendido pola policía con certas pertenzas do empresario no seu poder. En tal caso, o Tribunal entendeu que o empresario non estaba obrigado a realizar investigacións a maiores. Polo contrario, o simple dato de que a policía vaia inculpar ó traballador non é de por si concluínte para o empresario, pois ben pode suceder que finalmente desista de facelo, de modo que se requirirá algunha indagación adicional da empresa.

Polo que atinxe á decisión de despedir, a idea clave xa foi reiteradamente exposta: o Tribunal non pode substituír ó empresario na adopción dunha decisión que só lle compete a el. A modo de exemplo, un despedimento non merece a consideración de *unfair* polo feito de que outro traballador, que cometese exactamente a mesma conducta que o despedido, se manteña na empresa (*Securitor Ltd v Smith*).

E ó empresario non lle incumbe a proba de que os feitos foron cometidos polo traballador sen dúbida algunha. Bástalle con acreditar que conta cun fundamento suficiente para soste-la creanza e que levou a cabo toda a actividade probatoria que resulta exisíble á vista das circunstancias do feito concreto (*British Home Stores v Burchell*). A este respecto, é moi ilustrativa a doutrina en torno ós despedimentos dun grupo de traballadores en casos nos que o empresario non pode individualizar condutas (*blanket dismissals*). En tales casos, con acreditar que se levou a cabo un labor investigador suficiente, o despedimento de todos eles pode cualificarse como *fair*, por máis que resulte evidente ou case evidente que a conducta non foi cometida por todos eles (*Parr v Whitbread & Co. plc*).

En terceiro lugar, hai que ter en conta o procedemento seguido. Sobre esta cuestión resulta dun moi notable interese a doutrina adoptada pola *House of Lords* no asunto *Polkey v A.E. Dayton Ltd.*, de acordo coa cal o único test para cualificar o despedimento é a razoabilidade da conducta do empresario. De aí que calquera defecto de procedemento non produce *per se* a cualificación do despedimento como *unfair*. En realidade, a cuestión consiste en verificar as garantías que debería ofrecer un empresario razoable á vista das circunstancias que rodean a conducta do traballador. Como mínimo, e salvo supostos moi evidentes nos que o incumprimento do traballador sexa especialmente flagrante e aleivoso, este debe ter a oportunidade de ser oído para poder defenderse, de modo que a omisión do trámite de audiencia producirá con toda probabilidade a declaración de *unfair*. De aí que, se dos actos coñecidos no momento do despedimento non é xusto despedir ó traballador sen maiores garantías, o despedimento cualificarase como *unfair*, aínda que a indemnización poderá reducirse ó máximo se máis tarde se esclarece e se acredita perante o Tribunal que os defectos de procedemento non comportaron unha decisión inxusta. Ademais, é necesario que o traballador poida coñecer as acusacións contra el e que o procedemento se desenvolva de acordo cos principios da boa fe (*Khanum v Mid-Glamorgan Area Health Authority*).

En canto á posibilidade de apelar no ámbito dun procedemento informal a decisión de despedimento, tamén hai que ter en conta certa doutrina da *House of Lords*, neste caso sentada en *West Midlands Co-operative Society Ltd v Tipton*, de acordo coa cal tamén pode considerarse como *unfair* o *dismissal* que se produce con omisión deste trámite ó que o empresario poida estar contractualmente obrigado. Agora ben, e nun

sentido inverso, debe recoñecerse que certos defectos de procedemento que puidesen conducir a un pronunciamento xudicial favorable ós intereses do traballador poden emendarse se as garantías se suplen na fase de apelación interna fronte ó despedimento (*Whitbread & Co plc v Mills*).

Por suposto, tanto no seguimento dun procedemento con garantías antes de que o empresario efectúe o despedimento, como na eventual apelación á que o traballador teña dereito de acordo cos termos explícitos ou implícitos do seu contrato, haberán de terse en conta tamén as posibilidades do empresario, en relación coa natureza e tamaño da empresa. E, nalgún caso, será así mesmo un factor que mereza consideración se o empresario ofrece emprego alternativo ó traballador, cando as circunstancias da conducta do traballador así o aconsellen (*Hamilton v Argyll and Clyde Health Board*).

E o Tribunal tamén debe ter en conta se se seguiron as indicacións do *Code of Practice on Disciplinary and Grievance Procedures in Employment*, aprobado no ámbito de *Advisory Conciliation and Arbitration Service* (ACAS), a última versión revisada procede de setembro de 2000, e establece as seguintes orientacións sobre un procedemento disciplinario: 1) que sexa por escrito. 2) Que especifique a quen se dirixe. 3) Que non incorra en discriminación. 4) Que tódolos asuntos se desenvolvan sen dilacións indebidas. 5) Que garanta que os procedementos, declaracións testificais e actas ostenten carácter confidencial. 6) Que indique as actuacións disciplinarias que terán lugar. 7) Que especifique as instancias da empresa que contan con autoridade para adoptar as diversas actuacións disciplinarias. 8) Que asegure ós individuais o dereito a seren informados das acusacións contra eles e, en canto sexa posible, todo o material probatorio, antes da audiencia. 9) Que asegure ós individuais a oportunidade de defender o seu caso antes de que se tome decisión algunha. 10) Que conceda o dereito ó traballador de acompañarse dun representante sindical ou dun compañeiro de traballo elixido por el mesmo. 11) Que garanta, agás casos de *gross misconduct*, que ningún traballador sexa despedido pola primeira infracción disciplinaria. 12) Que garanta que non se tome ningunha decisión ata que o caso fose coidadosamente investigado. 13) Que lles asegure ós traballadores sancionados unha explicación sobre as sancións impostas. E 14) que se estableza un dereito de apelación, normalmente ante un directivo máis antigo, e se especifique o procedemento que se ten que seguir. A doutrina recente pon de manifesto que se ten que prestar atención a estas indicacións (*Lock v Cardiff Railway Co Ltd*).

Finalmente, e en relación coa eventual comisión por parte do traballador dun ilícito penal (*criminal offence*), xa se advertiu que nalgunha ocasión pode relaxar a esixencia de que o empresario leve a cabo unha investigación minuciosa dos feitos. Agora ben, isto non é óbice, salvo en supostos excepcionais, para que ó traballador deba recoñecerse o dereito de defender o seu caso ante o empresario (*Clarke v Trimoco Motor Group Ltd*).

Noutra orde de cousas, o empresario deberá tomar en consideración tamén o feito de que o traballador mantivese unha conducta exemplar ó longo dun prolongado período de tempo (*City of Edimburg District Council v Stepehns*).

iii. *Redundancy*

A doutrina xudicial –*Williams v Compair Maxam Ltd*– describiu unha serie de criterios para verificar se o despedimento por *redundancy* é *fair* ou *unfair*. Entre eles, os seguintes: 1) a formulación de advertencias ós sindicatos e ós traballadores sobre a situación de *redundancy* para que uns e outros poidan presentar outras alternativas. 2) A consulta cos sindicatos e cos representantes dos traballadores sobre a aplicación das medidas o menos traumáticas posibles para os traballadores, en particular en todo o relativo á selección dos traballadores afectados. 3) A obxectividade dos criterios empregados na selección, sen que sexa posible ter en conta exclusivamente a opinión do empresario. 4) A posibilidade de ofrecer ós traballadores emprego alternativo. Aínda que estes criterios non son senón orientacións para inspirar o labor xudicial. Deben ser utilizados con cautela nas empresas pequenas (*Meikle v MCPHail*) e a conculcación de calquera deles non implica automaticamente que o despedimento deba cualificarse de *unfair*.

En relación coa posibilidade de que o empresario busque outras alternativas, estas podían consistir en restrinxir as novas contratacións, reducir ou eliminar as horas extraordinarias, introducir a modalidade de emprego compartido (*job-sharing*) ou decantarse polo *short-time*, entre outras. Por suposto, outra posibilidade consiste en recolocar ó traballador noutro posto de traballo, ou noutra empresa do mesmo grupo.

Polo que atinxe ás consultas, xa se dixo que, á marxe do deber legal da sec. 188 TULRCA, hai un deber individual de consultar como boa práctica da empresa, recollido no *Code of Practice*. O incumprimento do deber legal de consultas non implica que o despedimento sexa *unfair*, aínda que produce a posibilidade de demandar a indemnización en defensa do traballador. Si que constitúe criterio para cualificar o despedimento a falta de consultas individuais. Ó respecto, debe terse en conta que a celebración das consultas cos representantes legais non preinclúe que deban realizarse cos traballadores afectados (*Walls Meat Co Ltd v Selby*). O cal afecta tamén ás pequenas empresas, sen prexuízo de que as formalidades poidan ser inferiores. Todo isto, como en referencia a outras extincións, debe valorarse de acordo con criterios de razoabilidade, á vista das circunstancias e da información dispoñible no momento do despedimento. De aí que é posible que o despedimento sexa *fair* malia a ausencia de consultas, se estas foran inútiles, de acordo con dita información. Ou pode suceder que o despedimento se cualifique como *unfair*, pero o órgano xudicial limite a indemnización ata límites irrisorios, como se vai analizar máis adiante.

E en referencia á selección de traballadores, o criterio pode ser combatido por máis que se basee no costume. Se a empresa conta cun procedemento formalizado, debe seguilo, así como os criterios que se establecesen. Entre eles, o máis estendido é o de despedir ós traballadores con menos antigüidade (principio LIFO, *last in, first out* –último en entrar, primeiro en saír). Outros criterios comúns son a experiencia ou a superior capacidade. Corresponde ó empresario o seu establecemento, aínda que constitúe unha boa práctica acordalos co sindicato ou co representante dos traballadores. Canto máis vago resulte o criterio, máis intenso será o deber de consultar ós posibles traballadores afectados. Porque ó empresario non só lle incumbe o deber de establecer o sistema de selección, senón tamén o de administralo de boa fe.

Non é esixible –de feito non hai ningunha referencia ó respecto no *Code of Practice*– que o traballador conte cun procedemento interno de apelación contra a decisión do traballador. Pero tal procedemento pode ser útil –xa se analizou en relación co despedimento por mala conducta– para os efectos de arranxar vicios de procedemento– Por suposto, se se estableceu, hai que seguilo escrupulosamente.

iv. Despedimento derivado de restricción legal (*statutory restriction*)

No ordenamento inglés este suposto distínguese do de falta de capacidade ou de cualificación do traballador. Trátase de supostos nos que o empresario incorrería nun incumprimento legal se o traballador segue prestando servizos na empresa. Quizais o suposto máis evidente sexa o de falta ou retirada do permiso de conducir. Se o traballador segue prestando os seus servizos ó empresario en tales condicións, produciríase unha infracción da sec. 84 da *Road Traffic Act* de 1974 e o empresario pode ser considerado responsable. Aínda que, outra vez máis debe insistirse na esixencia, para que despedimento poida cualificarse como *fair*, de que o empresario actúe razoablemente e busque outras alternativas menos lesivas para o traballador que o despedimento (*Sutcliffe and Eaton Ltd v Pinney*). Debe ter en conta o período de tempo da retirada do permiso, as necesidades do negocio ou as posibilidades de realizar os cambios oportunos durante dito período (*Mathieson v WJ Noble*).

Outros supostos asimilables son a declaración de incompetencia dun traballador (*declaration of unsuitability*) por parte do *Department of Education and Science* (*Sandhu v Department of Education and Science and London Borough of Hillingdon*) ou os de incumprimento de certa normativa de hixiene no traballo incompatible con certas prácticas relixiosas, como a barba, que, en certas circunstancias, pode ser incompatible coas *Food Regulations* (*Gills v Wall's Meat Co Ltd*)

v. Calquera outra razón substancial (*some other substantial reason*)

Trátase dunha categoría residual de causas de despedimento, que pon de manifesto que en absoluto son taxativas. Normalmente, amparáronse nesta categoría as extincións derivadas da negativa do traballador a aceptar cambios nas súas condicións de traballo en circunstancias de dificultades económicas da empresa (*Wilson v Underhill House School Ltd*). En tales casos, se un acordo restrictivo é necesario, o empresario pode despedir ó traballador que se opón por *some other substantial reasons* (*R.S. Components Ltd v Irwin*). Claro que o despedimento só se cualificará como xusto cando o empresario actuase razoablemente, e ponderase factores como o prexuízo que se lle inflíxe ó traballador, a súa aceptación ou oposición ós cambios ou a postura adoptada pola organización sindical, sen que resulte indispensable que os cambios sexan vitais para a supervivencia da empresa (*Catamaran Cruiser Ltd v Williams*).

Por suposto, baixo esta categoría supletoria encontraron encaixe moi diversas situacións fácticas. Por exemplo, pode facer alusión ó despedimento dunha traballadora cualificada baseado en que o seu marido emprendera un negocio en competencia coa empresa, porque ela accedía a información confidencial (*Foot v Eastern Counties Timber Co Ltd*). Ou tamén ó despedimento dun traballador por ter cambiado a súa residencia a máis distancia do centro de traballo, imposibilitándose así a posibilidade de poder atender con prontitude as emerxencias que se presentasen (*Farr v Hoveringham Gravels Ltd*).

E hai dúas situacións, que no ordenamento español se consideran como extincións de contratos temporais –de interinidade– que no dereito británico se encadran como *dismissals for other substantial reasons*, de acordo coa sec. 106 ERA: a extinción do contrato dun substituto dun traballador indefinido con baixa por cuestións médicas, e a do substituto dunha traballadora embarazada.

5. Despedimentos especiais. *Automatically unfair dismissals*

Xa se fixo referencia a eles cando se aludiu ós supostos nos que a protección contra o *unfair dismissal* se concede malia que o traballador non reúna a antigüidade de un ano. Os fundamentais desenvólvense sumariamente nos seguintes parágrafos.

a. Despedimento por pertenza ou non pertenza a un sindicato, ou pola actividade sindical do traballador.

De acordo coa sec. 152(1) da TULRCA, o despedimento, ou a selección para despedimento por *redundancy* será automaticamente inxusto (*automatically unfair*) se a razón do mesmo é algunha das seguintes: 1) pertenza, ou propósito de pertenza a un sindicato independente (é dicir, non dominado polo empresario ou por un grupo de empresarios ou asociación empresarial, nin controlado polos mesmos). 2) Participación, ou propósito de participación nas súas actividades nun “tempo apropiado” (*appropriate time*, é dicir, fóra do tempo de traballo, ou en tempo de traballo, se así se pactou ou foi consentido polo empresario). 3) Non pertenza a ningún sindicato, ou a unha serie de sindicatos, ou negativa ou propósito de negativa a dita pertenza. Sobre estas causas, UPEX, 1997:187 ss.

Trátase das chamadas “*inadmissible reasons*”, profundamente modificadas dende a *Employment Act* de 1982 ata a *Trade Union Reform and Employment Rights Act* de 1993. Se se produce un despedimento por estas causas, a indemnización será de maior contía e concederase “remedio interino” (*interim relief*) nos termos que se describen *infra*. Agora ben, debe terse en conta que participar nunha folga pode merecer a consideración de actividade sindical, pero o despedimento en tales circunstancias non está especificamente protexido porque a actuación do traballador non se produce *at an appropriate time*.

Nestes casos, a carga da proba residénciase no empresario, que ten que convencer ó Tribunal de que a causa do despedimento é unha potencialmente xusta distinta da legalmente prevista. Aínda que, se o traballador reúne unha antigüidade inferior ó ano, é a este a quen corresponde probar que o despedimento se produciu por unha *inadmissible reason*.

b. Despedimento por participación do traballador en conflitos colectivos (*industrial action*).

Nesta regulación concreta de certos supostos nos que o despedimento queda á marxe do posible coñecemento dos *employment tribunals* ou, nalguna ocasión, é declarado como *automatically unfair*, maniféstase moi expresamente a lexislación característica do Goberno conservador británico dos anos oitenta e primeira metade dos

noventa, sempre proclive a restar protagonismo e marxe de manobra ós sindicatos e atacar as raíces que sustentan a súa acción colectiva (AUERBACH, 1990:1 ss.)

De acordo con SELWYN (2000:456), nesta materia hai que distinguir cinco situacións diferentes: 1) cando o empresario desenvolve un peche patronal (*lockout*). 2) Cando os traballadores participan nunha folga que non foi autorizada ou apoiada por unha organización sindical (xa que logo, unha *unofficial strike*), sempre que todos ou polo menos unha parte deles estean afiliados á organización sindical. 3) Cando, no suposto anterior, ningún dos folguistas estea afiliado á organización sindical. 4) Cando a organización sindical autoriza ou apoia a folga, pero non se cumpre algunha das esixencias legais para que a folga cumpra coas esixencias legais para merecer a consideración de *protected industrial action*, e, en consecuencia, a inmunidade fronte ás demandas por danos –sec. 219 TULRCA-. 5) Cando a organización sindical convoca unha folga que mereza a protección da sec. 219 TULRCA.

Ademais, hai que realizar unha ulterior distinción entre o despedimento mentres o traballador está participando nunha folga ou outro conflito colectivo –sec. 237 e 238- e o despedimento do traballador por ter participado en dita *industrial action*.

O peche patronal defínese na sec. 235(4)TULRCA como o peche do centro de traballo, ou a suspensión do traballo, ou a negativa do empresario a manter o emprego dos seus traballadores, co obxectivo de compelelos a aceptar os termos e condicións de emprego. Non supón necesariamente un incumprimento de contrato por parte do empresario e, no caso de que algún traballador demande por despedimento, o *Employment Tribunal* non poderá cualificalo como *fair* ou *unfair*, a menos que algún dos seus compañeiros en idénticas circunstancias non fose despedido –sec. 238(2)(a) TULRCA- ou que recibisen unha oferta de readmisión nos tres meses seguintes ó despedimento, a cal non se lle realizase ó accionante –sec. 238(2)(b). É a chamada *no picking and choosing rule*.

A segunda situación regúlase pola sec. 237 TULRCA. En tal caso –durante a participación nunha *unofficial strike* ou outro conflito colectivo-, os traballadores vense privados do dereito de demandar ó empresario por *unfair dismissal*. Debe distinguirse entre *unofficial strike*, na que algún dos participantes está afiliado á organización sindical e a folga na que ningún está afiliado, que non merece esa denominación. A sec. 237 só se aplica, pois, no caso de que algún ou tódolos participantes estea afiliado.

Sobre o concepto de folga vertéronse non poucos pronunciamentos, dos cales se pode destacar esta definición aportada por Lord Denning M.R. en *Tramp Shipping Corporation v Greenwich Marine Inc.*: “unha folga é un paro concertado do traballo realizado coa intención de mellorar os salarios ou condicións ou a acción de airear unha queixa ou realizar unha protesta sobre algún particular. É distinto dun paro derivado dun evento externo como unha ameaza de bomba ou unha situación de perigo”. E, en relación co concepto de participación na folga, aportouse o seguinte concepto en *Coates v Modern Methods & Materials Ltd*: “para que unha persoa tome parte nunha folga debe actuar conxuntamente ou en concerto con outros que deixan o seu traballo, e isto significa que debe deixar o seu traballo en defensa da súa reivindicación. O feito de que un home permaneza afastado do seu traballo durante unha folga non leva inevitablemente á conclusión de que está participando nela”.

Para o terceiro e cuarto casos, a solución é a mesma que para o suposto de que o empresario realice un peche patronal. En ámbolos dous, o traballador só poderá demandar por *unfair dismissal* cando non tódolos folguistas ou participantes noutra *industrial action* fosen despedidos ou algún deles recibise oferta de recolocación nos tres meses seguintes. Do mesmo modo, o traballador neste caso non ten dereito a unha indemnización por *redundancy*. Isto é así porque a folga constitúe un incumprimento do contrato por parte do traballador que habilita ó empresario para despedilo. De aí que, se o empresario despide a tódolos traballadores ou ofrece a todos recolocación despois do conflito, o *employment tribunal* carecerá de competencia para coñecer de calquera demanda. Non así cando houbo diferencias entre uns e outros traballadores, isto é, incumpríuse a *no picking and choosing rule*. Agora ben, que o empresario non estivese a esta regra non implica necesariamente que o despedimento deba cualificarse como *unfair*, porque pode demostrar, á vista das circunstancias concorrentes, que actuou de forma razoable (*Edwards v Cardiff City Council*). Ademais, tamén pode esperar máis de tres meses tralo despedimento dun folguista para ofrecer re-emprego a outro sen expoñerse á demanda de *unfair dismissal* do primeiro.

En realidade, o período de tres meses concíbese como un período de “arrefriado” (*cooling off period*) no que se pretende que o conflito entre traballador e empresario se resolva en termos honorables para ambas partes. De aí que, se hai recolocación, o traballador non pode declinar a oferta e accionar ante o *employment tribunal* (*Highland Fabricators Ltd v McLaughlin*). A oferta debe ser individual ó traballador afectado, sen que se equipare a ela o anuncio xeral realizado a tódolos que participaron no conflito.

E a doutrina xudicial cualificou como *other industrial action* medidas de conflito tales como o traballo a regulamento, o traballo lento, o traballo sen entusiasmo, ou a negativa a realizar horas extraordinarias (SELWYN, 2000:459).

Agora ben, xa se trate dunha *unofficial strike* ou dunha folga non protexida, o *employment tribunal* gozará de xurisdicción se o despedimento durante a *industrial action* se produce en relación cun traballador protexido e por causa de embarazo ou maternidade, permiso parental, exercicio de funcións en relación coa seguridade e saúde no traballo, exercicio de dereitos derivados da normativa de tempo de traballo, pola condición de representante dos traballadores, pola afirmación dun dereito legal ou por circunstancias similares.

Por último, a TULRCA regula na sec. 238A TULRCA o suposto do despedimento dun traballador que participa nunha folga protexida –*protected industrial action*–, pola cal, por mandato da sec. 219, a organización sindical goza de inmunity fronte á acción *in tort* por parte do empresario. De acordo coa sec. 238A, cualificarase como *automatically unfair* o despedimento que teña lugar: 1) dentro dun período de seis semanas contadas a partir do día no cal o traballador comezou a súa participación na folga, 2) despois do final do prazo de oito semanas, se o traballador cesou a súa participación antes da finalización do mesmo, ou 3) despois do final do prazo de oito semanas, se o empresario non deu pasos razoables para resolver o conflito. Por suposto, como se trata dun *automatically unfair dismissal*, non se aplica o período de cualificación de un ano. E igualmente *unfair* será a selección dun traballador nun suposto de *redundancy* polo feito de ter tomado parte neste tipo de *industrial action*. (sec. 105 ERA). Por supos-

to, o Tribunal non pode ordenar a readmisión ou recolocación do traballador antes de que remate a folga.

c. Despedimento por presión dos traballadores ou das organizacións sindicais (*industrial pressure*)

De acordo coa sec. 107 da ERA, o Tribunal non pode tomar en consideración certas presións das que o empresario sexa obxecto por parte de terceiros á hora de cualificar o despedimento. “*Pressure*”, para estes efectos, defínese como a convocatoria, organización, consecución ou financiamento dunha folga ou outra acción similar, ou ameaza de folga ou *industrial action*, que se exercita para que o empresario despida a un traballador. En realidade, o precepto diríxese a evitar a toma en consideración da folga ou de actuacións próximas, para que a cualificación do despedimento como *fair* ou *unfair* se realice prescindindo desta motivación inmediata que poida ter o empresario. En realidade, este precepto motivará en case tódalas ocasións un pronunciamento de que o despedimento é inxusto, pero a indemnización poderá reducirse pola actitude pouco cooperativa do traballador, cando non coadxuve á empresa para superar a situación producida (*Ford Motor Co Ltd v Hudson*).

Pola súa banda, a sec. 160 da TULRCA refírese a unha situación próxima: a dun empresario que soporta calquera tipo de *industrial action* ou é ameazado con ela e despide a un traballador polo feito de non afiliarse a un sindicato, ou a calquera sindicato. Resulta fácil advertir que esta regra se dirixe a dificultar que poida executarse efectivamente unha cláusula de seguridade sindical como a *union shop*. O precepto prevé que, nestes casos, o empresario pode solicitar ó Tribunal que sexa chamada ó proceso a persoa ou a organización á que se identifica como instigadora da *industrial action*. E que o Tribunal poida condenala a pagar total ou parcialmente a indemnización que estableza en favor do traballador.

d. Despedimento en caso de maternidade e permiso parental

Esta cuestión regúlase na sec. 99 da ERA e nas *Maternity and Parental Leave Regulations*, en vigor estas últimas dende o 15 decembro 1999, e destinadas unha e outras basicamente á transposición ó ordenamento británico da Directiva 92/85/CE. Como idea básica, o despedimento dunha traballadora debe considerarse *unfair* cando a súa causa sexa o seu embarazo, parto, maternidade, permiso ordinario de maternidade (*ordinary maternity leave*), permiso adicional (*additional maternity leave*), permiso parental (*parental leave*) ou redución de xornada por garda legal (*time off work to look after dependants*). Tamén é *unfair* en tales casos o seu despedimento por causa de *redundancy*, aínda que cos matices que se pasan a describir previstos na sec. 10 das *Regulations* de 1999.

Ademais, de acordo coa sec. 71(4)(c) ERA, un novo pai ou nai ten o dereito, recoñecido legalmente, de volver ó seu traballo despois do *ordinary* ou do *additional leave*.

Non será *automatically unfair* o despedimento antes do final do permiso adicional de maternidade cando o número de traballadores da empresa non exceda de cinco e non sexa razoablemente posible para o empresario ou para outro do mesmo grupo ofrecerlle emprego apropiado á vista das circunstancias concorrentes. Tampouco o será o des-

pedimento por razón distinta de *redundancy* en tales casos, cando un empresario do mesmo grupo lle ofrece un traballo adecuado e a traballadora o rexeita inxustificadamente (reg. 20). E, ademais, tampouco será *automatically unfair* o despedimento ó final do permiso adicional cando a traballadora non comunicase ó seu empresario, pese a ser requirida para isto, a súa intención de volver ó traballo despois do mesmo.

Se por causa de *redundancy* non é posible que a traballadora continúe no mesmo posto, ten dereito a que se lle ofrezca emprego alternativo, de telo, xa sexa polo propio empresario ou por un empresario do mesmo grupo, sempre e cando as condicións de traballo e, en especial, o lugar de prestación de servizos non sexan substancialmente menos favorables (reg. 10). Se non recibe tal oferta, o despedimento é, de novo, *automatically unfair*.

No ordenamento inglés, a diferenza do español, a protección fronte ó despedimento da traballadora embarazada faise depender de que o empresario coñeza a situación da traballadora. Se a despide sen sabelo, e por razón para nada conectada con ditas situacións, o despedimento non é contrario á sec. 99 ERA. Igualmente sucede se é seleccionada para *redundancy*, sen que a selección garde relación coas mesmas.

e. Despedimento en casos relativos á seguridade e á saúde

A *Trade Union Reform and Employment Rights Act* de 1993 introduciu o dereito a demandar por despedimento inxusto en casos relativos a seguridade e saúde dos traballadores, que agora se refundiu na sec. 100 da ERA, en transposición da Directiva 89/391/CEE. De acordo con este precepto, será *automatically unfair* o despedimento producido por algunha das seguintes circunstancias: 1) desempeñar ou pretender desempeñar actividades relativas á prevención ou redución de riscos á saúde ou á seguridade no traballo, despois de ter sido designado polo empresario. 2) Desenvolver, ou pretender desenvolver funcións relacionadas coa condición de representante en materia de seguridade e saúde, ou de membro do comité de seguridade (*safety committee*), ou ter participado en consultas co empresario en seguimento das *Health and Safety (Consultation with Employees) Regulations* de 1996, ou nas eleccións a representantes especializados (como candidato ou en calquera outra condición). 3) Por ter chamado a atención do empresario por medios razoables sobre circunstancias conectadas co seu traballo que o traballador considera daniñas ou potencialmente daniñas para a súa seguridade ou saúde, se non hai representantes dos traballadores ou comité de seguridade, ou os hai pero non é razoablemente posible suscitar tales cuestións a través deles. 4) Por ter deixado o traballo, proposto deixar ou, en canto o risco persista, rexeitar volver ó mesmo ou a algunha parte perigosa do centro, en circunstancias de perigo que o traballador considere razoablemente serio e inminente, e que non poida esperarse que el evite. 5) Por ter adoptado, ou propoñerse adoptar as medidas adecuadas para protexerse a el ou a outras persoas en perigo en circunstancias de risco que razoablemente crea que é grave e inminente. A adecuación das medidas haberá de valorarse á luz das circunstancias, tomando en consideración os seus coñecementos, as facilidades e o asesoramento existentes. Neste último caso, o despedimento non será *automatically unfair* se o empresario mostra que as medidas adoptadas polo traballador son ou terían sido tan negligentes que calquera empresario razoable tería tamén despedido ó traballador.

f. Despedimento por afirmación ou exercicio dun dereito legal

Trátase de despedimentos análogos ós producidos no noso ordenamento en violación do dereito de indemnidade. De acordo co art. 104 da ERA, será inxusto o despedimento dun traballador que interpuxera demandas contra o seu empresario para facer efectivo un dereito legal ou afirmase que o empresario infrinxiu un dereito seu protexido legalmente. Para tales efectos, tómanse en consideración os dereitos contidos na ERA podendo combaterse o seu cumprimento mediante unha demanda ou petición a un *employment tribunal* ou os seguintes dereitos da TULRCA: 1) dereito a non sufrir deducións non autorizadas excesivas do seu salario por débitos á organización sindical, ou pagamentos non autorizados ó fondo de acción política (*political fund*) do sindicato. 2) Dereito a non sufrir represalias derivadas da súa afiliación ou non afiliación a un sindicato. E 3) Dereito de crédito de horas (*time off work*) para actividades ou deberes sindicais. Ademais, tamén teñen a consideración de *relevant statutory rights* os dereitos outorgados polas *Work Time Regulations*, polas *Part-Time Workers (Prevention of less Favourable Treatment) Regulations 2000* e polas *Transnational Information and Consultation of Employees Regulations 1999*.

Igualmente, será inxusta a selección dunha persoa para os efectos de *redundancy* por algunha das razóns listadas no parágrafo anterior. E protéxese tamén a situación que ampare un *constructive dismissal* a iniciativa do traballador. É dicir, se o traballador percibe que foi privado dos seus dereitos legais, pode reaccionar en consecuencia extinguindo o seu contrato.

Para os efectos da cualificación de *unfair*, non é transcendente que o traballador de feito sexa titular do dereito que esgrime, senón que o alegue ou o demande de boa fe. E tampouco o é que o traballador se ampare explicitamente na sec. 104 ERA, se resulta claro para o empresario que se alega vulneración dun dereito legal. Polo contrario, o traballador si que debe, para que o despedimento mereza a consideración de *automatically unfair*, identificar o concreto dereito presuntamente vulnerado polo empresario (*Mennell v Newell & Wright (Transport Contractors) Ltd*).

g. Outros

Sen facer a exposición máis extensa, só corresponde citar outros supostos específicos de *automatically unfair dismissal*: despedimentos discriminatorios, despedimentos de traballadores do comercio e de apostas por negarse a traballar en domingos, despedimentos de traballadores membros dos órganos de administración dos sistemas complementarios de previsión social ou despedimentos de representantes dos traballadores no marco dun procedemento de sucesión de empresas ou de despedimento colectivo ou de candidatos que participen nun procedemento electivo a representante dos traballadores.

6. Efectos do *unfair dismissal*

a. O remedio cautelar (*interim relief*)

Trátase dunha medida cautelar establecida basicamente para os despedimentos por razóns sindicais, expresamente combatidos pola sec. 152 TULRCA –ser ou pretender

ser afiliado dun sindicato independente, ou non selo, ou ter tomado parte ou pretender tomar parte en actividades sindicais-, aínda que se aplica tamén a outros tres supostos: 1) cando o traballador alega que foi despedido por algunha razón relacionada coa seguridade e saúde, en contravención da sec. 100 ERA. 2) Cando alega que foi despedido por algunha razón relacionada coas súas funcións como membro do órgano de administración dos sistemas complementarios de previsión social (sec. 102 ERA). E 3) Cando alega que foi despedido por algunha razón conectada co desenvolvemento das súas funcións como representante dos traballadores en incumprimento da sec. 103 ERA.

O traballador debe solicitala no prazo de sete días dende a data de despedimento. E, no caso de despedimentos por razóns sindicais, e dentro do mesmo prazo, o traballador debe aportar un certificado escrito asinado por un representante do sindicato no que se poña de manifesto a afiliación ou intención de afiliarse do traballador, así como que hai razoables indicios para supoñer que a causa do despedimento é a alegada na demanda.

O Tribunal debe remitir ó empresario unha copia da solicitude e, de ser o caso, do certificado, e notificar a data da vista cunha antelación de sete días. Na vista, o órgano xudicial debe valorar as perspectivas de que a demanda de despedimento sexa estimada (*pretty good chance of success*). Debe expresar as súas valoracións, as súas potestades e as circunstancias nas que as exercerá. E debe preguntar ó empresario se está en condicións de readmitir (*to reintate*) ou reempregar (*to re-engage*) ó traballador despedido. Se está en condicións de readmitilo, o Tribunal ordenará a readmisión. Se só de reempregalo en determinadas condicións, debe preguntar ó traballador se acepta tales condicións e, se a resposta é positiva, ordenar o reemprego. Se é negativa, ten que valorar se a postura do traballador é razoable e, en tal caso, ordenar a continuación do contrato de traballo. En caso contrario, o Tribunal non evacuará ningunha resolución.

Se o empresario non comparece, ou non cumpre a orde de readmisión, o Tribunal ordenará a continuación do contrato de traballo. A continuación implica que o contrato permanece vixente ós efectos salariais, de antigüidade, prestacións sociais e calquera outro beneficio derivado do contrato, ata que a demanda se resolva, ou se concilie. Para asegurar a continuidade de todas estas prestacións, o Tribunal poderá dictar cantas resolucións sexan necesarias.

Ata o momento de resolución da demanda, calquera das partes pode solicitar do Tribunal a variación ou anulación do *interim relief*, por causa de variación substancial das circunstancias.

b. Resolucións de readmisión (*reinstatement*) e reemprego (*reengagement*)

Cando un *employment tribunal* cualifica o despedimento como *unfair*, poñeralle de manifesto ó traballador que pode evacuar unha orde de readmisión ou reemprego e preguntarlle se desexa un pronunciamento deste tipo. En caso afirmativo, o órgano xudicial pode -pero non está obrigado- adoptar unha destas dúas resolucións. Así pois, ó Tribunal lle corresponde unha ampla marxe de discrecionalidade. En primeiro lugar, debe considerar a posibilidade de readmisión, tendo en conta tres criterios: 1) os propios desexos do traballador, 2) se é posible (*practicable*) para o empresario executar a resolución de readmisión, e 3) se o traballador contribuíu dalgunha maneira a que fose des-

pedido. Despois de, de ser o caso, desestimar a posibilidade de readmisión, o Tribunal ten que valorar a alternativa do reemprego, utilizando para isto os mesmos tres criterios enunciados.

Evidentemente, o principal criterio que vai condicionar a readmisión ou o reemprego é que sexa practicable. Sobre o particular, debe deixarse claro que o órgano xudicial non pode ter en conta o feito de que o empresario contratase a un substituto permanente, salvo que se produza unha das dúas seguintes circunstancias: 1) que fose de todo punto indispensable para o empresario contratar de inmediato un substituto do despedido. 2) Que transcorrese un lapso de tempo razoable sen que ó empresario lle chegasen noticias de que o traballador despedido quixera ser readmitido ou reempregado, nunha situación en que non fora esperable dun empresario razoable que agardase máis tempo sen contratar un substituto.

Polo demais, a doutrina xudicial enunciou unha serie de criterios sobre se as ordes de readmisión ou de reemprego son posibles. Entre outras, as seguintes, relativas a situacións en que non procederán: 1) cando o despedimento sexa por causa de *redundancy*, ou cando a readmisión poida producir unha situación de *redundancy* (*Cold Draws Tubes Ltd v Middleton*). 2) Cando o demandante estea incapacitado para o traballo (*Rao v Civil Aviation Authority*). 3) Cando haxa importantes desavinzas ou persoal animosidade do traballador co empresario ou cos seus compañeiros (*Coleman v Magnier Joinery Ltd*). 4) Cando se trata dunha pequena firma, con escaso persoal, a readmisión ou o reemprego só pode ordenarse en excepciónais circunstancias, porque hai unha relación demasiado estreita entre as partes (*Enessy Co SA v Minoprio*). 5) Cando haxa unha forte perda de confianza entre as partes (*Nothman v London Borough of Barnet*), ou ben o despedimento se producise precisamente a causa desa perda de confianza (*Wood Group Heavy Industrial Turbines Ltd v Crossan*). 6) Cando a orde poida resultar ineficaz (*ILEA v Gravett*). E 7) cando o posto de traballo desaparecese como consecuencia dunha reorganización (*Thamesdown Borough Council v Turrell*).

En resumo, a aproximación dos Tribunais a esta cuestión foi particularmente subxectiva e flexible, pois interpretaron con gran lasitude o termo “practicable”, converténdose así as ordes de readmisión ou reemprego na excepción e non na regra. Como pon de manifesto UPEX (1997:245), as estatísticas mostran que se realizan poucas ordes de *reinstatement* e de *reengagement*. Como noutras ocasións, novamente debe expresarse que o Tribunal non pode substituír o criterio do empresario polo seu propio e só lle corresponde velar pola razoabilidade das decisións adoptadas pola empresa.

Se o Tribunal dicta unha resolución de readmisión, o empresario debe tratar ó traballador como se non o tivera despedido. O Tribunal debe fixar os salarios de tramitación (*arrears in pay payable to the employee*), os seus dereitos e condicións máis beneficiosas, tales como antigüidade ou dereitos pasivos e a data en que a orde debe ser cumprida. E se o traballador se beneficiase dunha mellora nas súas condicións de traballo se non fose despedido, a resolución debe recoñecerla. Polo que respecta á resolución de reemprego, debe proporcionárselle ó traballador un emprego similar (*comparable employment*), ou outro que sexa conveniente para o traballador. A resolución debe incluír os termos do reemprego: identidade do empresario, natureza do posto de traballo, salario, atrasos que deben ser aboados, dereitos e condicións máis beneficiosas que deben ser restituídas e a data en que debe ser cumprida.

E, en regra parecida á española referida a salarios de tramitación, o Tribunal debe reducir a responsabilidade do empresario tomando en consideración calquera suma recibida polo traballador entre o despedimento e a readmisión ou re-emprego, por conceptos tales como indemnización por falta de aviso previo, salarios obtidos nun novo emprego, liberalidades, dereitos de Seguridade Social e calquera outro concepto que o Tribunal considere.

c. Indemnizacións (*compensation awards*)

Trátase da consecuencia fundamental do *unfair dismissal*. Debe terse en conta, en primeiro lugar, que é posible que o Tribunal dicte unha orde de *reinstatement* ou *reengagement* e, ademais, resolva o aboamento dunha indemnización ó traballador, sempre que aquela non fose cumprida en toda a súa extensión. Se a orde de readmisión ou re-emprego non foi cumprida en absoluto, ou o Tribunal non a emitíu, se resolverá o pagamento dunha indemnización, na cal poderán incluírse tres conceptos diferenciados: 1) indemnización básica (*basic award*), indemnización compensatoria (*compensatory award*) e indemnización adicional (*additional award*).

i. Indemnización básica (*basic award*)

En dous supostos concretos, a indemnización básica será dunha cantidade de dúas semanas de salario, cun módulo salarial máximo de 250 libras esterlinas por semana. Nos demais, dependerá do salario do traballador, da súa idade e dous anos de prestación efectiva de servicios.

Os supostos concretos de indemnización básica equivalente a dúas semanas de salario son os seguintes: 1) cando o traballador fose despedido por *redundancy*, pero non ten dereito á indemnización correspondente porque rexeitou de modo inxustificable o emprego alternativo que lle foi ofrecido, ou demite deste nas catro primeiras semanas. 2) Cando non pode considerarse que fose despedido porque se lle ofreceu renovación do seu contrato temporal ou re-emprego por medio dun novo contrato. Así pois, aínda no caso de non renovación dun contrato temporal por demisión do traballador, este terá dereito a unha indemnización equivalente a dúas semanas de salario.

A indemnización básica no suposto xeral será de unha semana e media de servizo polos anos nos que o traballador traballou por encima dos corenta e un anos de idade, de unha semana de salario polos anos en que a súa idade oscilaba entre vintedous e corenta e un anos e de media semana polos anos en que tiña menos de vintedous. Como máximo se terán en conta vinte anos de emprego, e o salario semanal base de cálculo non pode exceder de 250 libras, de modo que a *basic award* máxima non excederá de 7500 libras. Se o traballador ten máis de 64 anos, a súa contía reducirase nun doceavo por mes, ata os sesenta e cinco anos en que xa non terá dereito a indemnización básica.

E hai unha regra especial para os casos de despedimento por razóns sindicais, exercicio de funcións en relación coa seguridade e saúde no traballo ou por ostentar a condición de membro dos órganos de administración dos sistemas complementarios de previsión social ou de representante dos traballadores nos períodos de consultas. De acordo con ela, a indemnización mínima será de 3370 libras.

En canto á posibilidade de reducir a *basic award*, existen tres supostos que se deben ter en conta: 1) no caso de que o empresario ofrecese readmisión ó traballador –non reemprego- e o traballador o rexeitase inxustificadamente, o Tribunal pode reducir a indemnización na contía que considere adecuada. 2) Se a conducta do traballador previa ó despedimento ou ó aviso previo xustifica unha redución, o *employment tribunal* pode practicala. Normalmente, trátase de condutas que propiciasen o despedimento, aínda que hai excepcións. Entre elas, abusos de confianza como favorecer a unha empresa da competencia ou realizar furtos. Esta dedución non procede se a causa de despedimento é a *redundancy*, agás nos casos en que a indemnización mínima é de 3370 libras. E, dentro destes, tampouco se realizará se a selección para a *redundancy* se debe á afiliación ou non afiliación a un sindicato ou a actividades sindicais. 3) Se se trata dun despedimento por *redundancy*, a contía da indemnización correspondente deducirase da *basic award*. O cal producirá na maioría das ocasións a extinción do dereito a esta última. Pero se a alegación de *redundancy* é fraudulenta, non se practicará a dedución.

A *basic award* nace coa simple declaración de que o despedimento é *unfair*, e aínda que o traballador non sufrise efectivamente perdas ou non fíxese nada para mitigar o dano que lle produza a extinción do contrato por vontade do empresario. Tampouco pode reducirse por calquera outro pagamento que o empresario lle realice ó traballador con ocasión do despedimento, salvo que se manifeste inequivocamente que dito pagamento é substitutorio da contía total que correspondería por *unfair dismissal* (*Chelsea Football Club and Athletic C Ltd v Heath*).

ii. Indemnización compensatoria (*compensatory award*)

Esta indemnización ten por obxecto compensar as perdas que sufrise o traballador como consecuencia do despedimento e establececase polo Tribunal, á vista das circunstancias, na contía que estime xusta e equitativa (*just and equitable rule*), incluíndo os gastos en que incorrese o demandante e a perda de expectativas de dereito. E, baixo a mesma *just and equitable rule*, deberá deducir parte da contía en caso de conducta concorrente do traballador que propiciase o despedimento.

Ó abeiro desta *rule*, o *employment tribunal* ten unha ampla marxe de discrecionalidade, para tomar en consecuencia, vg., condutas previas ó despedimento que non fosen coñecidas ata posteriormente, despedimentos declarados *unfair* a causa do defectuoso procedemento, pero que tiveran sido xustos se se tramitasen correctamente, ou despedimentos por *redundancy* declarados inxustos única e exclusivamente pola falta de consultas co traballador ou cos seus representantes legais.

Para o cálculo da *compensatory award* a lei non establece un máximo semanal de salario, pero fixa un tope que na actualidade é de pouco máis de 53 mil libras esterlinas, cantidade que pode ser superada no caso de indemnización adicional (*additional award*). O Tribunal debe expresar, aínda que só a grandes trazos, os conceptos que lle conducen á contía fixada, e en ela só se poden ter en conta perdas económicas, non morais, agás nos casos de despedimentos discriminatorios, e sen prexuízo de que se tomen en consideración conceptos tales como perda da reputación. Trátase, en suma, de compensar ó traballador, non de penalizar ó empresario. A carga da proba sobre os prexuízos sufridos lle corresponde ó traballador, aínda que a doutrina xudicial facilitou en certa medida a xustificación das perdas.

De acordo con SELWYN (2000:377) hai que traer a colación seis conceptos: 1) a inmediata perda de ganancias. 2) As futuras perdas. 3) Os gastos. 4) A perda de dereitos legais. 5) A perda de dereitos pasivos complementarios. 6) E a frustración do procedemento de apelación interno.

A inmediata perda de ganancias fai referencia a tódalas cantidades que o traballador deixou de cobrar no período que transcorre dende o despedimento ata o pronunciamiento xudicial. Inclúe o salario, incentivos, medio de horas extraordinarias e incrementos a que o traballador tivera dereito, así como propinas, gastos, perda da oportunidade de recibir unha indemnización por *redundancy*, utilización de vehículo de empresa, vivenda gratuíta ou subsidiada ou bonos de comida. Polo contrario, haberá que deducir os salarios obtidos nun novo emprego, se este fora de inferior salario, ou o tempo total do novo emprego se estivese mellor retribuído. En relación con todas estas cuestións propiciouse unha abundante doutrina xudicial.

Polo que respecta ás prestacións de Seguridade Social, a prestación por desemprego (*jobseekers' allowance*) non se deduce, aínda que se somete a regras de devolución (*recoupment provisions*). En relación coa invalidez e con certos subsidios asistenciais, así como coa indemnización por xubilación anticipada, hai regras contradictorias, aínda que, en xeral, procede a dedución da primeira e non así dos subsidios e da xubilación anticipada.

Non se deduce, porque se trata dun dereito legal, a indemnización por falta de aviso previo, nin sequera no caso de que o traballador obteña novo emprego antes da finalización do teórico prazo incumprido, se ben cabe a dedución pola contía que exceda do mínimo legal.

As futuras perdas refírense a conceptos as máis das veces simplemente especulativos, en relación cos cales ó Tribunal non lle cabe senón acudir á *just and equitable rule*. Hai que estar ás particulares circunstancias do traballador despedido e do seu contorno: idade, saúde, condicións do emprego na rexión, oportunidades de colocación no sector da súa ocupación habitual, situación económica xeral. Hai regras comunmente aplicables, aínda que sempre sometidas ó criterio do Tribunal, como a maior dificultade de encontrar emprego para os traballadores de idade madura, ou a equiparación ás ganancias anteriores no caso dos traballadores que se auto-empregan. Tamén poden tomarse en consideración datos como que o traballador en todo caso tería perdido o seu emprego –vg., por unha situación crítica da empresa– ou que posteriormente ó despedimento sofre unha enfermidade de longa duración que o tería mantido lonxe do mercado de traballo. Ou que cabe descontar parte da contía polo pronto pagamento do empresario.

O Tribunal poderá tomar en consideración os gastos razoables en que incorrese o traballador como consecuencia do despedimento. Entre eles, viaxes para entrevistas ou para buscar novo emprego. Aínda que non os gastos e as expensas procesuais en que incorra o traballador pola demanda contra o seu empresario.

A perda de dereitos legais, tales como o ano de prestación de servizos para demandar no futuro por *unfair dismissal*, compénsase con sumas modestas –preto de 200

libras-. Tamén se pode tomar en consideración, vg., a perda do dereito ulterior a un prolongado período de aviso previo nos casos dos traballadores máis antigos.

A perda de dereitos pasivos complementarios depende da natureza dos mesmos: se son de achega definida (*money purchase scheme*) ou de prestación definida (*final salary scheme*). Para que o Tribunal cuantifique a perda, pode basearse nas orientacións actuais do Goberno (*Government's Actuary's Guidelines Industrial Tribunals-Compensation for Loss of pension rights*). Aínda que, se a prestación é trasladable co traballador, a perda é mínima.

En último lugar, polo que respecta á frustración do procedemento de apelación interno, se este existe, pero o empresario evitou que o traballador o utilice, o Tribunal pode impoñer unha indemnización adicional, dentro da *compensatory award*, que non exceda de dúas semanas de salario.

Polo que respecta á posibilidade de reducir a contía da *compensatory award*, o Tribunal considerará tres cuestións: 1) o deber do traballador de mitigar as perdas, 2) a conducta concorrente do traballador que propiciou en certa medida o despedimento do que foi obxecto e 3) a conexión indirecta da perda co despedimento (*remoteness of loss*).

Como regra xeral, a doutrina xudicial estableceu o principio de que ó traballador lle incumbe o deber de mitigar as súas perdas na medida do posible (*Scottish and Newcastle Breweries plc v Halliday*). Para verificar se o fixo, haberá que tomar en consideración as súas aptitudes, circunstancias persoais, saúde, e demais criterios que o afecten individualmente. Trátase dunha cuestión de feito, pero facilmente verificable en ocasións, como cando o empresario ofrece readmisión ou reemprego ó traballador e este rexeita a oferta –dito sexa de paso, este criterio de redución vai fomentar que o empresario realice ofertas de recolocación ó traballador-. Ademais, pode reducirse a indemnización nunha contía non superior a dúas semanas de pagamento polo feito de que o empresario ofrecese fidedignamente un procedemento de apelación interno ó traballador e este o rexeitase. Por suposto, a carga da proba sobre a negligencia do traballador corresponde ó empresario.

Se o Tribunal estima que o traballador contribuíu coa súa propia conducta ó despedimento, reducirá a *compensatory award* na contía que considere xusta e equitativa. Ó respecto, no asunto *Nelson v BBC*, propúxose a seguinte argumentación: a conducta do traballador ha de ser culpable ou negligente. Tal conducta debe ser a causa ou ter contribuído ó despedimento. E, en consecuencia, debe ser *just and equitable* reducir a indemnización compensatoria nunha concreta proporción. Entre outras, rexistráronse condutas tales como negativas a cumprir as regras da empresa, utilizar os medios da empresa para fins privados, observar unha conducta non cooperativa, omitir desculparse por actuacións equivocadas, non xustificar ausencias non autorizadas, rexeitar dar explicacións sobre certas condutas, ou atrasarse en regresar ó traballo despois das vacacións. Non deben ser tidas en conta, polo contrario, circunstancias que non poden ser imputadas ó traballador, tales como mala saúde ou incompetencia non negligente. Non é necesario, por outra parte, que a conducta do traballador fose a causa eficiente do despedimento, senón que basta con que contribuíse á decisión da empresa. E debe terse en conta que os traballadores con máis altas responsabilidades están máis expostos a reducións da *compensatory award* por *contributory conduct* (*Mc Phail v Gibson*).

Por suposto, se o despedimento se deriva da afiliación a un sindicato, ou da negativa a afiliarse, ou á actividade sindical, non caberá deducir cantidade algunha pola conducta concorrente do traballador, polo feito de afiliarse, ou non facelo, ou pola actividade sindical.

En non poucas ocasións, os Tribunais decidiron porcentaxes realmente altas de dedución, que alcanzan o 80 ou incluso o 90 por 100 do total. Ó respecto, non hai límite, e incluso é posible que se practique nun 100 por 100 cando isto sexa o xusto e equitativo, como declarou a *House of Lords* en *Maris v Rotherham Corpn.* De aí que, se o traballador é totalmente responsable do despedimento, non é razoable outorgar indemnización algunha en concepto de *compensatory award*.

A terceira e última cuestión que debe valorar o *employment tribunal* é a conexión máis indirecta da perda co despedimento. A dúbida consiste en dilucidar ata que punto debe outorgarse *compensatory award* en casos nos que o prexuízo económico non pode verificarse ata certo tempo despois do despedimento ou por causa de certas decisións do traballador. Neste sentido, vg., reconeceuse indemnización porque o novo emprego está peor retribuído có anterior, ou é de carácter temporal e o contrato extínguese ós poucos meses (*Dench v Flynn & Partners*), pero non porque o traballador realiza un curso de readaptación profesional (*Simrad Ltd v Scott*).

iii. Indemnización adicional (*additional award*)

Pode impoñerse nos casos nos que o empresario ignora unha orde xudicial de readmisión ou reemprego. Non se impoñerá se o empresario mostra que o seu cumprimento resultou imposible. Tamén se decidirá esta *additional award* nos casos de negativa á recolocación cando o despedimento se produza por motivos discriminatorios derivados de raza, sexo ou minusvalías, ou represalia por afiliación a un sindicato, representación dos traballadores, pertenza ós órganos de administración dos sistemas complementarios de previsión social, incumprimento de cláusulas sobre tempo de traballo, ou motivos relacionados coa seguridade e saúde no traballo. Nestes casos, a indemnización adicional oscilará entre vinteseis e cincuenta e dúas semanas, nunha contía semanal que non excederá de douscentos cincuenta libras esterlinas.

d. Devolución da prestación por desemprego

Entre as cantidades incluídas na *compensatory award*, un concepto fundamental refírese, como se describiu, á perda de ganancias. Este concepto é incompatible co *job-seekers allowance*. De aí que o empresario debe devolver unha cantidade equivalente á contía recibida polo traballador en concepto de prestación por desemprego e, conseguintemente, o Goberno está lexitimado para instar do empresario a súa devolución, a cal producírase no propio proceso de despedimento. Deste procedemento de devolución están excluídas as conciliacións extraprocesuais.

e. Garantía en caso de insolvencia do empresario

En caso de insolvencia do empresario, certas cantidades endebedadas ós traballadores poden ser pagadas polo Fondo Nacional de Garantía (*National Insurance Fund*). De acordo coa sec. 183 ERA, isto sucederá en situacións de quebra (*bankruptcy*), liqui-

dación (*being wound up*), orde de administración (*administration order*), nomeamento de administrador ou síndico (*receiver*) e acordo voluntario aprobado ó abeiro da *Insolvency Act* de 1986. Polo que respecta ás cantidades derivadas da extinción do contrato de traballo, o *National Insurance Fund* aboa as cantidades endebedadas polo empresario en concepto de aviso previo legal mínimo, aínda que sen prexuízo da aplicabilidade da regra de que o traballador está obrigado a mitigar as súas perdas (*Secretary of State for Employment v Wilson*). E tamén a *basic award* por *unfair dismissal*, aínda que non así a *compensatory award* ou calquera indemnización máis elevada que o empresario poida endebedar ó traballador. A contía máxima pola que responde o *Fund* é de 250 libras semanais.

A COBERTURA DO DESEMPREGO NO REINO UNIDO

I. XENERALIDADES

Ata o ano 1995 existiu no Reino Unido unha prestación por desemprego (*unemployment benefit*) cuns trazos esenciais que permaneceron durante longos anos. En 1914 LORD BEVERIDGE publicou un estudio titulado *Unemployment: a problem of Industry*, no cal expresaba que os desempregados han de poder “subsistir sen perda da dignidade ata que poidan ser reabsorvidos de novo despois das transformacións industriais” (cit. en OGUS e BARENDT, 1988:63). Como froito desta filosofía, a parte segunda da *National Insurance Act* de 1911 estableceu o primeiro sistema obrigatorio de seguro de desemprego entre os Estados industrializados, con contribucións iguais dos traballadores, dos empresarios e do Estado, aínda que limitado a certas industrias.

Con certos retoques, este sistema sobreviviu ata os anos trinta. En 1932 publicouse o informe redactado pola *Royal Comisión on Unemployment Insurance*, tamén inspirado por LORD BEVERIDGE, as súas recomendacións foron recollidas na *Unemployment Act* de 1934. No ano 1946, o *unemployment insurance* incluíuse no sistema inglés de Seguridade Social con ocasión da *National Insurance Act* de 1946 (JOWIT, 1959:1803). As súas liñas mestras perduraron ata a aprobación da Lei de 1995, con lixeiras modificacións nos anos 1966 e 1982. En esencia, tratábase dun sistema que distinguía un nivel contributivo (*insurance*) doutro asistencial (*relief*).

A partir da chegada ó Goberno do *Conservative Party* en 1979, fóronse introducindo unha serie de medidas que perseguían asegurar que o perceptor do *benefit* buscase activamente emprego, endurecer os requisitos de acceso ó nivel contributivo, incrementar as sancións por permanencia voluntaria na situación de desemprego e reducir a cobertura para os beneficiarios de sistemas complementarios de protección social. Todo isto, en seguimento da súa arraigada crenza de que as prestacións de Seguridade Social distorsionan o mercado de traballo. As *Social Security Acts* de 1986 e 1988 introduciron múltiples recortes nas liñas de tendencia descritas.

Un *White Paper* publicado en outubro de 1994 propuxo a introducción no Reino Unido do *jobseeker's allowance*, dentro do marco da ideoloxía desreguladora que presidira o xa para entón longo ciclo conservador no Goberno, celosa ata o extremo da competitividade británica. A idea central consistía en evitar que os desempregados se sentiran inclinados a rexeitar ofertas de emprego pouco remuneradas. E, polo tanto, concibir a cobertura como un medio de vida mentres o desempregado busca emprego, e non un “ingreso para un estilo de vida divorciado do traballo” (*an income for a lifestyle divorced from work*).

No ano 1995 –a sanción rexia produciuse no mes de xullo– aprobouse a *Jobseekers' Act*, subtitulada “unha lei para prover un subsidio ós demandantes de emprego (*jobseekers' allowance*) e establecer outras regras que promovan o emprego dos desempregados e a asistencia a persoas sen un medio de vida asegurado”. O *jobseekers' allowance* –subsidio de terminoloxía “pouco elegante” (*inelegant tittle*), en gallarda expresión dalgún maxistrado británico (*Mc Comb v Department for Social Development*)– substituíu o anterior *unemployment benefit* e tamén, aínda que parcialmente, o *income support*, de

trazos asistenciais. O primeiro fundábase nas contribucións realizadas durante un período de tempo mínimo, en tanto que o segundo na carencia de ingresos do solicitante. O novo *jobseekers' allowance* unifica ambas prestacións de Seguridade Social nunha soa. O seu obxectivo declarado consiste en mellorar os incentivos para buscar traballo, remover as barreiras que desincentivan que os beneficiarios permanezan en paro e dirixir os esforzos dos demandantes de emprego cara á busca de traballo.

En desenvolvemento da Lei, en 1996 dictáronse as *Jobseekers' Allowance Regulations*, que concretan aspectos de gran importancia para a aplicación da mesma. De feito, a súa entrada en vigor diferiuse ata o ano 1996, unha vez aprobadas as *Regulations*. Outra normativa de desenvolvemento regulamentario contense nas *Jobseekers Allowance (Transitional Provisions) Regulations* de 1995 e nas *Social Security (Back to Work Bonus) Regulations* de 1996.

Unha exigua exposición dos seus obxectivos pode xa dar idea de como esta Lei foi recibida entre unha ondada de críticas por parte da cúpula sindical (o *Trade Union Congress*) e doutras organizacións sociais. Malia que se aprobou durante a época de Mr. Major e do seu *Conservative Cabinet*, o certo é que o goberno *Labour* saído das eleccións de maio de 1997 mantívoo en vigor, con reformas de baixo calado, aínda que auspiciando unha política máis agresiva en termos de ocupación dos desempregados, no marco dun programa de amplo espectro denominado *New Deal*, sobre todo dirixido a menores de vinte e cinco anos, pero tamén a minusválidos e parados de longa duración, desempregados durante máis de dous anos.

A Lei de 1995 consta de tres partes. A primeira, dedicada ó subsidio dos demandantes de emprego, a segunda a un sistema que incentiva a volta ó traballo (*back to work scheme*) e a terceira a subvencións en conexión co ofrecemento de prazas vacantes a persoas sen un medio de vida asegurado.

II. REQUISITOS PARA O ACCESO Ó JOBSSEKERS' ALLOWANCE

De acordo coa sec. 1 (2) da Lei, o dereito ó subsidio de demandante de emprego –do cal poden beneficiarse os desempregados entre os dezoito anos e a idade de xubilación– require que o solicitante cumpra as seguintes esixencias: 1) estar dispoñible para traballar. 2) Ter subscrito un acordo de demandante de emprego (*jobseekers' agreement*) que permaneza en vigor. 3) Estar buscando activamente emprego. 4) Satisfacer as condicións de carácter contributivo ou de carencia de ingresos esixidas na Lei. 5) Non estar desenvolvendo un traballo remunerado. 6) Ter capacidade para o traballo. 7) Estar por debaixo da idade para ter dereito a unha pensión de xubilación. 8) Non estar dentro do sistema educativo. E 9) residir no Reino Unido.

Polo que atinxe á dispoñibilidade para traballar, a sec. 6 da Lei esixe que o desempregado mostre a súa disposición para aceptar inmediatamente calquera emprego retribuído, aínda que con certos límites que o desempregado pode establecer ó abeiro das *Regulations* de 1996, sempre e cando esas restriccións lle garanten unha perspectiva razoable de encontrar traballo. De acordo con estas, o beneficiario do *allowance* pode restrinxir a súa dispoñibilidade se a limitación é razoable á vista das súas condicións físicas ou psicolóxicas. Ademais, as persoas con responsabilidades familiares poden limitar a súa dispoñibilidade a menos de corenta horas á semana en certas circunstancias. E,

por outra parte, poden concretar a franxa horaria de dispoñibilidade se acreditan que esa franxa (*pattern of availability*) lles proporciona unha perspectiva razoable de asegurarse un emprego e que se expresou no seu *jobseekers' agreement*. Trátase, en suma, de limitacións relativas ó tipo de traballo, horario, condicións laborais, localización xeográfica ou retribución.

Algunhas das normas que rexen as limitacións son as que seguen: 1) cando o *allowance* se gozase durante seis meses, non se pode establecer ningunha limitación no salario que se reciba no futuro emprego (*Regulation* nº 9). 2) Os beneficiarios poden limitar a súa dispoñibilidade á súa profesión habitual (*usual occupation*) e a unha remuneración determinada por un período máximo de trece semanas, aínda que só en determinados casos expresamente autorizados no *jobseekers' agreement*, á vista da cualificación, profesión habitual, antigüidade no anterior emprego e dispoñibilidade de traballo na área xeográfica (sec. 6 e 7 da Lei e *Regulation* nº 16). 3). Pode limitarse o emprego que se acepta a unha xornada inferior a corenta horas á semana en caso de responsabilidades familiares, ou determinadas condicións físicas ou psicolóxicas (*Regulation* 13), cando isto sexa razoable e se acredite fidedignamente. 4) Así mesmo, a *Regulation* 14 concreta unha serie de supostos nos que o traballador non está de feito dispoñible, pero é tratado como se o estivese, relacionados basicamente co coidado de menores ou familiares dependentes, circunstancias formativas ou de auxilio en casos de forza maior (sobre estas limitacións á dispoñibilidade, cfr. *Secretary of State for Social Security v. David*). Se o beneficiario non está en disposición de aceptar un traballo pode ver o seu subsidio suspendido ou extinguido.

En todo caso, debe destacarse a enorme diferenza entre a lexislación actual, que esixe como regra xeral que o desempregado acepte “calquera emprego” (*any employment*) e a anterior, que unicamente esixía aceptar un emprego adecuado (*suitable employment*).

O segundo requisito versa sobre a subscripción dun “acordo de demandante de emprego” (*jobseekers' agreement*), bastante parello na súa concepción ó compromiso de actividade instaurado no ordenamento español polo RD-lei 5/2002, de 24 maio. A Sec. 9 da Lei defíneo como un acordo entre o beneficiario e a oficina de emprego que cumpra as esixencias legais vixentes no momento da súa sinatura. Débese asinar na primeira entrevista que o desempregado celebre co *Employment Officer*, despois da solicitude do subsidio, e a concesión deste subordínase á previa sinatura do acordo. Fundamentalmente, o *agreement*, que pode ser modificado en certas circunstancias, inclúe como condición de mantemento da cobertura que o traballador estea buscando activamente emprego. E ten que conter os pasos que o desempregado pretende seguir para conseguir reempregarse, así como a axuda e servizos que lle vai aportar o servizo de emprego (*Employment service*) e as eventuais limitacións á súa dispoñibilidade para o traballo. Como pon de manifesto algún autor (EAST, 1999:77), o *agreement* constitúe a principal novidade da Lei de 1995.

En canto á busca activa de emprego, a sec. 7 da Lei defínea, dentro dun período semanal, como a situación na cal o traballador dá tódolos pasos que é razoable esperar del para alcanzar a mellor situación ó obxecto de encontrar emprego. O cal debe ser examinado á vista da súa idade, cualificación, capacidade e limitacións físicas ou mentais. A *Regulation* nº 18 expresa que un só paso á semana é insuficiente, agás que, á vista das

circunstancias, sexa razoable esa conducta. A mesma *Regulation* enuncia algún dos pasos: realizar demandas de emprego, requirir información das ofertas, rexistrarse nunha axencia de emprego ou nomear a alguén que lle axude na busca de traballo. Así mesmo, lista algunha xestión preparatoria, como preparar un *curriculum vitae*, ou pedir-lle a un empresario anterior unha recomendación. Medidas todas elas que a norma cita a título enunciativo.

A continuación, a lei refírese ás condicións de carácter contributivo ou de carencia de ingresos. En canto ás de carácter contributivo, as enuncia a sec. 2. Trátase de que o solicitante acredite cotizacións de clase 1 (*class 1 contributions*) e de que non teña dereito ó nivel asistencial da protección. As cotizacións, dunha contía mínima fixada en vintecinco veces o límite mínimo de ganancias anuais (*base years' lower earnings*), deben terse aboado dentro dun dous dos últimos anos enteiros antes da solicitude do *allowance*. Ou dentro dos dous, neste caso deben terse derramado en contía de 50 veces o límite mínimo de ganancias anuais.

En canto ás de carácter asistencial, ou referidas ás ganancias (*income based*), a sec. 3 esixe que o solicitante non teña unhas ganancias superiores á cantidade que establezan as *Regulations*, ou que non teña ganancia algunha, que non sexa titular dun subsidio asistencial (*income support*), que non o sexa ningún membro da súa familia, nin sexa membro dunha familia na cal algún dos seus membros sexa titular dun *income based jobseekers' allowance*, que non estea casado ou conviva cunha parella que traballe de forma retribuída e que alcance a idade de dezoito anos –ou de dezaseis, en certas circunstancias excepcionais-. Ademais, remite ás *Regulations* a posibilidade de esixir condicións adicionais de inscribirse ós efectos dun emprego ou dun módulo formativo. O límite de ganancias para ter dereito ó subsidio –*applicable amount*– está sometido a unhas precisas regras, bastante próximas ás españolas das prestacións non contributivas de xubilación e invalidez, nas que se toman en consideración ingresos propios e doutros membros da familia e se ten en conta o capital do solicitante. Non se tomarán en consideración as primeiras cinco libras semanais, ou as primeiras dez, en caso de desempregado con parella, ou as primeiras quince, para certos grupos como pais solteiros ou minusválidos.

Pola súa banda, as sec. 83 a 87 das *Jobseekers' Allowance Regulations* de 1996 concretan algúns aspectos sobre este nivel asistencial *income based*. Por exemplo, a existencia dun nivel adicional de ingresos obxecto de cobertura en relación con calquera menor ou membro novo da familia –definida, dito sexa de paso, na sec. 35 da Lei, que inclúe expresamente ós menores que convivan no núcleo familiar e dos cales sexan responsables os cabezas de familia-.

A esixencia de non desenvolver un traballo remunerado concrétase na habilitación ás *Regulations* para que especifiquen supostos nos que unha persoa que goce dun traballo retribuído sexa tratada como se non gozara del. En concreto, a sec. 51 das *Regulations* establece que “traballo remunerado”, no caso do solicitante, trátase dun traballo que, como media, alcance ou supere as dezaseis horas semanais. No caso da parella do solicitante, dun traballo que, como media, alcance ou supere as vintecatro horas semanais. Así pois, o ordenamento británico protexe o desemprego parcial, pero sempre que o traballo residual non alcance as dezaseis horas de traballo. Sobre a aplicación

desta regra a un traballador fixo-periódico do sector educativo, pode consultarse o asunto *Chief Adjudication Officer v Stafford and Banks*.

O requisito da capacidade para o traballo relaciónase coa protección fronte á incapacidade, na súa dobre vertente de incapacidade para o seu propio traballo (*own occupation*) ou para todo traballo (*all work*), e centrada nunha triple actuación: a prestación de incapacidade (*incapacity benefit*), o subsidio de gran invalidez (*severe disablement allowance*), e a axuda asistencial (*income support*). Quen teña dereito a esta protección carece de capacidade para o traballo para os efectos do *jobseekers' allowance*.

Polo que respecta á idade, os solicitantes deben alcanzar os dezoito anos e non ter alcanzado a de xubilación, normalmente os sesenta e cinco anos para os homes e os sesenta para as mulleres -aínda que se vai unificar en sesenta e cinco nun futuro próximo-. Non obstante, os maiores de dezaseis poden ser beneficiarios, nalgún dos tres casos seguintes: 1) no caso de que o solicitante sexa membro dunha parella cun fillo. 2) Se o solicitante foi obxecto dunha medida de *lay-off* ou *short-time* nunha situación de *redundancy*. 3) Se é pai ou nai sen parella, ou coidador dun neno de menos de dezaseis anos porque os seus pais están enfermos ou desprazados, ou se a solicitante está embarazada sen que poida traballar, ou se encontra nas once semanas anteriores á data de prognóstico de parto, ou nas sete posteriores a el, ou porque está enfermo ou incapacitado.

Como penúltimo requisito, a lei exclúe do dereito ó subsidio ós estudantes a tempo completo en calquera dos ciclos da formación regulada. Sobre o carácter "a tempo completo" da educación, as *Regulations* establecen uns parámetros en función do número de horas de clases ou de ensino guiada.

Finalmente, o solicitante debe residir no Reino Unido. Existen algunhas matizacións ó respecto. Por exemplo, a viaxe ó estranxeiro para unha entrevista de traballo ou para o tratamento médico dun fillo, sempre e cando a ausencia non se prolongue máis alá das oito semanas.

III. DURACIÓN E CONTÍA DO SUBSIDIO

Antes de que poida terse dereito ó *jobseekers' allowance*, o desempregado está sometido a un período de espera de tres días.

Polo que atinxe ó subsidio contributivo, a súa duración máxima é de vinteseis semanas. Debe terse en conta que o seu predecesor, o *unemployment benefit*, se prolongaba por un máximo de cincuenta e dúas semanas. Se o beneficiario é obxecto dunha sanción, nos termos que se describen máis adiante, máis que aprazarse o cobro do subsidio, se perde parte do mesmo. Tamén en relación co seu predecesor, debe facerse notar que deixou de existir o suplemento por parella a cargo.

Así mesmo, agora se paga nunha contía inferior no caso dos beneficiarios menores de vintecinco anos. Cuestión esta que foi considerada expresamente como non discriminatoria no recente pronunciamento *Reynolds v Secretary of State for Work and Pensions*, por certo referido ó subsidio asistencial. Para o ano 2002, e dende o mes de

abril do mesmo, a contía para os maiores de vintecinco anos é de 53'95 libras semanais e para os menores desa idade, de 42'50 libras semanais.

Tamén debe terse en conta que a contía do *allowance* contributivo se reduce na contía total de calquera cantidade que se reciba por encima das 50 libras semanais por causa de calquera sistema complementario a que teña dereito o traballador.

En canto ó *income based allowance*, hai que referirse a tres situacións: en primeiro lugar, a do beneficiario que non reúne as condicións para ser titular dun *allowance* contributivo. En segundo, a do beneficiario dun subsidio contributivo con falta doutros recursos que lle habilita ó subsidio asistencial para complementar o contributivo. E, en terceiro, o que esgotase o prazo máximo do subsidio contributivo sen encontrar novo emprego. En todas elas garántense uns ingresos idénticos ó do *allowance* contributivo, aínda que se establecen unhas contías distintas para o caso de parella tamén desempregada, que alcanzan as 84'7 libras semanais se ambos son maiores de vintecinco anos.

O subsidio asistencial é de duración indefinida. Págase en tanto en canto os ingresos do beneficiario e do seu núcleo familiar permanezan por debaixo do *aplicable amount*.

Ámbolos dous páganse en períodos quincenais, despois da finalización de cada período.

IV SANCIÓNS E OUTRAS LIÑAS DE INCENTIVO PARA A VOLTA Ó TRABALLO

De acordo coa sec. 19 da Lei, se o traballador abandona un traballo sen xusta causa (*without just cause*), ou un curso de formación profesional obrigatorio ou un programa de emprego sen boa causa (*good cause*), será obxecto dunha sanción. A *Regulation* nº 72 enumera unha serie de circunstancias que poden constituír boas causas: 1) circunstancias persoais que indican que o traballo pode causarlle ó desempregado serio dano ou problemas psicolóxicos. 2) Discrepancias entre o tipo de traballo e as restricións que o desempregado puidese incluír no *jobseekers' agreement*. 3) A condición do desempregado de responsable ou coidador doutro membro da familia. 4) O tempo do desprazamento ou os gastos, que constituían unha proporción demasiado alta dos ingresos do demandante. Polo que respecta ás xustas causas, trátase de encontrar un equilibrio entre os intereses do desempregado e os dos demais cotizables ó sistema: que o desempregado xustifique que a súa actuación é razoable, e está xustificado que a comunidade lle outorgue sustento económico.

O abandono do traballo sen xusta causa ou do curso de formación ou programa de emprego sen boa causa sanciónanse coa exclusión do desempregado do sistema por un período dunha a vinteseis semanas no caso de abandono do traballo e de dúas semanas nos demais, ou de catro no caso de reincidencia.

Se o despedimento do traballador ou a súa expulsión dun curso de formación ou programa de emprego se deben á súa mala conduta, pode considerarse que o seu desemprego é voluntario. En caso de despedimento por mala conduta, non terá dereito ó subsidio por un período de entre unha e vinteseis semanas, en atención á entidade da mala conduta. En caso de expulsión dun curso de formación ou dun programa de

emprego, a sanción será de dúas semanas para a primeira infracción e de catro para as seguintes.

En caso de rexeitamento dunha oferta de emprego ou de omisión de solicitar un emprego, ou rexeitamento dun programa formativo, o *Employment Service* pode concluir que o desempregado non está buscando activamente emprego, de modo que se lle pode retirar o *jobseekers' allowance*, a menos que acredite unha boa causa (*good cause*). A definición desta é a mesma que a descrita anteriormente.

E, finalmente, outra conducta sancionable consiste na desobediencia dalgunha directriz do responsable do servizo de emprego (*failure to carry out a jobseekers' direction*). Trátase dun documento escrito no que se ordena ó beneficiario a realización dalgunha actividade tendente á obtención de emprego e a mellorar a súa “empregabilidade”. Pode tratarse dun mandato de solicitar unha vacante concreta, asistir a un curso para mellorar a súa cualificación ou as súas aptitudes profesionais ou a súa motivación, ou incluso dun requirimento para mellorar o comportamento ou o aspecto externo co obxectivo de presentar unha mellor aparencia ante os empresarios oferentes de empregos. A sanción polo seu incumprimento é, de novo, de dúas semanas, ou de catro en caso de reincidencia.

Á vez, o programa de emprego articulado baixo os auspicios do Goberno Laborista co nome de *New Deal*, obrigatorio para os desempregados menores de vintecinco anos ou de longa duración, e voluntario para outros colectivos de desempregados –aínda que obrigatorio, unha vez asumido–, pode ter consecuencias sobre as políticas pasivas de emprego. Se os destinatarios das liñas de actuación rexeitan un emprego subsidiado ou calquera outra oferta sen unha boa causa, ou son despedidos, poden sufrir unha “*New Deal sanction*”. Para os desempregados de entre dezoito e vintecatro anos, a sanción é de dúas semanas de suspensión do subsidio para o primeiro incumprimento e de catro para os seguintes. Para os desempregados de longa duración, a sanción é de perda do subsidio por ata vinteseis semanas en caso de rexeitamento ou abandono dun traballo subsidiado ou de despedimento por mala conducta.

Durante o período de sanción, os desempregados só terán eventualmente dereito ós *hardship payments* se se encadran dentro dun grupo vulnerable, como se describirá a continuación. Os beneficiarios destas axudas só poderán sêlo desempregados dentro do nivel asistencial, que ademais fosen sancionados coa perda ou suspensión temporal do subsidio. En tales casos, poderase acordar, dentro de certa marxe de discrecionalidade, o aboamento desta axuda se o desempregado mostra que un membro da súa familia pode sufrir privacións se non se lle concede. De acordo coa sec. 140 da Lei, a *Benefits Agency* pode acordar estas axudas á vista dos ingresos da unidade familiar, da enfermidade ou minusvalía dalgún dos seus membros, ou do risco de privación dalgún ben esencial, como alimentos, vestidos, calefacción ou vivenda.

Os *hardship payments* non poden solicitarse dentro das primeiras dúas semanas de suspensión do subsidio, agás no caso de grupos vulnerables: que haxa no núcleo familiar un neno, unha embarazada, un minusválido ou unha persoa cronicamente enferma, ou que o desempregado ou a súa parella teñan responsabilidades familiares. En todo caso, se se conceden, estas axudas alcanzarán unha suma equivalente á do subsidio de

desemprego, reducida nun corenta por cento, ou nun vinte no caso de que algún membro da familia estea embarazada ou gravemente enfermo.

Como queira que un desempregado subsidiado pode ter reticencias a aceptar un traballo a tempo parcial, estableceuse un sistema de incentivo económico para animar ós demandantes de emprego a aceptalo como mecanismo de reingreso ó mercado de traballo a través dos chamados “bonos de volta ó traballo” (*back to work bonus*). Trátase dunha suma libre de impostos dunha contía máxima de mil libras, que o desempregado vai xerando mediante un traballo a tempo parcial mentres cobra o subsidio por desemprego e que percibe efectivamente cando se extingue o subsidio. Para ter dereito ós *bonus* o desempregado debe esperar polo menos trece semanas, despois das cales as súas ganancias ou da súa parella por traballo a tempo parcial poden ser acumuladas. Como queira que non se computan como ganancias para os efectos do subsidio por desemprego, as primeiras cinco, dez ou quince libras non serán acumulables. Si os restantes ingresos, que deste modo non minguarán a contía pagadoira en concepto de subsidio *income based*. En casos de parellas, se o desempregado traballa menos de dezaseis horas á semana e a súa parella menos de vintecatro, poden acumular ata dúas mil libras en bonos.

Para percibir efectivamente estas contías, hai que satisfacer a condición de traballo (*work condition*) consistente en que ó beneficiario se lle extingue o subsidio, ben porque pasa a traballar polo menos dezaseis horas á semana ou ben a súa parella cando menos vintecatro, no caso de subsidio asistencial.

■ CONCLUSIONES

1. Causalidade

En termos xerais, a protección fronte ó despedimento no Reino Unido non descansa basicamente na causa. En realidade, o elenco de causas de extinción do contrato de traballo resulta bastante próximo ó do ordenamento español, aínda que con evidentes diferenzas de tratamento e sistemáticas.

A cualificación dun despedimento como *fair* ou *unfair* prodúcese en atención a unha serie de criterios, dos cales a causa alegada polo empresario é, sen dúbida, o principal, pero quizais con menos protagonismo que no noso Dereito do Traballo. Pero, máis alá desta circunstancia, a diferenza máis evidente refírese a como o órgano xudicial valora o motivo do despedimento esgrimido pola empresa. O seu labor non se dirixe a verificar se os feitos ou as circunstancias se produciron ou non, ou se revisten unha entidade suficiente como para xustificar a extinción do contrato, senón que debe limitarse a verificar unha serie de aspectos externos que rodean a decisión rescisoria, entre outros se o empresario actuou de forma razoable e proporcionada. É dicir, se outro empresario, no seu lugar, tivera feito o mesmo. Pero o que non cabe é que o Tribunal substitúa o criterio empresarial polo seu propio.

En resumo, pois, pode concluírse que no ordenamento británico non hai un control causal do despedimento entendido como se entende no ordenamento español. O empresario non está obrigado a acreditar a veracidade dos feitos e a suficiencia dos mesmos, senón simplemente que actuou de forma razoable e proporcionada.

Si ten máis relevancia a causa nos despedimentos que poden cualificarse como “automaticamente inxustos”, pero non para os efectos de que o empresario soporte unha maior carga da proba en orde a acreditar os feitos, senón ós de aumentar as garantías dos traballadores en certos supostos.

Entre o abano de despedimentos automaticamente inxustos, debe destacarse así mesmo a escasa protección que o Dereito do Reino Unido ofrece ó despedimento por actividade sindical ou pola adopción de medidas de conflito colectivo, como lembranza aínda vixente do frontal ataque que as organizacións sindicais sufriron durante os dezaioito anos de goberno conservador entre 1979 e 1997.

Polo que respecta á *redundancy*, debe destacarse o interese dunha doutrina xudicial que se fraguou en máis de trinta e cinco anos de vixencia da institución e que pode aportar notables ensinamentos a nosa aínda incipiente doutrina xudicial sobre o despedimento individual ou plural por causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción.

2. Garantías formais

A este respecto, existen evidentes diverxencias entre o Dereito inglés e o español, non en termos cuantitativos, pero si cualitativos. En principio, o despedimento no primeiro concíbese en termos máis informais, no sentido de que non se esixe forma escri-

ta. Unicamente o traballador ten dereito a solicitar que o empresario lle notifique por escrito, *a posteriori*, os motivos da extinción.

Sen embargo, se lle concede un notable protagonismo ó aviso previo, bastante máis que o moi relativo que ten en Dereito español. Tanto en termos de duración, como de consecuencias derivadas da súa inobservancia por parte do empresario, o aviso previo do despedimento constitúe un dos piares do sistema británico de protección dos dereitos do traballador.

Ten unha importancia moi destacable, así mesmo, o procedemento interno de despedimento. En primeiro lugar, como sistema de garantías previo, o empresario está obrigado a realizar unha minuciosa verificación dos feitos, a dar audiencia ó traballador e a seguir uns trámites que garantan o dereito de defensa do traballador. E, despois do despedimento, constitúe unha práctica aconsellable a concesión dun dereito de apelación ante as instancias superiores da empresa. Todo isto coa intención adicional de evitar o despedimento e buscar outras opcións posibles. O seguimento destas garantías procesuais constitúe así mesmo un criterio de cualificación do despedimento. Á marxe da propia normativa interna da empresa, unha serie de “boas prácticas” articuladas nuns *Codes of Practice*, no marco dun dereito non imperativo –*soft law*– guían todas estas esixencias adxectivas.

En canto ós despedimentos colectivos, o ordenamento do Reino Unido contén unha transposición da normativa comunitaria absolutamente de mínimos, que foi obxecto de pronunciamentos do Tribunal de Luxemburgo. Non se esixe autorización administrativa e os limiares resultan menos esixentes para a empresa cós do Estatuto dos Traballadores español.

3. Remedios

Tamén a este respecto as diferencias resultan moi importantes. En primeiro lugar, o Dereito inglés non distingue entre improcedencia e nulidade, senón que só contempla dous pronunciamentos: xusto –*fair*– ou inxusto –*unfair*–. Os despedimentos con violación de determinados dereitos son, así pois, tamén *unfair*, aínda que máis protexidos, ben sexa por remedios cautelares ou interdictais ou a través de indemnizacións máis cuantiosas.

Polo que atinxe á readmisión –da cal hai unha variante, o reemprego– resulta unha medida bastante excepcional, nesta adopción o Tribunal goza dunha ampla marxe de discrecionalidade. Neste sentido, a gran maioría dos despedimentos recondúcense á indemnización.

En canto á indemnización, a súa primeira calidade é que non está taxada. Divídese en tres conceptos distintos: unha básica –esta si, taxada, aínda que con posibilidade de redución en certos casos, unha compensatoria dos danos sufridos polo traballador –a fundamental– e unha adicional, máis residual.

A indemnización compensatoria contempla unha serie de conceptos distintos, como danos sufridos, perda de ganancias ou perda de dereitos legais e de expectativas de dereitos. Na súa valoración, o Tribunal goza dunha ampla marxe de manobra, así

como na redución da contía resultante por conducta concorrente do traballador, ingresos que obtivese noutros empregos ou por outros conceptos ou falta de dilixencia na obtención de ditos ingresos alternativos.

En liñas xerais, aínda que isto habería que dicilo con moitos matices, a indemnización que percibirá un traballador no sistema inglés por *unfair dismissal* será menor cá dun traballador español por despedimento improcedente. Agora ben, coa diferenza de que non se trata dunha indemnización taxada, de modo que o empresario en absoluto pode calcular, no momento do despedimento, canto lle vai custar.

Por outra parte, o sistema inglés mostra unha evidente preocupación por evitar o despedimento e buscar alternativas, cuestión da que o sistema español, en liñas xerais, se desinteresa. Neste sentido, o mantemento do emprego constitúe un obxectivo central na protección fronte ó despedimento no ordenamento británico.

Finalmente, debe destacarse a aplicabilidade das regras do *common law*, que se superpoñen ás do réxime legal do despedimento. De aí que o traballador pode acudir alternativamente á xurisdicción ordinaria, acaso para obter unha indemnización máis cuantiosa. Ou acaso para encontrar nela o único remedio posible, cando, polas súas condicións particulares, se lle exclúe da protección legal.

4. A cobertura do desemprego

O réxime vixente do *jobseekers' allowance* ofrece un nivel de cobertura, en termos xerais, bastante inferior ó español da prestación e o subsidio por desemprego. En realidade, os seus instrumentos máis característicos –o *jobseekers' agreement*, a dispoñibilidade do traballador, a contía do *allowance*, ou o sistema sancionador– conciben a acción protectora como un sistema que distorsione o mínimo posible o funcionamento do mercado de traballo e que aporte un nivel de sustento mínimo en tanto o desempregado obtén novo emprego.

Non obstante o cal, hai dous datos que merecen destacarse: por unha parte, a duración indefinida do subsidio no nivel asistencial, en tanto o desempregado careza de rendas, do cal se deriva que a porcentaxe de desempregados con protección é maior que no Estado español. Por outra, a atención especial a cuestións familiares, como embarazos prematuros, enfermidades ou coidado de fillos.

En ambos niveis –o contributivo e o asistencial– a protección é idéntica en contía. Máis ben, pode ser superior no asistencial, a causa de certos complementos no caso de cónxuxes ou parellas de feito. No contributivo, a protección é moi limitada no tempo, pois se restrinxen a un período de vinteseis semanas.

BIBLIOGRAFÍA

ANDERMAN,

The Law of unfair dismissal, 2ª ed., Butterworths (London, 1985).

AUERBACH,

Legislating for conflict, Clarendon Press (Oxford, 1990).

BARNARD, C. e HEPPLER, B.,

Indirect discrimination: interpreting Seymour Smith, Cambridge Law Journal, 1999, pp. 399 ss.

CABEZA PEREIRO, J.,

-El derecho de redundancy en el Reino Unido, RL, 1998-I, pp. 1210 ss.

Sindicalismo no sector público británico, RL, 1996-II, pp. 1132 ss.

DAVIES e FREEDLAND,

Labour Law: text and materials, Weidenfeld and Nicholson (London, 1985).

EAST, R.,

Social Security Law, McMillan (London, 1999)

GALIANA MORENO, J.,

El contrato de trabajo en el derecho inglés, Bosch (Barcelona, 1978).

GRUNFELD,

The Law of Redundancy, 3ª ed., Sweet & Maxwell (London, 1989).

JOWIT, E.,

The dictionary of English Law, Sweet & Maxwell (London, 1959).

MAYNE, S., MALYON, S. e ONSLOW-COLE, J.,

"England and Wales", *Employment Law in Europe*, Butterworths (London, 2001).

OGUS, A. I. e BARENDT, E.M.,

The Law of Social Security, 3ª ed., Butterworths (London, 1988).

SELWYN, N.M.,

Selwyn's law of employment, 11ª ed., Butterworths (London 2000)

UPEX, R.,

"Redundancy Payments", *Encyclopedia of Employment Law*, Sweet & Maxwell (London, 1996).

UPEX, R.,

The law of termination of employment, Sweet & Maxwell (London, 1997)

LORD WEDDERBURN,

“El Estatuto de los Trabajadores italiano: reflexiones británicas en torno a un considerable grado de protección legal”, *Los derechos laborales en Gran Bretaña y en Europa*, MTSS (Madrid, 1994).

XURISPRUDENCIA

A J Dunning & Sons (Shopfitters) Ltd v Jacomb [1973]ICR448
Adams v Charles Zub Associates Ltd. [1978]IRLR551
Bass Leisure Ltd. v Thomas [1994]IRLR104
BBC v Beckett [1983]IRLR43
Blyth v Scottish Liberal Club [1983]IRLR245
Boorman v Allmakes Ltd [
Boyo v Lambert [1994]ICR727
Bridgen v Lancashire County Council [1987]IRLR58
British Home Stores v. Burchell [1978]IRLR379; [1980]ICR303
British Leyland (UK) Ltd v Swift [1981]IRLR91
Brown v Stuart Scott & Co Ltd [1981]ICR166
Carr v Alexander Russell, Ltd [1976]IRLR220
Catamaran Cruiser Ltd v Williams [1994]IRLR386
Chelsea Football Club and Athletic C Ltd v Heath [1981]ICR323
Chief Adjudication Officer v Stafford and Banks [2001] <http://www.bailii.org>
City of Edimburg District Council v Stepehns [1977]IRLR135
Clarke v Trimoco Motor Group Ltd [1993]ICR237
Coates v Modern Methods & Materials Ltd [1982]ICR763
Cold Draws Tubes Ltd v Middleton [1992]ICR318
Coleman v Magner Joinery Ltd [1974]ICR25
Delaney v Staples [1990]ICR364
Dench v Flynn & Partners [1998]IRLR653
East Lindsey District Council v Daubney [1977]ICR566
East Sussex County Council v Walker [1972]7ITR280
Edwards v Cardiff City Council [1979]IRLR303
Edwards v Governors of Hanson School [2001]IRLR933
Enessy Co SA v Minoprio [1978]IRLR489
Farr v Hoveringham Gravels Ltd [1972]IRLR104
Foot v Eastern Counties Timber Co Ltd [1972]IRLR83
Ford Motor Co Ltd v Hudson [1978]3AllER23
Gilham v Kent County Council (Nº 1) [1985]ICR227
Grundy (Teddington) Ltd v Willis [1976]ICR323
Hackney London Borough Council v Usher [1997]ICR705
Haden Ltd. v Cowen [1982]IRLR314
Hall v Farrington Data Processing Ltd. [1969]ITR230
Hamilton v Argyll and Clyde Health Board [1993]IRLR99
Highland Fabricators Ltd v McLaughlin [1985]ICR183
Hindle v Percival Boats Ltd [1969]WLR174
Hogg v Dover College [1990]ICR39
Holland v Glendale Industries Ltd [1998]ICR493
Horsley Smith and Sherry Ltd v Dutton [1977]ICR594
Huddersfield Parcels Ltd. v Sykes [1981]IRLR115
Iceland Frozen Foods Ltd v Jones [1983]ICR17
Igbo Jonson Matthey Chemicals Ltd [1986]ICR82
ILEA v Gravett [1988]IRLR497
Ironmonger v Movefield Ltd [1988]IRLR461
Irwing v Thwaite Holme Kitchens [1994] EAT, caso 787/92, de 1 setembro.

Júpiter Xeral Insurance Co Ltd v Shroff [1938] 3 AllER 67
Khanum v Mid-Glamorgan Area Health Authority [1979] ICR 40
Labour Party v Oakley [1987] ICR 178
Lindford Cash and Carry Ltd v Thompson and Others [1989] ICR 518
Lock v Cardiff Railway Co Ltd [1998] IRLR 358
London Fire and Civil Defence Authority v Betty [1994] IRLR 384
London Underground Ltd v Fitzgerald [1997] ICR 271
Maris v Rotherham Corp'n [1974] AllER 776
Marshall v Southampton Area Health Authority R1720ECJ
Marshall (Cambridge) Ltd v Hamblin [1984] ICR 362
Mathieson v WJ Noble [1972] IRLR 76
Mc Comb v Department for Social Development [2001] <http://www.bailii.org>
Mc Phail v Gibson [1977] ICR 42
Meikle v MCP Phail [1983] IRLR 351
Mennell v Newell & Wright (Transport Contractors) Ltd [1996] ICR 607
Nash v Nash/Roe Group Ltd. [1998] IRLR 168
Nelson v BBC [1977] ICR 649
Nothman v London Borough of Barnet [1978] ICR 336
O'Laoire v. Jackel International Ltd [1990] IRLR 70
Parr v Whitbread & Co. plc [1990] ICR 427
Polkey v A.E. Dayton Ltd. [1988] ICR 142
R.S. Components Ltd v Irwin [1973] ICR 535
Rao v Civil Aviation Authority [1992] ICR 503
Ready Case Ltd v Jackson [1981] IRLR 312
Refund Rentals Ltd v McDermott [1977] IRLR 59
Reynolds v Secretary of State for Work and Pensions [2002] <http://www.bailii.org>
Robb v London Borough of Hammersmith and Fulham [1991] ICR 514
Sandhu v Department of Education and Science and London Borough of Hillingdon [1978] IRLR 208
Safeway Stores plc. v Burrell [1997] ICR 523
Scottish and Newcastle Breweries plc v Halliday [1986] ICR 577
Secretary of State for Employment v Wilson [1978] AllER 137
Secretary of State for Social Security v. David [2000] <http://www.bailii.org>
Securitor Ltd v Smith [1989] IRLR 356
Sheffield v Oxford Controls Co Ltd [1979] ICR 396
Shepherd (F.C.) & Co. Ltd v Jerrom [1986] 3 WLR 801
Simpson v Van den Bergh Foods Ltd [2001] EAT
Simrad Ltd v Scott [1997] IRLR 147
Sutcliffe v Hawker Siddeley Aviation Ltd. [1973] ICR 560
Sutcliffe and Eaton Ltd v Pinney [1977] IRLR 349
Sutton v Revlon Overseas Corp'n. Ltd. [1973] IRLR 173
Tanner v. DT Kean Ltd [1978] IRLR 110.
Taylor v Alidair Ltd. [1976] IRLR 420
Terry v East Sussex County Council [1977] 1 AllER 567
Tramp Shipping Corporation v Greenwich Marine Inc. [1975] ICR 261
Ulsterbus Ltd v Henderson [1989] IRLR 251
Walls Meat Co Ltd v Selby [1998] ICR 601
Wathersfield (Van & Truck Rentals) v Sargent [1999] ICR 425
WE Cox Toner (International Ltd) v Crook [1981] ICR 823

West Midlands Co-operative Society Ltd v Tipton [1986]ICR192

Western Excavating Ltd v. Sharp [1978]ICR221

Willcox v Hastings [1987]IRLR298

Whitbread & Co plc v Mills [1988]IRLR501

Williams c Compair Maxam Ltd [1982]ICR156

Williams v Watsons Luxury Coaches Ltd [1990]IRLR164

Wilson v Underhill House School Ltd [1977]IRLR475

Wood Group Heavy Industrial Turbines Ltd v Crossan [1998]IRLR680

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO. REINO UNIDO

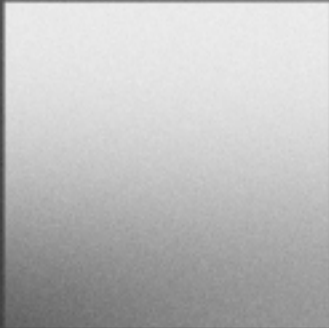
Normas reguladoras	- Lei de Relacións Laborais de 1996 (<i>Employment Relations Act</i>) - Texto refundido da Lei sindical e de relacións laborais de 1992 (<i>Trade Union and Labour Relations [Consolidation Act]</i>). - Regulamento de maternidade e permiso parental de 1999 (<i>Maternity and Parental Leave Regulations</i>). - Lei de demandantes de emprego de 1995 (<i>Jobseekers' Act</i>). - Regulamento do subsidio de demandantes de emprego de 1996 (<i>Jobseekers' Allowance Regulations</i>).
Principios inspiradores	Esixencia de xustificación no despedimento. Segundo criterios de razoabilidade. O empresario debe poñer de manifesto que analizou outras alternativas antes do despedimento e que utilizou un procedemento apropiado.
Tipos de extinción	- Demisión (<i>resignation</i>). - Imposibilidade sobrevida (<i>frustration</i>). - Extinción de mutuo acordo (<i>consensual termination</i>). - Despedimento (<i>dismissal</i>), coas súas variantes de extinción dun contrato temporal e de extinción por incumprimento do empresario (<i>constructive dismissal</i>). - Amortización de posto de traballo (<i>redundancy</i>).
Procedemento de despedimento	- Non necesaria formalización escrita do despedimento, pero dereito do traballador a requirir ó empresario para que en 14 días lles comunique por escrito os motivos. - Dereito ó aviso previo en función da antigüidade, ata un máximo de doce semanas, agás incumprimento moi grave (<i>gross misconduct</i> do traballador). - Dereito do traballador a un procedemento apropiado (<i>proper procedure</i>).
Particularidades procesuais	- Posibilidade de demandar ó empresario por incumprimento do contrato en <i>common law</i> perante os Tribunais ordinarios. - Existencia de medidas cautelares (<i>interim relief</i>) nos despedimentos por motivos sindicais.
Cualificación do despedimento	- Despedimento torpe (<i>wrongful dismissal</i>), para un remedio en <i>common law</i>. - Despedimento xusto (<i>fair dismissal</i>). - Despedimento inxusto (<i>unfair dismissal</i>), coa variante dos despedimentos automaticamente inxustos (<i>automatically unfair dismissals</i>).
Custo da indemnización	- En <i>common law</i>, non taxada e ilimitada. - Posibilidade (pouco frecuente na práctica) de que o Tribunal emita unha orde de readmisión (<i>reinstatement</i>) ou reemprego (<i>reengagement</i>), con pagamento de salarios de tramitación (<i>arrear in pay</i>).

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO. REINO UNIDO (cont.)

	- Indemnización en tres niveis: básica (<i>basic award</i>), compensatoria (<i>compensatory award</i>) e adicional (<i>additional award</i>). - <i>Basic award</i>: unha semana e media de salario polos anos de servizo por encima da idade de 41, unha semana polos anos en que a idade estaba entre 22 e 41 e media semana para os anos en que a idade estaba por debaixo de 22, sen que se teñan en conta máis de 20 anos de emprego. Tope de 7500 libras esterlinas. - <i>Compensatory award</i>: por perdas do traballador, con gran discrecionalidade do órgano xudicial. Tope lixeiramente superior a 53000 libras esterlinas, con inclusión da <i>basic award</i>. - <i>Additional award</i>: en caso de incumprimento do empresario dunha orde de readmisión ou reemprego. De contía de entre vinteseis e cincuenta e dúas semanas sobre unha base semanal non superior a 250 libras. -
Configuración do despedimento colectivo	- Despedimento de máis de vinte traballadores nun centro de traballo dentro dun período de noventa días. - Consultas con representantes do sindicato recoñecido ou especificamente elixidos para as consultas. - Período de consultas de 30 días, agás que o despedimento afecte a 100 ou máis traballadores, neste caso período de noventa días. - Se non se cumpre o trámite de consultas, indemnización en defensa do traballador (<i>protective award</i>). - Inexistencia de autorización administrativa.

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESEMPREGO. REINO UNIDO

Organismos encargados da xestión	No ámbito do Ministerio de Trabalo e Pensións, unha rede de oficinas de emprego (<i>jobcentres</i>) e de Seguridade Social (<i>social security offices</i>), que en 2006 converxerán nunha rede de centros de emprego (<i>Jobcentre Plus network</i>).
Financiamento do sistema	O <i>jobseekers' allowance</i> unifica unha prestación contributiva, baseada en cotizacións anteriores, e un subsidio asistencial, baseado na carencia de ingresos.
Niveis de protección	Protección unificada no <i>jobseekers' allowance</i> , que unifica os anteriores <i>unemployment benefit</i> (contributivo) e <i>income support</i> –asistencial–.
Situacións protexidas	Protéxese ós desempregados de entre dezaioito e sesenta e cinco anos que cumpran estes requisitos: 1. Disponibilidade para traballar. 2. Subscrición dun acordo de demandante de emprego –<i>jobseekers' agreement</i>–. 3. Busca activa de emprego. 4. Carencia previa ou insuficiencia de ingresos. 5. Non existencia de traballo remunerado. 6. Capacidade para o traballo. 7. Idade por debaixo da de xubilación. 8. Residencia no Reino Unido.
Tempo de cobertura	- Vinteseis semanas no nivel contributivo. De duración indefinida no nivel asistencial.
Prestacións	O <i>jobseekers' allowance</i> contributivo é de 53'95 libras semanais para maiores de vintecinco anos e de 42,50 para menores de dita idade, aínda que a súa contía se revisa anualmente. Redúcese polo total das rendas que o desempregado perciba por encima das 50 libras semanais. Págase en períodos quincenais, vencidos.
Subsidios	Idénticos ingresos ós do nivel contributivo, aínda que no caso de parellas desempregadas se alcanzan as 84'7 libras se ambos membros son maiores de vintecinco anos.



O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO EN EUROPA

CAPÍTULO SEGUNDO:

O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO EN ITALIA

I. INTRODUCCIÓN

1. O parecido entre lexislacións e as diferencias

Non é ningunha novidade consignar o parecido que, no tratamento da extinción do contrato de traballo, teñen os Ordenamentos español e italiano, parecido que ademais de constituír en certos aspectos unha obriga –referímonos, claro está, á lexislación derivada das directivas comunitarias, que en materia de extinción impoñen ós Estados membros obrigas específicas de lexislacións homoxéneas, como as relativas ós despedimentos colectivos (Directiva 75/129, de 17 febreiro modificada pola Directiva 92/56 de 24 xuño, finalmente refundidas na Directiva 98/59) ou, indirectamente, as relativas a transmisións de empresas (a Directiva 77/187, de 14 febreiro, modificada pola Directiva 98/50, de 29 xuño e refundidas finalmente na D. 2000/23, de 12 marzo, sobre aproximación dos Estados membros relativas ó mantemento dos dereitos dos traballadores en caso de transpaso de empresas, centros de actividade ou de partes de empresas ou de centros de actividade) ou a non discriminación (Directiva 97/80)- explícase, con anterioridade a esta lexislación positiva, nunha moi similar concepción do contrato de traballo, á vez baseada nun tamén común entendemento do Dereito privado, froito da raíz xurídica compartida de ambos países, que deu en chamarse –en comunidade ademais, con moitos outros da UE- de “Dereito continental”.

Este parecido fai que a extinción do contrato de traballo en Italia para tamén dunha forte restricción da liberdade de despedimento, que só queda admitida en moi poucos casos. O principio xeral é pois que o empresario só pode despedir se ten unha xustificación (PERA, 2000:240-241). É dicir, ó igual que en España, está establecido o principio de causalidade para o despedimento.

As similitudes, non obstante, non evitan que, como é natural, o Ordenamento italiano desenvólvese os seus propios mecanismos, substantivos e adxectivos, ó xuridificar a extinción dos contratos de traballo. E o sistema conformado, aínda que comparta, como se insistiu, as súas bases co noso, ofrece un panorama en que cabe apreciar notables diferencias de tratamento.

Así, por exemplo, o tratamento que o Dereito italiano fai do aviso previo é moi distinto do Dereito español, outorgándolle aquel unha importancia –e conseguintemente un espazo de lexislación positiva- que non se encontra no noso sistema. Tamén existe diferenza na regulación dos despedimentos que puideramos identificar como realizados unilateralmente polo empresario, baseados ben en incumprimentos do traballador ou ben en circunstancias empresariais non imputables a este último. Nestes casos, o Dereito italiano ofrece unha clasificación distinta á española, que para eles dispón dos mecanismos do despedimento disciplinario, obxectivo e colectivo. En Italia, existen dúas categorías que amparan estas extincións, a saber: o despedimento por *xusta causa* e o despedimento por *motivo xustificado*, dividido á vez en despedimento por *motivo xustificado subxectivo* e despedimento por *motivo xustificado obxectivo*. A doutrina italiana considerou que, en realidade, a xusta causa e o motivo xustificado de despedimento constitúen cualificacións xurídicas de comportamentos igualmente idóneos para lexitimar o cesamento do contrato de traballo, unha con efecto inmediato e a outra con aviso previo; polo tanto é admisible a conversión de oficio dun despedimento por xusta causa nun despedimento por motivo xustificado subxectivo por obra do xuíz, que, instruído

coa impugnación polo traballador do despedimento realizado, atribúa ó feito imputado a este último polo empresario a menor gravidade propia do motivo xustificado subxectivo, sendo a modificación da cualificación da resolución consecuencia tan só dunha distinta cualificación, por parte do xuíz, da situación de feito invocada como fundamento da resolución sen necesidade de indagar sobre a específica vontade do empresario (MIRANDA /VITIELLO, 1999:300).

En materia de tutela e procedemento do despedimento, tamén o sistema italiano ten as súas propias particularidades, existindo basicamente por así dicir dous niveis de protección contra o despedimento –que condicionan diferencias de procedemento e diferencias nas consecuencias da extinción-, denominadas *tutela real* ou forte, e *tutela obrigatoria* ou débil (AMOROSO, 1996:373). Para unha rápida comprensión e identificación destes mecanismos, poderíamos dicir que a tutela real aseméllase –aínda que só se asemella- á protección que en España se outorga nos casos de nulidade do despedimento e a tutela obrigatoria ós de improcedencia. Para a súa distinción, diremos, sen prexuízo da súa explicación e desenvolvemento ulterior, que se diferencian dos conceptos españois porque o réxime destas tutelas “forte e débil” teñen en parte como causa a idea de que o despedimento ilexítimo debe custar menos ó pequeno empregador (PERA, 2000:255) e ás empresas sen ánimo de lucro (PERA, 2000:258).

2. Descrición xeral do despedimento en Italia

Para realizar un esquema rápido da extinción do contrato de traballo en Italia, podemos atender á causa que a produce. Así, un cadro xeral podería esbozarse, mantendo a estrutura clásica que soe utilizarse no Dereito español, como segue:

1. Renuncia.
2. Resolución consensual.
3. Resolución imputable ó empresario.
 - por incumprimento do traballador.
 - por circunstancias da empresa.
4. Extinción por chegada a fin nos contratos por tempo determinado.
5. Morte do traballador.
6. Falta de reingreso do traballador nos trinta días sucesivos á recepción da invitación trala sentenza do xuíz que ordena a readmisión.

Naturalmente, as posibilidades de ordenación dun cadro xeral da extinción son diversas. Se se prefire unha elaborada pola doutrina italiana, pode verse a de MIRANDA / VITIELLO, 1999:271:

1. Resolución unilateral.
 - Do traballador -> dimisión.
 - Do empresario -> despido.
2. Resolución consensual.
3. Chegada da fin nos contratos de traballo de tempo determinado.
4. Morte do traballador.
5. Falta de reingreso do traballador nos trinta días sucesivos á recepción da invitación trala sentenza do xuíz que ordena a readmisión.

Aquí se seguirá a clasificación ofrecida en primeiro lugar, para centrarse basicamente nos casos de extinción “patolóxicos”, é dicir, aqueles en que a extinción se produce antes do esgotamento da duración do contrato, dado que neste último caso as condicións da extinción son evidentemente tributarias da regulación específica do contrato de que se trate (indefinido ou por tempo determinado, nas súas diversas variedades), de modo que as diferenzas de réxime xurídico dignas de comparación se encontrarán nos primeiros e non nos segundos.

3. A Lexislación positiva sobre o despedimento

Chama a atención a diversidade de normas que o Ordenamento italiano articula para a regulación da extinción. Neste punto non pode evitarse a comparación co Ordenamento español, con vantaxe para este, que basicamente nunha soa norma –dúas, se se atende ó procesual- concentra a práctica totalidade da regulación da extinción (o Estatuto dos Traballadores RD-Leg. 1/1995, de 24 de marzo e a Lei de Procedemento Laboral RD-Leg. 2/1995, de 7 de abril). En Italia son moitas e diversas as normas que conforman a regulación da extinción do contrato de traballo, pero pode afirmarse que o seu conxunto se contén en basicamente cinco normas, a saber:

- O Código Civil, Libro V, Título II, Capítulo I, Sección III, parágrafo 4, que nos seus artigos 2118 e ss. regula o relativo ó aviso previo no caso de resolución do contrato indefinido e ó despedimento por xusta causa.
- A Lei nº 604 de 15 de xullo de 1966, que contén as normas sobre despedimentos individuais.
- A Lei nº 300 de 20 de maio de 1970, o *Statuto dei lavoratori* italiano, que regula a readmisión no posto de traballo nos casos de despedimento ineficaz (tutela real).
- A Lei nº 108, de 11 de maio de 1990 que modifica a anterior.
- A Lei nº 223 de 23 de xullo de 1991, que regula o relativo ó despedimento colectivo.

4. Xeneralidades

a. A importancia do aviso previo

Díxose xa que en Italia a importancia de realizar en tempo e forma o aviso previo de que un traballador vai ser despedido é moito maior da que a esta figura se outorga en España, onde a penas está regulada a súa utilización para o caso de contratos de duración determinada superior a un ano cunha extinción que se produce pola chegada a fin (art. 49.1.c *in fine* do Estatuto dos Traballadores, segundo o cal “a parte do contrato que formule a denuncia está obrigada a notificar á outra a terminación do mesmo cunha antelación mínima de quince días”); para o de dimisión do traballador (art. 49.1.d ET “debendo mediar o aviso previo que sinalen os convenios colectivos ou o costume do lugar”) e a xenérica mención ó aviso previo do art. 49.2 ET (“o empresario, con ocasión da extinción do contrato, ó comunicar ós traballadores a denuncia, ou, de ser o caso, o aviso previo da extinción do mesmo, deberá acompañar unha proposta do documento de liquidación das cantidades endebedadas”). Como se sabe, estas previsións son desenvolvidas nalgúns regulamentos, sendo a consecuencia única do incumprimento do aviso previo a xeración dunha obriga de indemnización “equivalente ó salario correspondente ós días en que dito prazo se incumprise” (art. 21 RD 488/1998, de 27 marzo, para os contratos formativos; art. 8.3 RD 2720/1998, de 18 de decembro para os contratos por obra ou servizo e eventuais).

O dereito positivo italiano regula o aviso previo no art. 2118 do C. Civile, segundo o cal “os contratantes poden rescindir o contrato de traballo indefinido, cumprindo o aviso previo no termo e nos modos establecidos nas normas colectivas, segundo o uso ou segundo a equidade. A falta de aviso previo, quen rescinde debe satisfacer á outra parte unha indemnización equivalente ó importe da retribución que correspondería polo período de aviso previo”.

O art. 2121 C. Civile (modificado pola Lei 297/1982, de 29 de maio) establece que para o cómputo deben incluírse tódalas partidas salariais, e “se o traballador é retribuído en todo ou en parte con complementos, con premios de produción ou con participacións, a indemnización determínase coa media dos emolumentos dos últimos tres anos de servizo ou do menor tempo de servizo prestado. Son parte da retribución tamén o equivalente da manutención e aloxamento debido ó traballador”.

A doutrina e a xurisprudencia ocupáronse profusamente de interpretar esta lexislación, tal vez algo confusa e inconcreta. Fixando á súa transcendencia, foi tratada de forma preferente a cuestión da obrigatoriedade do aviso previo. Así, se entendeu que é obrigatorio respectar o período de aviso previo, mantendo ó traballador no emprego ou ante a súa imposibilidade, satisfacer a indemnización correspondente, incluso cando existe en dito período imposibilidade de continuar a actividade empresarial, vgr. por cesamento total da actividade empresarial (Cass. 2 xuño 1992, nº 6757). Pero en todo caso, ben entendido que o aviso previo é condición de licitude da rescisión. Neste sentido, hai opinións doutrinais que consideran incluso que tendo por finalidade evitar que a extinción da relación, determinada por un acto discrecional dunha soa das partes, se traduza nun excesivo prexuízo para a outra, non pode ser substituído coa indemnización (NICOLINI, 2000:536-537).

Sen embargo, ó traballador lle é posible renunciar ós dereitos del derivados, dándolle a facultade de poñer fin inmediatamente á relación de traballo –isto é, sen continuar no emprego durante o período de aviso previo- e neste caso non se deriva prexuízo algún para a outra parte, é dicir, o empresario que resolve non deberá pagar a indemnización que substitúe a dito período (Cass. 15 xuño 1987, nº 5279). Máis dubidoso é, emporeso, se esta substitución do aviso previo pola indemnización pode realizarse mediante norma inserta en convenio colectivo. Así, mentres algún sector doutrinal considera que é en xeral lexítima a cláusula dun convenio colectivo que prevé a facultade do empresario de rescisión sen aviso previo, pero con aboamento da indemnización correspondente (AMOROSO, 1996:387), a xurisprudencia a penas citada matiza que mentres non pode considerarse lexítima a disposición dun convenio colectivo que exonera a quen rescinde da obriga do aviso previo, é sen embargo lexítima a que recoñeza a facultade, por quen non rescinde, de relevar *ex post* a quen rescinde das obrigas que se derivan do aviso previo, para poñer fin inmediatamente á relación de traballo (Cass. *id.*) (MIRANDA / VITIELLO, 1999:276).

Naturalmente, durante o período de aviso previo non substituído por indemnización alternativa mantense, xunto coa eficacia do contrato, tódolos dereitos e deberes anexos a el, sinaladamente o da boa fe (Cass. 1 xuño 1991, nº 6178), sen que unha das partes poida, unilateralmente, fixar un período máis amplo có da norma colectiva, o uso ou a equidade, segundo os termos do art. 2118 C. Civ. (Cass. 9 xuño 1994, nº 5596). Non obstante, nestes casos de prórroga do termo do aviso previo, non debe producirse unha simple e indeterminada prosecución do contrato.

En canto á substitución do aviso previo pola indemnización, a xurisprudencia estableceu que se dá non só cando existe un pacto expreso entre as partes ó respecto, senón tamén cando se dá un comportamento tácito pero concluínte, como a aceptación, polo traballador, da indemnización substitutiva sen reserva algunha (Cass. 13 decembro 1988, nº 6798; *et.* AMOROSO, 1996:387). En calquera caso, é preciso resaltar como a substitución se produce polo acordo entre as partes, de modo que o feito de eximir ó traballador de prestar traballo no período de aviso previo e ofrecerlle a indemnización substitutiva non consegue por si só o cesamento na relación (AMOROSO, 1996:388).

Debe quedar claro, en calquera caso, que o aviso previo constitúe (salvo en algunhas hipóteses particulares, ás que faremos referencia) unha condición esencial de licitude do negocio unilateral de rescisión do contrato de traballo indefinido (Cass. 6 agosto 1987, nº 6769). E é unha obriga común, tanto no réxime ordinario do despedimento (que esixe, como se sabe, causalidade para o acto extintivo) como no réxime residual da resolución *ad nutum* (AMOROSO, 1996:374). Deste sistema, queda así pois excluído o caso do despedimento por xusta causa (AMOROSO, 375 e 386) habida conta, como veremos, que ela supón unha circunstancia –normalmente imputable a unha das partes- que non consente a prosecución nin sequera provisional do contrato (art. 2119 C.Civ.), así como no caso de resolución verificada no curso do período de proba (MIRANDA / VITIELLO, 1999:276).

Cuestións non por procedimentais menos importantes son as relativas á forma e á duración do aviso previo. En canto á primeira, o aviso previo debe, ó igual que o acto de intimación do despedimento, realizarse por escrito (en realidade, non constitúe un acto distinto deste) (AMOROSO, 1999:389).

A duración do aviso previo normalmente está determinada no convenio colectivo ou no contrato de traballo. A falta dela, operan segundo a doutrina, as disposicións relativas ó contrato de emprego privado (art. 10 RDL 13 novembro 1924). A duración fixada na negociación colectiva pode variar segundo a antigüidade e a clasificación profesional do traballador. Os eventos suspensivos do contrato (vgr. enfermidade) interrompen o cómputo do período de aviso previo (MIRANDA / VITIELLO, 1999:276). En fin, o período de aviso previo é loxicamente computable na antigüidade para o cálculo da indemnización que corresponda, e isto, segundo algún sector doutrinal, xa se traballase ou non (NICOLINI, 2000:538).

b. A comunicación escrita e a motivación

Ó igual que en España, onde a forma escrita para a extinción é esixible con carácter xeral no caso dos contratos indefinidos, en Italia a forma escrita é tamén precisa. Así, o art. 2 da Lei 604/1966, de 15 de xullo, no texto dado polo art. 2 da Lei 108/1990 de 11 de maio sinala:

“1. O empresario, con ou sen ánimo de lucro, debe comunicar por escrito o despedimento ó traballador.

2. O traballador pode requirir, nos 15 días seguintes á comunicación, os motivos que determinaron a resolución: en tal caso o empresario debe, nos 7 días seguintes ó requirimento, comunicarllo por escrito.

3. O despedimento realizado sen a observación das dúas disposicións anteriores é ineficaz. (...)”

Tamén comparten, a lexislación española e a italiana, a necesidade de motivación como requisito de forma, e non só de fondo, do despedimento. Sen embargo, neste punto existe unha diferenza de procedemento que, ó noso xuízo, o complica –ou retarda– no Dereito italiano. Así, como se ve no texto legal recente transcrito, e a diferenza do Dereito español, no que a propia carta de despedimento ten que conter os motivos que o xustifican, en Italia a comunicación do despedimento pode reducirse simplemente ó feito extintivo, obviamente, cos elementos necesarios para facelo comprensible e efectivo, é dicir, a data de efectos, tendo en conta, se procede –se non é por xusta causa– os extremos relativos ó aviso previo e só se trala súa entrega ó traballador este, nos 15 días seguintes, require explicacións sobre as causas do seu despedimento, o empresario nos 7 días seguintes a dito requirimento deberá, tamén por escrito, motivar a súa decisión extintiva.

Como é fácil deducir, a importancia desta motivación é transcendental, habida conta que, como no caso español, o que nela se aduza fixa os termos dun ulterior debate xurisdiccional, de modo que, como no noso dereito prescribe o art. 105.2 LPL, non se admitirán no xuízo subsecuente ó despedimento elementos modificativos da conduta que o motivou ou elementos autónomos e só simples circunstancias confirmadoras ou integradoras dos feitos (Cass. 9 febreiro 1989, nº 823). Esta vinculación ós feitos que constitúen a motivación do despedimento pode incluso remontarse a un momento anterior, cando na motivación o empresario se refira a un documento precedente de contestación nunha imputación disciplinaria ó traballador en que consten xa os moti-

vos que, ó cabo, abocan ó despedimento (Cass. 20 marzo 1991, nº 2963 e 21 decembro 1991, nº 13829).

Sen embargo, non se require ningunha forma escrita, atendendo ó principio de liberdade de forma que rexe con carácter xeral, tanto no Dereito italiano como no español, para a revogación do despedimento (Cass. 18 novembro 1997, nº 11467).

c. Empresas con ánimo de lucro e empresas sen ánimo de lucro

O noso dereito coñece algunhas medidas de distinción das empresas, fundamentalmente encamiñadas á protección das empresas de menor tamaño, ás que se presume unha menor capacidade para facer fronte ós diversos custos de xestión, especialmente cando se trata de facer fronte a esixencias derivadas da chamada “competitividade”. Así, vgr., o art. 33.8 ET, que libera ás empresas de menos de 25 traballadores do aboamento do 40% da indemnización (calculada sobre unha base que non exceda o dobre do SMI), aboamento que asume o Fondo de Garantía Salarial sen posibilidade de repetición; ou a posibilidade de que as empresas de menos de 100 traballadores realicen ata 9 despedimentos (ou ata 4 se vai producirse o cesamento da totalidade do cadro de persoal por cesamento na actividade empresarial) sen cumprir os trámites do despedimento colectivo (art. 51.1 ET) ou, en fin, tódalas normas sobre representación colectiva na empresa, que facilitan a xestión tanto da representación unitaria como da sindical na pequena empresa. Tamén en Italia existen esta clase de previsións, aínda que non van ser o obxecto de estudo neste epígrafe.

Non hai, sen embargo, no noso Dereito do Traballo, un concepto de “pequena empresa”, como tampouco hai, e aquí reside a especialidade do Dereito italiano, un concepto de empresa dividido en función dos seus obxectivos. Ben é verdade que en España esta imprevisión legal (que non ten por que ser, a priori, negativa), foi substituída en parte pola xurisprudencia, que distingue ben ás claras, aínda que non o admita paladinamente, o sector privado e o público, ou máis exactamente, cando o empresario é unha Administración Pública e cando non o é, sendo moito máis flexible no primeiro caso á hora de xulgar as extincións, as posibilidades de contratación temporal e incluso o entendemento dos efectos do que é, no noso dereito un “contrato de traballo indefinido”, como demostran as Ss.TS 20 e 21 xaneiro 1998 e as que lles seguen, doutrina xurisdiccional perturbadora que se segue mantendo.

Pois ben, en Italia, o ordenamento legal distingue, á hora de administrar os réximes xurídicos -en concreto e polo que nos interesa- da tutela dos traballadores sobre os actos extintivos empresariais, entre empresas ou empresarios “imprenditori”, que imos traducir aquí como empresarios “con ánimo de lucro” e empresarios “non imprenditori”, que traduciremos como empresarios “sen ánimo de lucro”, que son, por mor da Lei (art. 4 Lei 108/1990, de 11 maio) os que, sen ánimo de lucro, desenvolven actividades de natureza política, sindical, cultural, de instrución ou de relixión ou culto.

Para o que a Lei crea esta distinción entre empresas con e sen ánimo de lucro, é para aplicarlles unha tutela do despedimento menos intensa no caso das segundas. Así, segundo o citado art. 4 Lei 108/1990, a disciplina do art. 18 SL (modificado pola propia Lei 108/1990) sobre readmisión no posto de traballo ou substitución por indemnización (a ela referirémonos máis adiante neste traballo, cando se estudien as denominadas

“tutela real” e “tutela obrigatoria”) non se aplica nos casos de empresarios sen ánimo de lucro que desenvolven actividades de natureza política, sindical, cultural, de instrucción ou de relixión ou culto (MIRANDA / VITIELLO, 1999:310; PERA, 2000:258).

A doutrina e a xurisprudencia italianas discuten sobre a extensión que haxa de darse a esta excepción. Así, por unha parte, algunhas resolucións xurisdiccionais estimaron que a exclusión non é válida, malia tratarse de empresarios desas características, cando a actividade da empresa (organización de tendencia, no caso, un sindicato) é potencialmente idónea para proporcionar unha utilidade patrimonial (no caso, tratábase de facer productiva a actividade dunha cooperativa), e incluso cando a actividade dos traballadores é, por así dicilo “neutra” respecto da tendencia da organización (P. Roma 8 novembro 1996, en Riv. critica dir. lav., 1997, 399, *apud* SCONAMIGLIO, 1999:935). Así tamén, cando se trata dunha entidade relixiosa que presta instrucción, organizada con predeterminación dos medios e do financiamento do custo do servizo, sen que, nestes casos, a calidade empresarial se exclúa porque as utilidades derivadas do exercicio da actividade sexan utilizadas para alcanzar os fins da actividade mesma e non poidan ser distribuídos (P. Roma, 10 outubro 1990, en Nuovo dir., 1991, 171, *ibidem*).

Ademais da restricción que se vén de describir, operada pola xurisprudencia en canto a aqueles, como empresas sen ánimo de lucro, que deben excluírse da aplicación da norma sobre readmisión nos casos de despedimento ineficaz, tamén a doutrina realizou unha interpretación restrictiva, non tanto en canto á consideración de quen son empresas “sen ánimo de lucro”, senón en canto ó conxunto de normas protectoras dos traballadores a aplicación dos cales debe serlles excluída. Así, aínda que se dixo que a doutrina dominante, polo común, parece propensa a atribuír un significado restrictivo ó termo “empresa”, excluindo deste termo, para os efectos da aplicación da Directiva 129/75, sobre despedimento colectivo, ós empresarios “sen ánimo de lucro”, BLANPAIN / COLUCCI (2000:438) sosteñen que é oportuno dar á noción de “empresa” neste punto unha interpretación extensiva, de modo que a Directiva devén aplicable tamén ós empresarios “sen ánimo de lucro”.

d. Períodos de non resolución salvo xusta causa

O Dereito español coñece situacións en que é precisa unha especial cautela á hora de verificar que un despedimento non foi realizado por motivos discriminatorios ou outros que, por violar dereitos fundamentais, son especialmente reprochables. Aínda que estas situacións pasaron por distintos tratamentos no dereito positivo, sirva a lexislación actual, que nos artigos 53.4 e 55.5 ET declara que o despedimento de traballadores en períodos de suspensión do contrato por risco durante o embarazo, adopción ou acollemento, de traballadoras embarazadas, de traballadores con redución de xornada por motivos familiares ou en situación de excedencia por coidado de familiares, será nulo salvo no caso de que sexa procedente.

O Dereito italiano coñece un sistema de cautelas moi similar, aínda que, na nosa opinión, máis extenso, de modo que nel son períodos de non resolución do contrato, agás xusta causa, os de matrimonio, embarazo e puerperio, servizo militar e enfermidade (MIRANDA / VITIELLO, 1999:280).

A diferenca da lexislación española, en que as cautelas sobre o despedimento por motivos de conciliación da vida laboral e familiar están reunidas no ET, o Dereito italiano presenta unha dispersión normativa que complica en boa medida a detección do réxime xurídico aplicable. Así, o relativo á extinción “por causa de matrimonio” encóntrase na Lei nº 7 de 1 de xaneiro de 1963. Pola súa banda, a Lei nº 1204, de 30 decembro 1971, ocupouse da tutela das traballadoras nais, e nela contense a prohibición de despedimento nos casos de embarazo e puerperio, norma esta, por certo, que se encontra desenvolvida polo Regulamento D.P.R. nº 1026, de 25 novembro 1976 e que foi finalmente refundida no D.Ls. nº 151 de 26 marzo 2001.

i. Matrimonio

Como se vén de dicir, o relativo á extinción “por causa de matrimonio” encóntrase na Lei nº 7 de 1 de xaneiro de 1963. No seu art. 1 repútanse, de pleno dereito, nulas as cláusulas convencionais ou contractuais que prevexan a resolución do contrato por matrimonio, e decláranse nulos os despedimentos realizados pola mesma causa. Establécese ademais a presunción de que o despedimento o foi por causa do matrimonio ata un ano despois de celebrado e outra similar coas demisións presentadas, no mesmo período, polas traballadoras, que precisan, para a súa validez, ser confirmadas no prazo de un mes pola Administración laboral (Dirección rexional e provincial do traballo). Estas presuncións, non obstante, son *iuris tantum*, pois se outorga ó empresario a facultade de probar que o despedimento da traballadora foi por unha xusta causa, concretada agora –do mesmo modo que para a prohibición do despedimento por maternidade e puerperio– no art. 54 D.Leg. 151, de 26 marzo 2001, (anterior art. 2 Lei nº 1204 de 20 decembro 1974), segundo o que a prohibición de despedimento non se aplica no caso de: a) culpa grave da traballadora que constituía xusta causa de despedimento; b) cesamento na actividade da empresa e c) fin da obra ou servizo para a cal foi contratada a traballadora, ou chegada ó remate.

O precepto, ademais, recibiu unha interpretación xurisprudencial extensiva, que estende a presunción, polo que fai ós casos de demisión e sobre a necesidade da súa conformidade pola Administración laboral, a tódolos actos unilaterais da traballadora que poidan levar á resolución do contrato (Cass. 20 outubro 1981, nº 5734, en *Notiziario giurisprudenza lav.*, 1982, 269) e polo que fai, incluso, ó matrimonio non só das traballadoras, senón tamén dos traballadores (P. Salerno-Buccino, 26 xullo 1989, en *Giur. merito*, 1991, 47).

Tampouco, ó efecto de destruír a presunción de ilexitimidade da resolución por matrimonio, pode entenderse incluído no ámbito do “cesamento na actividade” como causa lexitimadora da extinción o caso en que se alegue “unha (presunta) reestructuración con clausura dunha ‘división’ da empresa, non integrando esta última o ‘cesamento na actividade’ previsto...” (Cass. 9 febreiro 1990, nº 941, en *Foro it.* 1991, I, 2842).

Ademais, para que produza efecto este mecanismo, a traballadora non está obrigada, nin se comprende na existencia de boa fe a que obriga o contrato, a comunicar ó empresario o seu matrimonio, comezando a presunción dende que a intención de contraelo se fai publica nos termos civís que correspondan (Cass. 3 xaneiro 1984, nº 10, en *Giust. civ.*, 1984, I, 2210; P. Firenze, 22 agosto 1986, en *Toscana lavoro giur.*, 1987, 91). Incluso, para efectos da impugnación destes despedimentos, non se aplican os termos

temporais fixados na Lei 604 de 1966 (Cass. 14 xullo 1984, nº 4144, en Giust. civ., 1984, I, 3278).

ii. Embarazo e puerperio

Como xa se apuntou, a Lei nº 1204, de 30 decembro 1971, ocúpase da tutela das traballadoras nais, e nela contense a prohibición de despedimento nos casos de embarazo e puerperio, norma esta desenvolvida polo Regulamento D.P.R. nº 1026, de 25 novembro 1976.

O art. 2 da Lei de referencia, prohibe o despedimento das traballadoras, dende o comezo do período de xestación, ata o cumprimento de un ano de idade do fillo. En tales casos, a traballadora ten o dereito de obter a readmisión no seu posto de traballo “mediante presentación, dentro dos 90 días seguintes ó despedimento, de idónea certificación da que resulte a existencia, na época do despedimento, das condicións que o prohibían” (art. 2 Lei 1204 de 1971, afectado pola S. Corte Const. 8 febreiro 1991, nº 61).

No demais, o réxime é o mesmo que o relativo ó matrimonio –non en van este toma a súa regulación do art. 2 que estamos glosando-, de modo que a prohibición de despedimento non se aplica no caso de: a) culpa grave da traballadora que constituía xusta causa de despedimento; b) cesamento na actividade da empresa e c) fin da obra ou servizo para a cal foi contratada a traballadora, ou chegada ó remate.

Similares cautelas tómanse, incluso, no caso de demisión do traballador que se atopa na situación de embarazo ou puerperio descrita. Así, a demisión presentada pola traballadora durante o embarazo, ou polo traballador ou a traballadora durante o primeiro ano de vida do neno ou de acollida do menor, debe ser revalidada pola Inspección de Traballo competente, estando condicionada a resolución do contrato a dita revalidación (art. 55 D.Leg. 151/2001, anterior art. 18.2 Lei nº 53, de 8 marzo 2000).

iii. Servicio militar

De modo moi similar ó regulado no dereito español, o dereito italiano suspende a relación de traballo polo cumprimento do servizo militar ou a prestación social substitutoria (RDL nº 1825 de 13 novembro 1924, conv. en L. nº 562 de 18 marzo 1926; D Leg. nº 303 de 13 setembro 1946, ratificado en L. nº 35 de 5 xaneiro 1953 e L. nº 230, de 8 xullo 1998). Contemplado en Italia o servizo militar como obrigatorio na propia Constitución, no seu art. 52, de forma moito máis sinxela pero contundente que no art. 30 da nosa Constitución, alí mesmo, contense que “a súa prestación non prexudica a situación laboral do cidadán”. Con tal premisa, non sorprende que se entenda implicitamente derrogado o art. 2111 C. Civile, segundo o cal a chamada ó exército resolve o contrato de traballo, precepto que ten que entenderse substituído polo art. 1 do D.Leg. nº 303, de 13 setembro 1946 (matizado ulteriormente, para prestación social substitutoria e análogos por L. nº 772 de 15 decembro 1972 –art. 11-; e Lei nº 49 de 26 febreiro 1987 –art. 33), segundo o cal o tempo da prestación computa ademais como antigüidade –aínda que a norma sometía este extremo a ulterior pacto, a S. Corte Cost. 8/1963, de 16 de febreiro declara ilexítimo isto último a teor do disposto no art. 52 da Constitución, que se transcribiu entre comiñas-.

En fin, e é o que máis interesa ó noso estudio, o art. 5 da L. nº 370 de 2 maio 1955, preceptúa que o traballador, salvo no caso de xusta causa, non pode ser despedido ata que transcorresen tres meses dende a readmisión ó traballo tralo cumprimento do servizo militar.

iv. Enfermidade.

O art. 2110 C. Civile establece que o empresario ten dereito a resolver o contrato –de conformidade coa norma xeral (aviso previo) do art. 2118 da mesma norma- transcorrido o período establecido na Lei, os usos ou segundo a equidade; período polo tanto, en que a enfermidade non extingue e si suspende, o contrato de traballo, e que, como establece o mesmo precepto, debe computarse como de antigüidade.

A xurisprudencia encargouse de precisar os límites desta regulación, en diversos sentidos. Así, entendeuse que a enfermidade do traballador impide ó empresario resolver o contrato por motivo xustificado, aínda que non, sen embargo, por xusta causa (Cass. 22 febreiro 1995, nº 2019, en Mass., 1995) e fixéronse os termos en que, segundo o propio art. 2110 C. Civile –segundo o cal, o empresario ten dereito a resolver o contrato transcorrido o período establecido na lei, as normas colectivas, os usos ou a equidade- cabe a extinción por superación do período máximo de suspensión do contrato por enfermidade (Cass. 26 setembro 1994, nº 7868, en Foro it., Rep. 1994, voz Lavoro (rapporto), nº 1550; Cass. 19 xullo 1994, nº 6731, *ibid.*, nº 1554) pero a realizada antes do seu transcurso é nula (Cass. 21 setembro 1991, nº 9869, en Mass. giur. lav. 1991, 693).

II. TIPOLOXÍA DAS EXTINCIÓNS

1. Renuncia. Despedimento *ad nutum*

Segundo o art. 2118 do C. Civile, que xa coñecemos por conter a regulación relativa ó aviso previo “os contratantes poden rescindir o contrato de traballo indefinido, cumprindo o aviso previo no termo e nos modos establecidos nas normas colectivas, segundo o uso ou segundo a equidade.

A falta de aviso previo, quen rescinde debe satisfacer á outra parte unha indemnización equivalente ó importe da retribución que correspondería polo período de aviso previo”.

Esta aparentemente moi ampla liberdade das partes –calquera delas, é dicir, tamén o empresario- para resolver a relación de traballo, sen esgrimir unha causa xustificada, é reconducida, como pode intuírse, quedando só na liberdade, tanto na forma como no contido (NICOLINI, 2000:530 e 539) de renuncia do traballador, e isto polo menos con dous instrumentos legais distintos:

a. 0 “Tratamento da fin da relación” (*Trattamento di fine rapporto, TFR*).

Consiste nun complexo sistema de normas mediante o que se opera o dereito para o traballador de obter unha suma pecuniaria, polo feito da extinción, calculada en función da antigüidade na empresa (que lembra á indemnización que noso sistema xurídico coñece para os casos de extinción sen causa ou con causa non imputable ó traballa-

dor ou na que non concorre culpa deste –os 20 días de salario por ano de servizo dos despedimentos obxectivo e colectivo, ou os 45 ou 33 do despedimento improcedente-, aínda que non cabe realizar unha simple asimilación de ambas técnicas, pois no caso italiano os despedimentos realizados ilícitamente xeran outra indemnización distinta, en función da ilicitude –tutela real ou obrigatoria-, que non depende tanto da antigüidade como no noso Dereito).

A base deste sistema é o art. 2120 C. Civile. Segundo el, todo caso de extinción, o traballador ten dereito a este TFR. Tal TFR calcúlase sumando por cada ano de servizo unha cantidade non superior ó importe da retribución debida por todo o ano dividida por 13'5, rateándose por meses as fraccións de ano, considerando o mes enteiro cada fracción igual ou superior a 15 días. O precepto continúa, para fixar que conceptos están incluídos (vgr. salario en especie) e excluídos (vgr. suplidos) da base de cálculo, e establecer un non moi simple sistema de actualización das cantidades de cada ano excepto o último, que consiste en revalorizalas nun 1'5% fixo e co 75% do aumento do IPC respecto do ano precedente. En fin, o precepto termina coa posibilidade, conferida ós traballadores con máis de 8 anos de antigüidade, de obter, durante a vixencia do seu contrato, con certos límites e para certas necesidades específicas, un anticipo sobre o TFR.

O Código Civil continúa, nos preceptos subseguintes, regulando as consecuencias económicas do cesamento; así en canto á indemnización por falta de aviso previo (art. 2121); a entrega do TFR ós causa-posuídores do traballador en caso de morte deste (art. 2122), a dedución do TFR dos investimentos de previsión voluntariamente adoptados polo empresario (art. 2123) ou necesidade de engadir unha ulterior cantidade se se pactou validamente un pacto de non concorrencia para despois de rematado o contrato (art. 2125).

Pero como se dixo, o sistema do TFR non esgota aquí a súa regulación positiva, senón que é desenvolvido por un complexo sistema de normas. Así, ademais dos artigos do C. Civile recente descritos, a Lei nº 297 de 29 maio 1982, intitulada “Disciplina do TFR e normas en materia de pensións”, ademais de conferir a redacción que xa describimos, entre outros, dous arts. 2120 e 2121 C. Civile, crea no seu art. 2, dentro do Instituto Nacional de Previsión Social (INPS) un “Fondo de Garantía para o TFR”, co fin de substituír no pagamento do TFR ó empresario en caso de insolvencia e que se financia coa achega polos empresarios do 0'03% das retribucións. O art. 3 da mesma norma refírese á materia de pensións, e con el a complexidade de entendemento das normas incrementase, aparecendo con posterioridade o D.Lgs. nº 299, de 17 agosto 1999, o seu art. 2 posibilita a atribución do TFR a Fondos de pensións, é dicir, que a provisión de fondos que debe facerse cada ano para TFR sexa, como alternativa, investida en Fondos de Pensións para os traballadores, cos requisitos de investimento e de consentimento dos traballadores que nel se especifican. A norma desenvolve seguidamente complexas normas financeiras sobre estas operacións.

Sen pretender exhaustividade na simple enumeración das normas que conformaron a regulación do TFR, o Decreto do presidente do Consello de ministros de 20 decembro 1999 volve a referirse ó TFR e á institución de fondos de pensións dos dependentes públicos.

En fin, é importante facer constar que, de acordo co art. 9 Lei 604/1966, o TFR debe entregarse ó traballador “en todo caso de resolución da relación de traballo”.

b. A esixencia de causalidade para a extinción cando esta provén da vontade empresarial

A doutrina italiana constatou que na práctica o despedimento libre en efecto non subsiste. Despois das Leis de 1990 e 1991, o principio xeral é que o empresario pode despedir só se ten unha xustificación (PERA, 2000:240, 242) e en moi poucos casos queda a liberdade de despedimento admitida, en xeral, no C. Civile (art. 2118), sen necesidade de engadir unha xustificación, bastando a núa manifestación de vontade resolutoria.

En efecto, o art. 1 da Lei nº 604 de 1966, de 15 de xullo, (Lei modificada pola Lei nº 108 de 1990, de 11 de maio), establece que “na relación de traballo indefinida, con empresarios privados ou públicos, onde a estabilidade non estea asegurada por lei, regulamento convenio colectivo ou contrato, o despedimento do traballador non pode realizarse senón por xusta causa no sentido do art. 2119 C. Civile ou por motivo xustificado”.

Quedan, en efecto, algunhas situacións, en todo caso residuais ou excepcionais, en que a núa manifestación de vontade empresarial basta para a extinción, que suporía así, un despedimento libre: estes son (MIRANDA / VITIELLO, 1999:284; PERA 2000:241):

a) altos directivos, en razón do acentuado carácter de confianza da relación, pero que, non obstante, en virtude da normativa contractual teñen dereito, en caso de despedimento inxustificado, a unha indemnización de carácter resarcitorio;

b) traballo doméstico, pola plena liberdade da persoa no seu ámbito doméstico (Lei 339/1958, art. 4.primeiro Lei 108/1990);

c) traballadores *maiores* entendéndose por tales os de máis de 60 anos que reúnan os requisitos para ter pensión e non tiveran optado pola prosecución do traballo co fin de incrementala –aquí o despedimento está socialmente xustificado tamén para liberar emprego para os mozos (PERA, 2000:241)- (art. 4 Lei 903/1977, art. 10 Lei 54/1982, art. 4 Lei 108/1990);

d) contrato de traballo a proba (art. 2096 C. Civile, art. 10 Lei 604/1966);

e) aprendices, ó remate da relación de aprendizaxe (art. 19 Lei 25/1955);

f) deportistas profesionais (art. 4.octavo Lei 91/1981).

Nestes casos, é posible ó empresario resolver sen ningunha motivación, e é idónea a simple declaración de vontade do empresario para a extinción (MIRANDA / VITIELLO, 1999:284). Como se ve, a similitude tanto dos supostos como dos seus fundamentos, co dereito español é tan acusada que escusa todo comentario sobre os motivos concretos do Ordenamento italiano para realizar a excepción, pois cabe dicir que coinciden en ambos acervos.

Resta por referírmonos aquí, coa brevidade que aconsella a extensión xa considerable deste epígrafe, ós casos en que a renuncia provén do traballador, ou ben o traballador mostra a súa conformidade con ela. O Ordenamento italiano que, claro está, non se opón a esta posibilidade, na medida en que imposibilitar a renuncia do traballador suporía unha sorte de achegamento á obrigatoriedade da prestación intolerable, por próxima ó réxime servil ou de escravitude, rodea sen embargo de cautelas, especialmente en casos delicados, esta posibilidade, sempre para salvagardar dereitos dos traballadores que puideran tratar de burlarse baixo a capa dunha aparente renuncia. Vaia por diante, en principio, que a doutrina aceptou as demisións incentivadas economicamente, pero como en realidade estas non son tales renunciacións, senón actos de resolución consensual da relación (MIRANDA / VITIELLO, 1999:274), reservámonos o seu tratamento para o epígrafe seguinte.

Finalmente cabe engadir que incluso no caso de que sexa o traballador quen *motu proprio* protagonice a renuncia, a lei introduce nalgúns casos certas formalidades para a súa validez, precisamente co fin de comprobar a realidade desa renuncia libre e incondicionada, e que non se ve forzada polo empresario. Tal é o suposto, que xa se citou neste traballo, das traballadoras embarazadas (NICOLINI, 2000:539 e 540) e dos traballadores e traballadoras durante o primeiro ano de vida do neno, debendo ser revalidada a demisión polo Servicio de Inspección, segundo dispuxo o art. 18.2 da Lei nº 53 de 8 marzo 2000, hoxe derogado polo D. Lgs. nº 151 de 26 marzo 2001 (art. 86.c.2.t) e substituído polo art. 55 desta última norma, e que se explicou pormenorizadamente *supra*, 1.4.4.

O texto do precepto a penas citado é o seguinte:

“1. En caso de demisión voluntaria, presentada durante o período para o que está previsto, no art. 54, a prohibición de despedimento, a traballadora ten dereito á indemnización prevista nas disposicións legais e contractuais para o caso de despedimento”.

2. A disposición do parágrafo 1 aplícase ó pai traballador que utilizou o permiso de paternidade.

3. A disposición do parágrafo 1 aplícase tamén no caso de adopción e acollemento, no ano seguinte ó ingreso do menor na unidade familiar.

4. A solicitude de demisión presentada pola traballadora, durante o período de embarazo, e pola traballadora ou o traballador durante o primeiro ano de vida do neno ou no primeiro ano de convivencia do menor adoptado ou acollido, debe ser revalidada polo servicio de inspección do Ministerio de Traballo, territorialmente competente. A dita revalidación se condiciona a resolución do contrato de traballo.

5. No caso das demisións do presente artigo, a traballadora ou o traballador non están obrigados ó aviso previo.

A interpretación do primeiro parágrafo do precepto esixe certo detemento: puidera pensarse que atinxe ó caso en que a renuncia é presentada polo empresario, posibilidade, como xa sabemos, conferida en principio polo art. 2118 C. Civile a ambas partes do contrato. Pero, posto que esta interpretación conduciría, con toda probabilidade, á aplicación a ese caso da indemnización correspondente por fin do contrato (TFR), e esta

consecuencia se dá pola simple aplicación das normas comúns (art. 2120 C. Civile e normas concordantes, citadas *supra*), de modo que a norma se convertería nunha única reinteración, valeira de contido, ten que interpretarse, polo contrario, que esta norma outorga unha sobreprotección ás traballadoras embarazadas e a aqueles que gozan do permiso de maternidade ou paternidade durante o primeiro ano de vida do neno, conferíndolles, incluso no caso da súa propia renuncia, a indemnización correspondente por despedimento.

2. Resolución consensual

O lexislador positivo non se detivo na previsión desta posibilidade extintiva, ó modo en que o noso ordenamento o fai ó contemplar, no art. 49.1.a ET como causa de extinción o “mutuo acordo das partes”, distinguindo así esta causa, e dotándoa de entidade propia, respecto da “demisión do traballador” do art. 49.1.d, para a que, ó igual que o Ordenamento italiano, o noso esixe un aviso previo, ben que a súa regulación sexa enormemente superior en Italia. Esta pode ser a causa de que, a diferenza do que ocorre na nosa doutrina, que na manualística ó uso dedica sempre un epígrafe á resolución consensual do contrato (por todos, ALONSO OLEA/CASAS, MONTOYA, SALA, PALOMEQUE/ÁLVAREZ DE LA ROSA, MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ SAÑUDO/GARCÍA MURCIA), a doutrina italiana non preste atención específica, salvo excepcións, a esta posibilidade, ó sistematizar o estudo da extinción do contrato de traballo cun tratamento que non diversifican, particularmente, dos casos de demisión, o que, como se observou pode dar lugar a controverter se o contrato se resolve por demisión ou por despedimento, derivando disto sutís controversias (PERA 2000:539). Neste sentido, a doutrina italiana ocupouse en describir como caso de resolución consensual o da renuncia do traballador “incentivada baixo o aspecto económico” (MIRANDA / VITIELLO, 1999:274).

A xurisprudencia, pola súa banda, identificou e asumiu supostos de resolución consensual, no sentido do art. 1372.1 C. Civile, baseados na autonomía da vontade das partes (Cass. 14 marzo 1997, en Foro it., Rep. 1997, n. 1536). En canto á renuncia “incentivada” á que antes se fixo referencia, a xurisprudencia describe, en termos lóxicos, o fenómeno xurídico que sucede en tales ocasións: cando o empresario, co fin de favorecer a saída voluntaria do persoal da empresa, dispón o pagamento dun incentivo económico para os traballadores que presenten nun determinado período de tempo a demisión, que o propio empresario se reserva aceptar ou non, a comunicación de cesamento do traballador constitúe unha simple proposta de resolución consensual da relación, que se extingue coa adhesión, que pode ser manifestada tamén implicitamente, a través da execución de feito das condicións inherentes á resolución (como, por exemplo, a liquidación que corresponda), por parte do empresario, destinatario da proposta (Cass. 22 xaneiro 1994, n.º 600, en Foro it., rep. 1994, n. 1323).

En fin, unha descritiva sentenza concluiu xa vai tempo que “a particular disciplina establecida, en materia de extinción do contrato, nos arts. 2118 e 2119 C. Civile, que prevén actos unilaterais de resolución tanto no caso de despedimento realizado polo empresario, como no de demisión do traballador, non exclúe que sexan válidas e operativas todas aquelas manifestacións bilaterais da autonomía negocial que dan lugar á especie da resolución consensual do contrato; é válida, polo tanto, a resolución do con-

trato por mutuo consenso, incluso deducible de comportamentos concluíntes das partes (Cass. 1 febreiro 1989, nº. 617, en Giur. it., 1990 I 1 259).

A cuestión, xa que logo, apuntada pero non do todo clara na última sentenza citada, é se o mutuo consenso das partes, que obviamente motiva non só o efecto extintivo senón tamén as súas condicións, é capaz de impedir as regras que sobre a extinción prevén os preceptos xerais aplicables, sinaladamente, os relativos á indemnización por aviso previo e ó TFR. Todo parece indicar que así ten que ser, dado que outra solución, amén de pouco respectuosa coa autonomía da vontade das partes que, como se viu, a xurisprudencia respecta, implicaría no fondo a imposibilidade desta causa resolutoria por solapamento cos efectos da pura renuncia ou despedimento *ad nutum* empresarial.

3. Despedimento por xusta causa

O art. 2119 C. Civile preceptúa que “cada parte pode rescindir o contrato antes da súa chegada a fin, se o contrato é por tempo determinado, ou sen aviso previo, se o contrato é indefinido, cando se verifique unha causa que non consente a prosecución, nin sequera provisional, da relación. Se o contrato é indefinido, ó traballador que resolve por xusta causa corresponde a indemnización indicada no segundo parágrafo do artigo precedente (a relativa ó aviso previo non realizado).

Non constitúe xusta causa de resolución do contrato a quebra do empresario ou a liquidación coactiva administrativa (equivalente a nosa venda xudicial de empresa) da empresa”.

Describe, aínda que en definición extremadamente xenérica (MIRANDA / VITIELLO, 1999:293) o que se coñece como “despedimento por xusta causa”, que permite a resolución unilateral do contrato, xa sexa polo traballador ou polo empresario. Que sexa xusta causa é cuestión non delimitada con claridade pola lexislación. Podería afirmarse que o é, na comparación máis aproximada, o que no noso dereito permite o despedimento disciplinario do traballador ou a resolución polo traballador baseada en incumprimento empresarial do art. 50 ET, é dicir, un incumprimento grave e culpable capaz, pola súa entidade, de ocasionar a consecuencia extintiva.

Os requisitos para a concorrencia desta “xusta causa”, xustificadora da drástica medida extintiva son: gravidade, imputabilidade ó traballador –dolo ou culpa grave-, e inherencia á relación de traballo, nota esta última que a doutrina entendeu en sentido amplo, comprendendo nela así feitos que non están ligados a incumprimentos graves das obrigas contractuais, tales como feitos externos que poidan supoñer vulneración da boa fe e que polo tanto poden incidir na expectativa dunha puntual execución das obrigas contractuais (vgr., unha agresión dun traballador a outro, fóra da empresa, por un asunto relacionado co traballo). Para a apreciación desta xusta causa, sen embargo, non se require a concreta existencia dun dano ou prexuízo ó empresario.

Como se ve, a concepción italiana da “xusta causa” aproxímase bastante ó noso concepto de despedimento disciplinario. Sen embargo, puidera quizais considerarse máis extensa que este, por canto a noción de “causa que non consente a prosecución, sequera provisional, do contrato” non contén o matiz sancionador que, necesariamente, ocasiona o noso despedimento disciplinario. De aí que, a parte da regulación da xusta

causa, o Dereito italiano coñeza unha regulación específica para o despedimento disciplinario no Statuto dei Laboratori (Lei nº 300/1970, de 20 maio), ben que esta última tivese algúns problemas de constitucionalidade (Ss. Corte Cost. 30 nov. 1983, nº 204 e 25 xullo 1989, nº 427) e non se refira só ó despedimento disciplinario, senón, en xeral, á execución do poder disciplinario empresarial, é dicir, á imposición de sancións, das cales a máis cruenta é o despedimento. Esta afirmación verase corroborada, *infra*, ó exemplificar algúns dos casos de extinción tratados pola xurisprudencia, pois ó lado dos casos típicos de condutas penais, ausencias inxustificadas, etc., encóntranse outros como os de enfermidade, despedimentos en empresas de tendencia, etc.

Por outra parte, a mesma definición da xusta causa, ó conter un acusado elemento temporal “non consente a prosecución, sequera provisional...” comporta que o exercicio da resolución debe ser inmediato (*cfr.* MIRANDA / VITIELLO, 1999:293), proximidade, xa que logo, proporcionada á continxencia acaecida e que debe poñerse en conexión coa seguridade xurídica e coas técnicas de prescrición e caducidade, como o fixo no noso dereito GIL GIL, e que, simplificando enormemente, cabe enunciar como a necesidade de esixir que a reacción contra a causa obstativa ou o incumprimento sexa tanto máis pronta canto maior sexa dito incumprimento, de modo que, se ben ante un incumprimento, por así dicir non flagrante do contrato, cabe que a reacción do empresario se faga esperar, para aquilatar e valorar cal ten que ser a medida disciplinaria que se adopte, un incumprimento grave non admite demora na reacción, e polo tanto, se esa reacción non é inmediata isto atenta contra a seguridade xurídica, na medida en que pode inducir ó incumpridor á convicción de que non vai producirse a consecuencia extintiva. En palabras de PERA, 2000:245, a xusta causa comporta en si a proximidade na contestación; se o tempo pasa, é sinal de que o comportamento ou o feito non obstaba á prosecución da relación.

A xurisprudencia, pola súa banda, considera, á hora de configurar unha noción de xusta causa, que se trata dunha falta que, considerada non só no seu contido obxectivo senón tamén subxectivo, lesiona de modo grave a boa fe entre as partes (Cass. 22 marzo 1994, nº 2715, Foro i., Rep. 1994; Cass. 27 nov. 1992, nº 12678, en Mass., 1992). En todo caso, describíronse dúas teorías sobre o despedimento por xusta causa: para a teoría subxectiva ou contractual, aínda que contando coa natureza non de confianza da relación, conta só o grave ou moi grave incumprimento das obrigas contractuais. Para a teoría obxectiva poden ser relevantes situacións obxectivas obstativas, prescindindo do incumprimento (do contrato): isto é, todas aquelas situacións que minan a confianza e non xustifican a prosecución da relación (por exemplo, o caixeiro condenado por un delicto contra o patrimonio en dano doutros). A xurisprudencia segue a concepción obxectiva.

En canto á proximidade, que identificamos antes como compoñente esencial do despedimento por xusta causa, así foi visto tamén pola xurisprudencia: “o requisito de proximidade na realización do despedimento respecto á falta que constitúe a súa causa –a súa existencia debe ser probada polo empresario– é elemento esencial para a configuración dun despedimento por xusta causa, posto que o transcurso dun longo intervalo de tempo entre o momento en que o procedemento extintivo é adoptado e o momento no que a súa causa se produciu ou foi coñecida polo empresario, vén significar razoablemente a compatibilidade do mesmo feito coa prosecución da relación de traballo, e exclúe así pois a subsistencia dunha causa xustificadora dun despedimento

con inmediato efecto resolutorio, isto é, dunha causa tal que non consente a prosecución, nin sequera provisional, da relación no sentido do art. 2119 C. Civile; dito requisito debe ser entendido de todos modos en sentido relativo, debéndose ter en conta, ó valorar a razón dun notable intervalo de tempo entre a falta e o despedimento do tempo necesario para coñecer, reconstruír e valorar a conducta do traballador, como tamén a eventual complexidade, en concreto, da estrutura organizativa empresarial ou a peculiar posición do traballador, que poden retardar o momento da percepción, e xa que logo do establecemento dos feitos considerados como xusta causa” (Cass. 25 xullo 1994, nº 6903, en Foro it., Rep. 1994 nº 1394). Así, polo tanto, non pode considerarse violado o principio de proximidade se o transcurso do tempo entre a comisión da falta e a sanción era necesario para realizar complexas investigacións, durante as cales se adopta unha suspensión cautelar que exclúe a aquiescencia do empresario coa falta cometida (Cass. 27 xuño 1994, nº 6171, en Foro it., Rep. 1994, nº 1502).

Entrando máis na casuística sobre xusta causa, cabe observar que, segundo a xurisprudencia, un feito con relevancia penal non se converte, por ese só feito, nunha xusta causa de despedimento (Cass. 13 maio 1997, nº 4175, en For it., nº 1595, entre outras); vgr., o intento de golpear ó encargado, sen que se estableza adecuadamente a gravidade obxectiva do acto e a veracidade ou non da previa provocación do ofendido (Cass. 13 maio 1997, nº 4175). Si o fai, cando, por razón dos feitos cometidos, queda en cuestión a confianza e lealdade que cabe esixir ó traballador (Cass. 20 xaneiro 1994, nº 497; 24 agosto 1990, nº 8639). Por outra parte, a predeterminación por convenio colectivo do que constitúan xustas causas de despedimento non exime ó xuíz de valorar a gravidade do comportamento (Cass. 24 novembro 1997, nº 11741, en Foro it., nº 1587).

É xusta causa de despedimento o non recoñecemento reiterado e expreso (e xa que logo o non acatamento) da subordinación ó empresario, é dicir, a desobediencia ás ordes dictadas en exercicio do poder directivo e organizativo empresarial (Cass. 22 novembro 1996, nº 10304); o abandono inxustificado do posto de traballo –distinto dunha ausencia momentánea de dito posto– (Cass. 11 xuño 1988, nº 4010); sen que sexa sen embargo suficiente o abandono por prisión preventiva, debendo en tal caso valorar, á luz dos principios de boa fe e tendo en conta as circunstancias obxectivas apreciáveis se concorre ou non propósito deliberado ou polo menos culpa grave (Cass. 23 xaneiro 1986, nº 433); non é xusta causa o feito de que, suspendido o contrato do traballador e percibindo prestacións por desemprego, realice traballos para terceiros, se non vulnera específicos deberes xurdidos do contrato e que se manteñen durante a suspensión (Cass. 29 xullo 1992, nº 9076); si, polo tanto, se o traballo para terceiros se realiza en concorrencia empresarial (Cass. 6 marzo 1990, nº 1747).

O abandono do tratamento durante a suspensión por enfermidade (no caso, non permanecer na súa vivenda), pode ser xusta causa de despedimento se a conducta ocasiona violación de obrigas derivadas do contrato (Cass., 2 maio 1997, nº 3837), como sucede cando durante dito período se realiza traballo (Cass. 14 decembro 1991, nº 13490), pero non cando ese outro traballo non obsta á recuperación da saúde para o traballo suspendido (Cass. 14 abril 1987, nº 3704).

A realización, durante unha folga, de actividades que transcenden as propias de persuasión ou incitación á folga, para converterse en ameazas, insultos ou intimidacións a outros traballadores que non se suman á folga, é xusta causa de despedimento

(Cass. 24 maio 1986, nº 3508); igualmente os comportamentos violentos (no caso, lanzamento dun puño de parafusos contra traballadores non folguistas) (P. Turín, 31 xaneiro 1994, en Foro it., nº 1434); a utilización dos permisos retribuídos por actividade sindical para fins persoais (T. Treviso, 8 abril 1991, en Orient. giur. lav. 1991, 943); a conducta do representante sindical que realiza ofensas de carácter persoal e inxurioso ó empresario (P. Brescia 7 xuño 1984, en Orient. giur. lav. 1984, 1189).

Se a xusta causa recente descrita e invocada para o despedimento falta, o despedimento é inválido en tódolos seus efectos (MIRANDA/VITIELLO, 1999:293), e a consecuencia é a readmisión ó traballador no seu posto de traballo (art. 18 Lei nº 300/1970, de 20 maio). Este extremo desenvolverase *infra*, en III.

4. Despedimento por motivo xustificado

Pode definirse o despedimento por motivo xustificado, a base normativa está no art. 3 da Lei 604/1966, como aquel que determina a posibilidade do empresario de rescindir o contrato, coa soa obriga do aviso previo, a causa dun incumprimento grave das obrigas contractuais do traballador (MIRANDA / VITIELLO, 1999:297). En efecto, o precepto citado contén a seguinte literalidade: “o despedimento por motivo xustificado con aviso previo está determinado por un incumprimento grave (notable, en tradución literal, asunto sobre o que nos ocuparemos *infra*) das obrigas contractuais do traballador ou por razóns inherentes á actividade productiva, á organización do traballo e ó seu regular funcionamento”. Este precepto complétase coa importante norma procedimental do art. 5 da mesma Lei, válida tamén para o despedimento por xusta causa, segundo a cal “a carga da proba da existencia de xusta causa ou motivo xustificado de despedimento corresponde ó empresario”.

Como se ve, o despedimento por motivo xustificado italiano concirne principalmente –aínda que non só– ás obrigas que nacen do contrato de traballo (MIRANDA / VITIELLO, 1999:297), de modo que a analoxía que máis facilmente pode establecerse con figuras do noso dereito é a que o asimila ó despedimento obxectivo que regula o art. 52 ET, no que certamente se aspira tamén a contemplar causas que supoñen incumprimento –non culpable– de obrigas simplemente contractuais: non supracontractuais, como no caso do despedimento disciplinario, en que, vgr., o incumprimento que supoñen as ofensas físicas ou verbais ó empresario ou a outros traballadores pode coexistir cun cumprimento fel das obrigas puramente contractuais; tampouco aquelas que supoñen unha causa non imputable ó traballador senón á xestión da empresa e xa que logo ó empresario, as causas do despedimento colectivo.

Como é fácil adiviñar, un dos primeiros problemas que é preciso analizar, ó individualizar as causas de despedimento por motivo xustificado, é a súa distinción das de despedimento por xusta causa, en que, como xa se viu, trátase tamén, ou pode tratarse, de incumprimentos contractuais dunha das partes, tan graves, que non consenten a prosecución, sequera provisional, do contrato.

Se dixo así que a xusta causa e o motivo xustificado de despedimento constitúen cualificacións xurídicas de comportamentos igualmente idóneos para lexitimar o cesamento do contrato de traballo, unha con efecto inmediato e a outra con aviso previo; polo tanto é admisible a conversión de oficio dun despedimento por xusta causa nun

despedimento por motivo xustificado subxectivo por obra do xuíz, que, instruído coa impugnación polo traballador do despedimento realizado, atribúa ó feito imputado a este último polo empresario a menor gravidade propia do motivo xustificado subxectivo, sendo a modificación consecuencia tan só dunha distinta cualificación, por parte do xuíz, da situación de feito invocada como fundamento da resolución sen necesidade de indagar sobre a específica vontade do empresario (MIRANDA / VITIELLO, 1999:300).

É dicir, que, como sostén NICOLINI, 2000:570, 573, con cita de MAZZIOTTI, as razóns xustificativas do despedimento por xusta causa e por motivo xustificado subxectivo –aquele que máis fácil e directamente se identifica co incumprimento contractual do traballador- non poden ser senón cualitativamente as mesmas: distínguense só cuantitativamente. O motivo subxectivo distínguense da xusta causa “pola menor entidade ou gravidade da transgresión” que consente a prosecución da relación de traballo no período de aviso previo.

En todo caso, e como se fixo notar máis arriba, o despedimento por motivo xustificado esixe un incumprimento *notevole*. Este adxectivo (“notable”) que quixemos traducir máis arriba por “grave”, ten, segundo a doutrina italiana, a función de impedir que calquera incumprimento poida constituír motivo lexítimo de despedimento, e a súa razón de ser é así a protección do traballador. Se o incumprimento non cumpre este requisito, poderá ser sancionado con medidas menos drásticas que o despedimento (sancións disciplinarias). Por outra parte, o concepto abstracto de “incumprimento grave (notable)”, pode ser especificado nos convenios colectivos, para os que o art. 12 Lei 604/1966 deixa a salvo as disposicións que conteñan, na materia regulada, condicións máis favorables para os traballadores. Sobre isto, non obstante, matizan MIRANDA / VITIELLO, 1999:297, que os exemplos presentes nos convenios colectivos poden ter só valor indicativo.

Con estas breves nocións, tratamos de aproximar un concepto do despedimento por motivo xustificado. Emporeso, non pode deixar de advertirse que se trata dun concepto que describe moito máis intensamente ó despedimento por motivo xustificado “subxectivo”, dentro da clasificación que doutrina e xurisdicción italianas realizaron entre tal concepto –moito máis vinculado ó suposto de incumprimento contractual do traballador- e o motivo xustificado “obxectivo”, -vinculado, tal e como ocorre no noso dereito, con causas imputables á xestión empresarial (véxase o noso despedimento obxectivo económico, ou a nova causa de extinción obxectiva do art. 52.e ET)-.

a. Subxectivo

O concepto de motivo xustificado subxectivo pode ser identificado, como xa indicamos, nos casos en que a causa do despedimento é un incumprimento do traballador das súas obrigas contractuais (NICOLINI, 2000:568), incumprimento no que pode concorrer tanto culpa como dolo (MIRANDA / VITIELLO, 1999:297).

Como pode razoablemente argüírse, se se admite que o incumprimento contractual causante do despedimento por motivo xustificado subxectivo poida provir dunha conducta dolosa do traballador, e non só culposa, unha vez máis se mestura a concepción deste tipo de extinción coa de extinción por xusta causa. Pero é que, como tamén se dixo, cabe entender que as razóns xustificativas de despedimento por xusta causa e

por motivo xustificado subxectivo, neste sentido, son cualitativamente as mesmas, e distínguense só cuantitativamente; o motivo xustificado subxectivo distínguese da xusta causa “pola menor entidade ou gravidade da transgresión” que consente a prosecución da relación de traballo no período de aviso previo (NICOLINI, 2000:570 e 573).

En fin, a doutrina insiste, como xa resaltamos, en que nestes casos, o despedimento é posible polo incumprimento “grave” das obrigas contractuais. Debe tratarse dun incumprimento de non escasa importancia (art. 1445 C. Civile), pois para comportamentos non graves deben aplicarse as sancións disciplinarias “conservativas” (PERA 2000:246).

b. Obxectivo

O motivo xustificado obxectivo, que como é fácil observar ten a súa base normativa na segunda parte do art. 3 L. 604/1966, fai lexítimo o despedimento determinado por razóns inherentes á actividade productiva; a organización do traballo e o regular funcionamento da empresa. Segundo NICOLINI, 2000:574, cada unha das tres expresións utilizadas polo lexislador (art. 3 Lei 604/1966) para individualizar o motivo xustificado obxectivo evoca unha hipótese diversa de modo que as razóns do despedimento inherentes á actividade productiva non poden confundirse coas razóns inherentes á organización do traballo e coas razóns interentes ó regular funcionamento da empresa. Parece difícil evitar a comparación, no noso dereito, coas causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción que fundamentan, igualmente, un despedimento obxectivo dos regulados no art. 52.c ET. Do mesmo modo, pois, que no noso dereito, caberá identificar cal ou cales en concreto das razóns posibles é a argüída para actuar a extinción, sen prexuízo de facer notar a interrelación que soe de ordinario poder encontrarse entre todas elas.

Trátase de razóns técnico-productivas que están fóra da conducta do traballador, que non constitúen incumprimentos contractuais deste, e así pois, poden invocarse como causas xustificativas da extinción dos contratos a condición de que as razóns empresariais sexan efectivas e de que exista un nexa causal entre ditas esixencias e o despedimento, respectando as regras técnicas comúns de boa organización.

Por isto, un despedimento por motivo xustificado obxectivo pode ser realizado só cando o traballador non poida ser empregado nun posto alternativo, profesionalmente equivalente. En principio, pois, deben ser respectados os límites do art. 13 SL (art. 2103 C. Civile) respecto da mobilidade funcional do traballador (MIRANDA / VITIELLO, 1999:301), se ben, segundo indican os mesmos autores recente citados, parte da xurisprudencia considera lexítima a modificación *in peius* das tarefas como alternativa ó despedimento ou á CIG (Cassa Integrazione Guadagni –fondo de desemprego-).

Por outra parte, e como en virtude do xenérico art. 5 Lei 604/1966, a carga da proba sobre o motivo xustificado corresponde ó empresario, a el corresponde probar non só os extremos relativos á propia extinción de contrato realizada, senón tamén os que se refiren á ocupación de tódolos restantes postos de traballo e situacións que puideran paliar a medida extintiva mediante outras de xestión da organización empresarial.

Discútese sobre os límites ou non das facultades do xuíz. Quen pon o acento na garantía da iniciativa económica ex art. 41 Cost. nega que o maxistrado poida controlar as causas técnico-productivas, podendo só controlar a subsistencia do nexo causal entre elas e o despedimento. Quen, en cambio, pon en releve o condicionamento da iniciativa á utilidade social, abre o camiño ó control das causas asumindo que o despedimento debe ser inevitable. É ocioso dicir que sobre o tema inflúen as orientacións ideolóxicas da maxistratura. Trátase da mesma discusión que se produce no noso dereito, ó afirmar que cando se produce a reclamación contra un despedimento obxectivo -o que sucede na inmensa maioría dos casos- e se esixe ó maxistrado a valoración da concorrência e entidade das causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción, se lle converte en certa medida en xestor empresarial -non está entre a existencia de profesionalidade do xuíz o coñecemento e valoración da xestión empresarial, senón o coñecemento e aplicación do dereito-. Por isto, convén entender que non é razoable que o xuíz substitúa ó empresario no deseño da xestión e a estratexia empresarial, sen prexuízo de que haxa de facer o xuízo de adecuación entre as causas alegadas e a medida extintiva realizada.

Se a Lei italiana é parca en palabras para distinguir as tres ordes de razóns que xustifican unha extinción por motivo xustificado obxectivo, a xurisprudencia non é moito máis explícita ó vulgar os casos concretos. Non é nada fácil illar, na xurisprudencia italiana, exemplos que permitan distinguir cando a razón xustificativa se encontra na actividade productiva, a organización do traballo ou o regular funcionamento da empresa. Algunhas sentencias, cunha clasificación que, certamente, merece tódalas reservas, serán ofrecidas a continuación:

i. pola actividade productiva

A xurisprudencia maioritaria expresa que o control xurisdiccional sobre a licitude do despedimento por razóns inherentes á actividade productiva e á organización do traballo debe limitarse á comprobación da existencia real dos motivos esgrimidos polo empresario como fundamento da resolución e non pode estenderse ó control da validez dos criterios de xestión da empresa nin da elección operada polo empresario (Cass., 18 marzo 1987, nº 2738, en Mass. 1987).

ii. Pola organización do traballo

Para a configuración da supresión do posto de traballo por motivo xustificado obxectivo non é necesario que se supriman tódalas tarefas atribuídas con anterioridade ó traballador despedido, senón as exercitadas con preponderancia e por conseguinte as que determinaban o posto de traballo do traballador (Cass. 17 decembro 1997, nº 12764, en Foro it., Rep. 1997, nº 1662; *et* Cass. 15 novembro 1993, nº 11241, en Foro it., Rep. 1994, nº 1463).

Non constitúe motivo xustificado obxectivo, dado que non comporta supresión do posto de traballo senón un simple aforro na retribución do persoal dependente, a decisión de substituír a un mestre dunha escola xestionada por unha congregación relixiosa por unha monxa pertencente a dita congregación e non retribuída (Cass. 11 abril 1994, nº 3353, en Foro it., Rep. 1994 n. 1461).

A reestructuración organizativa para unha xestión máis económica da empresa pode constituír motivo xustificade obxectivo, sen que sexa controlable nos seus perfís de congruencia e oportunidade a opción empresarial: para verificar a súa efectividade, non é necesaria unha indagación sobre as marxes de conveniencia e de onerosidade dos custos que soporta o sistema organizativo modificado polo empresario (Cass. 20 marzo 1994, nº 3128, en Foro it., Rep. 1994, n. 1462).

iii. Polo regular funcionamento da empresa

A esixencia de non superar o número máximo de traballadores establecido pola lei para a configuración da empresa como artesá, co fin de aproveitarse da disciplina fiscal e contributiva propia das empresas de tal natureza, non pode constituír motivo xustificade obxectivo (a súa lexitimidade implica tamén a comprobación da imposibilidade de empregar ó traballador noutro posto) dado que tal motivo ten como finalidade unha reestructuración da empresa en sentido cualitativo –na que o despedimento representa non a causa, senón o efecto- e non xa simplemente cuantitativo (Cass. 26 xullo 1990, nº 7540, en Riv. giur. lav., 1991, II, 305).

5. Despedimento colectivo

A diversidade de normas de que se falou ó principio deste traballo, como característica –e non plausible- do dereito Italiano, é especialmente acusada no tratamento do despedimento colectivo, para o que, ademais, a súa norma reguladora principal trata tamén outras cuestións conexas con esta clase de extinción, tales como a protección por desemprego para tales casos, reocupación, etc.

A norma central que regula o despedimento colectivo italiano é a Lei 223/1991, de 23 de xullo, norma que, por certo, incorpora ó Ordenamento italiano a Directiva 129/75, con referencia á noción de despedimento colectivo (BLANPAIN / COLUCCI, 2000:439) (e a través de sucesivas modificacións, como a operada polo D.Lgs. 151/1997, de 26 maio, a Directiva 92/56). Dentro dela, ten substancial importancia o art. 4, que regula un extenso e complexo procedemento a seguir; o art. 5, que regula, unha vez levado a cabo dito procedemento, os criterios de selección e individualización dos traballadores ós que vai afectar o despedimento colectivo que proceda e o art. 24, que regula precisamente os supostos en que ten que seguirse o procedemento e que xa que logo define o ámbito de obrigatoriedade e actuación do despedimento colectivo, polo que pode comezarse pola súa análise. O seu complexo texto esixe non só a súa exposición literal, senón que esta sexa ás veces auxiliada dunha referencia máis explícita a outros preceptos ós que remite. Así o expoñemos agora, no que nos interesa inmediatamente:

“24. Normas en materia de redución do persoal. 1. As disposicións [relativas ó procedemento do despedimento colectivo e á selección de traballadores ós que afectará] aplícanse ás empresas que ocupen máis de 15 traballadores e que, como consecuencia dunha redución ou transformación de actividade ou de traballo, pretender realizar polo menos 5 despedimentos no espazo de 120 días en cada centro de traballo ou en máis dun centro de traballo no ámbito dunha mesma provincia. Tales disposicións aplícanse para tódolos despedimentos que, no mesmo espazo temporal e no mesmo ámbito territorial sexan reconducibles á mesma redución ou transformación.

2. As disposicións do apartado anterior aplícanse tamén cando a empresa á que se refire pretenda cesar na actividade”.

Como se ve, a normativa lembra inmediatamente á súa homónima da Lei española, que, loxicamente, posto que ambas harmonizan as Directivas comunitarias que xa se citaron, contén tamén un parámetro numérico e outro temporal. Respecto do numérico, apréciase a menor complexidade da norma italiana, que establece só un limiar de cadro de persoal mínimo para a empresa, e un limiar de traballadores afectados tamén mínimo, con independencia da dimensión da empresa, superado aquel primeiro limiar. Así, mentres que no noso dereito o número de traballadores que determinan o carácter colectivo do despedimento depende do cadro de persoal da empresa, de modo que serán 10 en empresas que ocupen menos de 100 traballadores, o 10% en empresas que ocupen entre 100 e 300, e 30 ou máis nas que ocupen trescentos ou máis e tamén o número de máis de 5 traballadores se se produce o cesamento na actividade (art. 51.1 ET), en Italia, con limiares moito máis favorables para os traballadores, o despedimento é colectivo só con 5 despedimentos e cando a empresa ocupe a máis de 15 traballadores.

Non menos favorable é o espazo temporal que utiliza o dereito italiano, que amplía a 120 o número de días en que teñen que computarse as extincións, mellorando así o espazo de 90 días que establece o Dereito comunitario (BLANPAIN / COLUCCI, 2000:439) e que foi o adoptado polo dereito español.

En canto ás causas, o art. 24 transcrito refírese á redución ou transformación da empresa ou ó cesamento na actividade. Pola súa banda, o art. 4 da mesma Lei, ó describir o procedemento, establece que a comunicación que o inicia debe conter, entre outros extremos, os motivos técnicos, organizativos ou productivos polos que se considera que non é posible adoptar medidas adecuadas para poñer remedio á situación e evitar, en todo ou en parte, as medidas extintivas propostas. Sobre o primeiro grupo de motivacións, é dicir, a redución ou transformación da actividade, PERA, 2000:247 opina que non pode realizarse control de causas nin da administración nin do xuíz. Pero, por comprensible intención social, a lei quere que os despedimentos non teñan lugar senón cando sexan inevitables, como *extrema ratio*. En fin, cando os despedimentos teñan unha certa consistencia, e sexan dunha certa entidade, é dicir, cando se superen os parámetro numéricos e temporais que expuxemos, a Lei dispón un aparato procedimental tendente a conxurar, se é posible, as intencións de partida do empresario.

Pode describirse o procedemento como segue (arts. 4 e 5 Lei 223/1991):

Previamente á adopción das medidas de extinción colectiva que se pretendan o empresario debe iniciar o pagamento ó I.N.P.S., que se efectuará en trinta prazos mensuais, dunha suma igual a seis veces o *tratamento máximo de integración salarial* multiplicado polo número de traballadores considerados sobrantes.

Coa copia de ter iniciado dito ingreso, realizarase comunicación previa por escrito ás representacións dos traballadores na empresa e ás asociacións de categoría adheridas a confederacións máis representativas.

Dita comunicación conterà os motivos técnico-organizativos que sustenten a redución de persoal; o número, posto de traballo e perfil profesional dos traballadores sobrantes e dos habitualmente empregados; os tempos de actuación do programa previsto e as medidas eventuais programadas para afrontar as consecuencias sociais da actuación do programa.

A comunicación abre un procedemento que nunha primeira fase se desenvolve no ámbito sindical, e consiste nunha negociación entre empresario e sindicatos, que remata se se alcanza un acordo dirixido a evitar os despedimentos. Ábrese nos sete días seguintes ó da comunicación e non pode ter unha duración superior a 45 días. Este procedemento está incentivado na Lei, pero o empresario é libre de non aceptar as propostas sindicais e o sindicato non está obrigado a activalo.

Se non ten éxito tal negociación –como se ve, equiparable ó noso período de consultas do art. 51.4 ET– se abre unha segunda fase de conciliación en sede administrativa, baixo impulso da Dirección Provincial de Traballo. Esta fase non pode ter unha duración superior a 45 días.

Se tampouco esta fase produce efectos positivos, o empresario pode proceder a individualizar os traballadores afectados polo despedimento, ó abeiro de acordos colectivos, esixencias técnico-productivas e organizativas, cargas familiares e antigüidade.

Sobre o empresario recaen os deberes informativos, isto é, a comunicación do despedimento ó traballador en forma escrita e con respecto do prazo de aviso previo correspondente. Debe ademais realizarse comunicación ás organizacións sindicais, I.N.P.S. e Dirección provincial de Traballo do nome, enderezo, cualificación, encadramento, idade e cargas familiares dos traballadores despedidos e a modalidade seguida na aplicación dos criterios de selección.

Á comunicación do despedimento segue a inclusión do traballador na lista de *mobilitàade*, termo co que a Lei italiana se refire a un específico modo de xestión da protección do desemprego dos traballadores por esta causa, e que inclúe, por unha parte, o aboamento polo empresario que procede ó despedimento colectivo da suma á que antes se fixo referencia, segundo o art. 5.4 Lei 223/1991.

A falta de respecto á forma prevista ou a violación do procedemento que se vén de describir conduce á ineficacia do despedimento ó que se concede a denominada *tutela real ex art. 18 SL* (art. 5.3 Lei 223/1991, MIRANDA / VITIELLO, 1999:325), é dicir, que procederá a readmisión no posto de traballo máis o correspondente resarcimento do dano. Sen embargo, e segundo o mesmo texto legal, a errónea aplicación dos criterios de selección non conduce á nulidade senón á anulabilidade do despedimento. No caso en que o vicio consista na violación dos criterios de selección o empresario ten a facultade, sen activar un novo procedemento, de realizar o despedimento a un novo traballador, realizando esta vez unha correcta utilización dos criterios de selección (art. 17 L. 223/1991). En todo caso para facer valer un destes vicios o traballador debe impugnar o despedimento entendido como ilexítimo nos termos da Lei 604/1966.

6. Despedimento disciplinario

É despedimento disciplinario aquel en que a xusta causa ou motivo subxectivo xustificado (que sendo formas de incumprimento diferenciadas só dende o punto de vista cuantitativo constitúen dúas especies do mesmo xénero, seguindo a MIRANDA / VITIELLO, 1999:290), intégranse na violación culpable, polo traballador, das obrigas de dilixencia requiridas pola natureza da prestación asumida, ou pola desobediencia ás ordes impartidas polo empresario ou os seus auxiliares.

Como se ve, así pois, no dereito italiano podería dicirse que non existe unha categoría xurídica específica para o despedimento disciplinario, senón que este se enmarca dentro das categorías xerais de despedimento por xusta causa ou por motivo xustificando –haberá que entender, naturalmente, que subxectivo- en función do feito obstativo á continuidade do contrato de traballo e sempre que este feito obstativo sexa imputable ó traballador. As notas que deben darse entón para proceder a un despedimento disciplinario son as seguintes:

grave e notable incumprimento das obrigas do traballador (ou xusta causa); imputabilidade ó traballador con dolo ou culpa e inexistencia de conexión entre o incumprimento e eventuais esixencias organizativas ou productivas da empresa.

En materia lexislativa, o centro de imputación positivo do despedimento disciplinario soe identificarse, entre a doutrina italiana, no art. 7 SL (Lei 300/1970), que basicamente establece non os contidos de dereito substantivo sobre o que sexan infraccións disciplinarias obxecto de sanción co despedimento, senón o procedemento a seguir –con as correspondentes garantías- no caso de que pretenda impoñerse a sanción dada a infracción do traballador. Cales sexan as infraccións e que estas permitan ou non impoñer a máxima sanción que constitúe o despedimento é materia que se deixa principalmente á negociación colectiva, ou, por dicilo coas palabras do Tribunal Constitucional italiano, á normativa lexislativa, colectiva ou validamente imposta polo empresario (Corte Cost., sent. 30 novembro 1982, nº 204). Non obstante, cabe dicir que a falta de fixación no código disciplinario non impide a lexitimidade do despedimento cando os feitos configuran un ilícito penal ou graves violacións de deberes fundamentais porque en tales casos se presume o coñecemento da antixuridicidade do comportamento (MIRANDA / VITIELLO, 1999:290).

En materia de procedemento, o art. 7 Lei 300/1970, establece pormenorizadamente o *iter* a seguir. O empresario non pode adoptar decisión disciplinaria algunha sen que previamente comunicase ó traballador a imputación que lle fixera, e sen haberlle proporcionado defensa, é dicir, a oportunidade de oírle. É o que cabe identificar coa “tutela obrigatoria”, que se desenvolve *infra*. Para isto, o traballador pode facerse asistir dun representante sindical. O traballador, unha vez que lle foi imposta a sanción –o despedimento, no caso deste estudio- pode promover, nos 20 días seguintes, por si ou por medio do sindicato ó que estea afiliado, a constitución, por medio da Dirección rexional e Provincial de Traballo, dun “colexio de conciliación e arbitraje”, composto dun representante de cada parte e un terceiro, elixido por ambos ou nomeado pola Dirección de referencia. A sanción disciplinaria quedará entón en suspenso ata o pronunciamento de dito “colexio”. Se o empresario non prové, nos dez días seguintes á notificación da Dirección Rexional para que nomee o seu representante en dito colexio, a sanción dis-

ciplinarina non terá efecto. E se o empresario recorre perante a xurisdicción, a sanción quedará en suspenso ata o seu pronunciamento.

En canto á cualificación para os efectos do despedimento disciplinario, a doutrina (NICOLINI, 2000:560-561), distingue en función de que o despedimento se produza na área do libre desistimento, da tutela obrigatoria ou da tutela real. Verase pois, *infra* o referente a isto.

III. A PROTECCIÓN CONTRA O DESPEDIMENTO E O PROCEDEMENTO

De forma xeral, pode dicirse que o despedimento realizado se volve ineficaz por falta de forma escrita ou por falta de motivación cando existe o oportuno requirimento para isto realizado polo traballador, a parte, claro está, as limitacións que xa se viron *supra* para o despedimento nos casos de matrimonio, embarazo e puerperio, servicio militar e enfermidade. O despedimento inválido pode merecer entón a “tutela real”, é dicir, ser nulo e requirir a readmisión no posto de traballo (ou unha indemnización alternativa, pero a elección do traballador), ou ser inválido pero non nulo, de modo que mediante a “tutela obrigatoria” cabe a readmisión ou ben a súa substitución por unha indemnización.

A tutela obrigatoria constitúe o réxime ordinario e quen o invoca non debe asumir ningunha carga probatoria (agás, obviamente, a de probar o despedimento impugnado no ámbito dunha relación de traballo subordinado); a tutela real e a libre rescisión constitúen réximes especiais e quen os invoca debe probar os presupostos de aplicabilidade; non sen ter en conta –no plano procesual- que a subsistencia do requisito de dimensión da empresa alegada por quen demanda en xuízo, pode incluso ser deducida da falta de oposición do demandado (AMOROSO, 1996:386).

1. O aviso previo (remisión)

A obriga de aviso previo é, como xa se viu *supra* (1.4.1), común a tódolos despedimentos coa excepción de que o despedimento se produza por xusta causa. A súa inobservancia é sancionada en todo caso coa obriga para o empresario de pagar a indemnización substitutiva do aviso previo (AMOROSO 1996:374, 375, 386).

2. A forma e a motivación (remisión)

Como se viu xa *supra* (1.4.2), o despedimento require en primeiro lugar cumprir a obriga de comunicación escrita, se ben en principio se pode realizar sen necesidade de motivación. A obriga de motivación xurde cando o traballador faga expresa solicitude, nos 15 días seguintes á comunicación, de tal requirimento. Nese caso o empresario debe explicitar os motivos nos 7 días seguintes á solicitude.

O traballador pode non pedir a motivación e isto non constitúe aquiescencia co despedimento. Pero ten interese en facelo, porque a explicitación dos motivos polo empresario comporta a súa inmodificabilidade e fixa os termos da litis (PERA, 2000:253).

O defecto dos requisitos formais conduce á ineficacia do despedimento por substancial nulidade do acto (MIRANDA / VITIELLO, 1999:281). Debe entenderse, así pois,

que a forma escrita é requirida *ad substantiam* (NICOLINI, 2000:549). A ineficacia do despedimento realizado oralmente exclúe a carga do traballador de debelo impugnar no prazo sinalado na Lei (60 días, segundo o art. 6 Lei 604/1966, dentro dos cales debe terse realizado o intento de conciliación previa, segundo o art. 5 Lei 108/1990 e art. 7 Lei 300/1970 para o despedimento disciplinario) (NICOLINI, 2000:555).

Este é o principio xeral, ó que fai excepción o despedimento disciplinario. En tal caso é necesario respectar o procedemento previsto para a imposición de sancións disciplinarias: publicidade do código disciplinario; contestación da imputación por escrito; concesión dun prazo ó traballador para a presentación da súa propia defensa e un espazo de 5 días entre a contestación da imputación e a adopción da medida disciplinaria.

Os requirimentos formais, non obstante, coñecen entre outras as excepcións dos traballadores a proba, domésticos e maiores de sesenta anos con dereito a pensión. Véxase ó respecto *infra*, III.5.

3. A tutela real

O despedimento é nulo cando se realiza por pertenza a un sindicato; participación en actividade sindical; razóns derivadas de credo político ou fe relixiosa (despedimento discriminatorio); matrimonio en violación do art. 1. L 7/1963; maternidade en violación do art. 2 L. 1204/1971 o realizado en fraude de lei ou por motivo determinante ilícito (arts. 1344-1345 en relación co 1324 CC)

O efecto da nulidade é a “tutela real”, que pretende a estabilidade real do traballador no seu posto de traballo e caracterízase precisamente porque o xuíz debe condenar ó empresario á efectiva readmisión do traballador. Algúns autores denominan a esta tutela “*réxime forte*” de protección contra o despedimento (PERA, 2000:256).

A súa regulación positiva encóntrase no profuso art. 18 Lei 300/1970, modificado pola Lei 108/1990. Nel, obviando detalles de matiz e precisións específicas, se ordena que o Xuíz, na sentenza en que declara ineficaz o despedimento por falta de forma (art. 2 Lei 604/1966) ou anula o realizado sen xusta causa ou sen motivo xustificado, ou declara a nulidade por imperativo legal (despedimento en casos de matrimonio, puerperio, etc.), ordenará ó empresario (tanto con como sen ánimo de lucro, coas excepcións que máis abaixo se relatan) que despediu ó traballador ocupado nun centro de traballo en que se ocupe a máis de 15 traballadores, readmitirlle no seu posto. O mesmo aplicárase no caso de que sexan varios centros de traballo os que ocupen conxuntamente, no mesmo ámbito territorial, a máis de 15 traballadores, aínda que non alcancen tal límite illadamente, e en todo caso ó empresario que ocupa en conxunto a máis de 60.

O xuíz, ademais, condenará ó empresario ó resarcimento do dano causado ó traballador polo despedimento ineficaz, establecendo unha indemnización correspondente ás retribucións dende o día do despedimento ata o de efectiva readmisión, coas correspondentes cotizacións ó Sistema de previsión social, pero en todo caso, esta indemnización resarcitoria non poderá ser inferior a 5 mensualidades de salario.

O traballador –non o empresario- ten a facultade de, mantendo os “salarios de tramitación” que se veñen de describir, pedir, en substitución da readmisión, unha indemnización igual a 15 mensualidades de salario. Se no prazo de 30 días o traballador non reingresa –invitado polo empresario a facelo- ou non reclama a indemnización alternativa, o contrato de traballo enténdese resolto (NICOLINI, 2000:580).

Se o traballador despedido é representante sindical, a petición conxunta deste e o seu sindicato, o Xuíz pode dispoñer a súa readmisión no posto de traballo en calquera fase do proceso. En tales casos, ademais, se o empresario non acata a sentenza –non impugnada ou confirmada-, ou a decisión que se vén de transcribir, está obrigado tamén a pagar a favor do Fondo de adecuación de pensións unha cantidade igual ó importe da retribución debida ó traballador por cada día de atraso no cumprimento.

O requisito do número de traballadores ocupados para que teña lugar a aplicación da tutela real, non demasiado claro no texto legal, debe ser interpretado como segue (AMOROSO, 1996:377): aténdese ás dimensións da empresa e precísase que ocupe máis de 15 dependentes no centro de traballo no que tivese lugar o despedimento ou máis de 15 dependentes no ámbito territorial do mesmo municipio (incluso se cada unidade productiva, individualmente considerada non alcanza tal límite) ou, en fin, máis de 60 traballadores en conxunto. Os dous primeiros parámetros redúcense en caso de empresario agrícola sendo suficiente que ocupen máis de 5 traballadores en cada centro de traballo.

En canto ós efectos da tutela real, díxose que en realidade, a readmisión do traballador non é coercible (sen entrar na hipótese da execución coactiva das obrigas de facer). Queda a salvo o dereito á retribución e á cotización (MIRANDA / VITIELLO, 1999:310).

A tutela real, en canto ó seu ámbito de aplicación, e á parte o parámetro numérico de traballadores empregados que xa se describiu, ten o seu ámbito de aplicación delimitado tamén por algunhas excepcións, tanto de inclusión, como de exclusión. Así, en canto ás primeiras, o art. 3 Lei 108/1990, establece que o despedimento realizado con discriminación é nulo con independencia da motivación aducida e comporta, calquera que sexa o número de traballadores ocupados polo empresario, as consecuencias da tutela real. En canto ás segundas, o art. 4 da mesma norma sen embargo exclúe a aplicación da tutela real nos casos de empresarios sen ánimo de lucro que realizan actividades de natureza política, sindical, cultural, de formación ou de relixión ou culto, e tamén nos casos en que o despedimento afecta a traballadores maiores de sesenta anos, que cumpren os requisitos para acceder á xubilación e non tiveran optado pola prosecución do contrato –nos termos da súa normativa específica, que non é do caso especificar aquí-, con excepción de que o seu despedimento sexa discriminatorio.

4. A tutela obrigatoria

De acordo co art. 8 Lei 604/1966, cando resulte comprobado que non se dan as causas do despedimento por xusta causa ou por motivo xustificado, o empresario debe readmitir ó traballador no prazo de tres días ou, en defecto de, resarcirle do dano entregándolle unha indemnización de importe abranguido entre un mínimo de 2'5 e un máximo de 6 mensualidades de salario, tendo en conta o número de traballadores ocu-

pados, a dimensión da empresa, a antigüidade no servizo do traballador, o comportamento e as condicións das partes. O tope máximo da indemnización precedente pode ser aumentado ata 10 mensualidades para o traballador cunha antigüidade de 10 anos e ata 14 mensualidades para o traballador cunha antigüidade superior a 20 anos, se depende dun empresario que ocupa máis de 15 traballadores.

Este réxime de protección contra o despedimento, chamado tutela obrigatoria, aporta, segundo a doutrina italiana (AMOROSO, 1996:373) unha garantía débil, porque é simplemente patrimonial “e aínda de contido exíguo”. A alternativa do pagamento da indemnización en lugar da readmisión, que se traduce na eficacia do despedimento, incluso ilexítimo, para resolver a relación e a dimensión contida de tal indemnización dan, segundo o autor recente citado, razón do carácter débil da tutela ofrecida ó traballador.

O ámbito subxectivo de aplicación desta tutela obrigatoria, é dicir, a resposta a cando debe darse esta protección e non a máis reforzada da tutela real, vén dado precisamente polos límites que franquean o acceso a esta. Así, e segundo o art. 2 Lei 108/1990, a tutela obrigatoria procede nos casos de empresarios privados, non agrícolas e sen ánimo de lucro ou entes públicos en que a estabilidade non estea asegurada por Lei (*cfr.* nosa exclusión constitutiva do Dereito do Traballo dos funcionarios públicos), que ocupen nas súas dependencias, no centro de traballo onde tivese lugar o despedimento, ata 15 traballadores e empresarios agrícolas que ocupen no centro de traballo ata 5 traballadores, e sempre que, en todo caso, o número de traballadores ocupados polo empresario –en calquera centro de traballo- non sexa superior a 60. Os criterios de cómputo dos traballadores (compútanse os traballadores a tempo parcial polo tempo ocupado, etc.) veñen precisados, así pois, como no caso da tutela real, no art.18 Lei 300/1970; modificado pola lei 108/1990 e no art. 21, 7º parágrafo Lei 56/1987 e art. 6 Lei 196/1997.

A tutela obrigatoria ou débil é, como se ve, un sistema parecido ó de nosa declaración de improcedencia do despedimento. Díxose (PERA, 2000:259), que non se trata de verdadeiro resarcimento dos danos tanto se se considera o máximo sobre o cal o xuíz non pode condenar como se consideramos os criterios que o maxistrado debe barallar para a determinación da pena e que teñen pouco que ver coa efectividade do dano. Trátase propiamente dunha pena.

5. A rescisión libre

Como xa se dixo (en 2.1.b), ademais dos casos en que procede a tutela real ou a tutela obrigatoria recente descritas, quedan, en efecto, algunhas situacións, en todo caso residuais ou excepcionais, en que a núa manifestación de vontade empresarial basta para a extinción, que suporía así, un despedimento libre: estas son (MIRANDA / VITIELLO, 1999:284; PERA 2000:241):

a) os despedimentos que afectan ós altos directivos, en razón do acentuado carácter de confianza da relación, pero que, non obstante, en virtude da normativa contractual teñen dereito, en caso de despedimento inxustificado, a unha indemnización de carácter resarcitorio;

b) os producidos no ámbito do traballo doméstico, pola plena liberdade da persoa no seu ámbito doméstico (Lei 339/1958, art. 4.primeiro Lei 108/1990);

c) os realizados con traballadores *maiores* entendéndose por tales os de máis de 60 anos que reúnan os requisitos para ter pensión e non optaran pola prosecución do traballo co fin de incrementala –aquí o despedimento está socialmente xustificado tamén para liberar emprego para os mozos (PERA, 2000:241)- (art. 4 Lei 903/1977, art. 10 Lei 54/1982, art. 4 Lei 108/1990);

d) contrato de traballo a proba (art. 2096 C. Civile, art. 10 Lei 604/1966);

e) aprendices, ó remate da relación de aprendizaxe (art. 19 Lei 25/1955);

f) deportistas profesionais (art. 4.octavo Lei 91/1981).

Nestes casos, é posible ó empresario resolver sen ningunha motivación, e é idónea a simple declaración de vontade do empresario para a extinción (MIRANDA / VITIELLO, 1999:284). Como se ve, a similitude tanto dos supostos como dos seus fundamentos, co Dereito español é tan acusada que escusa todo comentario sobre os motivos concretos do Ordenamento italiano para realizar a excepción, pois cabe dicir que son os mesmos.

6. Procedemento: conciliación previa obrigatoria

O art. 6 Lei 604/1966, establece que o despedimento debe ser impugnado so pena de decaemento da acción nos 60 días seguintes á recepción da súa comunicación, con calquera acto escrito, incluso extraxudicial, idóneo para mostrar a vontade do traballador como pode ser tamén a través da intervención do sindicato dirixida a impugnar o despedimento.

Pola súa banda, o art. 5 Lei 108/1990, establece o “intento obrigatorio de conciliación”. Segundo este precepto, a demanda xudicial non pode ser presentada se non é precedida do intento de conciliación que se realice segundo –en principio- o procedemento previsto na negociación colectiva ou nos arts. 410 e 422 do C.P.C. (Lei procesual civil). De non realizarse, a improsperidade da demanda é apreciable de oficio, e en tal caso, o xuíz suspenderá o proceso e dará ás partes un prazo perentorio, non superior a 60 días, para a proposición do intento de conciliación. O proceso debe restablecerse, a instancia dunha das partes, no prazo perentorio de 180 días dende o cesamento da causa de suspensión. Se o intento de conciliación falla, cada unha das partes pode aínda promover unha arbitrase. De realizarse este, tendo que producirse o pronunciamento en 30 días, a súa decisión é título executivo.

E o art. 7 Lei 604/1966, dispón que cando o traballador non poida valerse do procedemento previsto na negociación colectiva ou en acordos sindicais, pode promover, nos 20 días seguintes á comunicación do despedimento ou á comunicación dos motivos cando non coincida coa do despedimento, o intento de conciliación ante a Dirección Rexional e Provincial do traballo. Se a conciliación ten éxito, será título executivo previo mandato xurisdiccional.

O prazo de 60 días para a impugnación do despedimento, que establece o art. 6 da mesma Lei, recente visto, queda en suspenso dende o día da solicitude de conciliación á Dirección Rexional e Provincial ata o de comunicación do mandato xurisdiccional para executar o conciliado ou, en caso de que a conciliación non tivera éxito, ata o día en que se celebre o acto de conciliación. O precepto tamén sinala que en caso de conciliación sen avinza pas partes poden, consensualmente, someter a controversia a arbitraje.

En fin, lémbrese que, en materia de despedimento disciplinario, o traballador pode, unha vez imposta a sanción, e segundo o art. 7 Lei 300/1970, promover unha conciliación e arbitraje, nos 20 días seguintes, segundo se explicou no apartado 2.6 referido ó despedimento disciplinario.

7. Protección económica contra o despedimento (garantía salarial)

Son varias as normas italianas que teñen como fin garantir a percepción polos traballadores despedidos de cantidades no caso de despedimento, con independencia das indemnizacións establecidas en función da clase de extinción de que se trate.

O sistema que máis se parece ó Fondo de Garantía Salarial español é, en Italia, a denominada *Cassa Integrazione*, fondo de desemprego que prové ós traballadores de certas rendas, substitutivas dos salarios perdidos, para certos casos de extinción, entre outras continxencias. Así, e utilizando a propia terminoloxía italiana, a “integración” salarial que proporciona pode ser ordinaria –para situacións transitorias- e, a que aquí nos interesa máis, extraordinaria –para reestructuracións-. O seu sistema de funcionamento é o seguinte:

O persoal que resulte excedentario é despedido (polo procedemento de despedimento colectivo, visto *supra*, 2.5., e é inscrito nunha “lista de mobilidade”, percibindo a indemnización na medida do 100% do tratamento *cassa integrazione guadagni* para os primeiros 12 meses e despois na medida do 80%, coas seguintes limitacións temporais: 12 meses, que devirán 24 para traballadores que superaron os 40 anos e 36 para os que superaron os 50 anos.

Lémbrese, en fin, que para estes traballadores, afectados por un despedimento colectivo, se esixe ó empresario o pagamento ó Instituto Nacional de Previsión Social do *tratamento máximo de integración salarial* que o empresario está obrigado a consignar, segundo se explicou en 2.5.

Perde a indemnización quen rexeita ofertas de traballo para postos profesionalmente equivalentes ou que presentan “homoxeneidade intercategorial”. (PERA, 2000:250), e tamén aqueles que rexeitan seguir cursos de recualificación ou prestar servizos de utilidade pública. Varias circunstancias facilitan ademais a contratación dos traballadores “postos en mobilidade”: por exemplo, poden ser contratados cun contrato de “reinserción” –repárese a coincidencia do vocabulario co último de nosas recentes modificacións legais- que confire á empresa a vantaxe de bonificar as cotizacións nun 75%. Poden ademais ser contratados por tempo determinado, con redución de cotizacións na medida prevista para os aprendices.

Tamén a indemnización que corresponde ó traballador por fin do contrato –o tratamento do fin da relación, TFR– ten unha específica protección para o caso de que o empresario non o abone por insolvencia. Explicouse xa *supra*, en 2.1. A Lei nº 297 de 29 maio 1982, intitulada “Disciplina do TFR e normas en materia de pensións”, crea no seu art. 2, dentro do Instituto Nacional de Previsión Social (INPS) un “Fondo de Garantía para o TFR”, co fin de substituír no pagamento do TFR ó empresario en caso de insolvencia e que se financia coa contribución polos empresarios do 0’03% das retribucións. O art. 2 D.Lgs. nº 299, de 17 agosto 1999, posibilita a atribución do TFR a Fondos de pensións, é dicir, que a provisión de fondos que debe facerse cada ano para TFR sexa, como alternativa, investida en Fondos de Pensións para os traballadores, cos requisitos de investimento e de consentimento dos traballadores que nel se especifican. A norma desenvolve seguidamente complexas normas financeiras sobre estas operacións.

Sobre estes temas volverase, *infra*, ó tratar a protección contra o desemprego.

8. Xeneralidades sobre o proceso

O proceso de traballo regúlase nos arts. 409 e ss. do Códice de Procedura Civile. Como xa se viu, e con carácter xeral regula o art. 410 CPC, é obrigatorio para acudir á xurisdicción o intento de conciliación previa, a súa realización, segundo o precepto recente citado, interrompe a prescrición e suspende, polo tempo da súa duración e os 20 días seguintes á súa conclusión, o cómputo da caducidade. Este trámite, nos termos do art. 410 CPC, pode ser substituído polos que co mesmo sentido conciliatorio se realicen segundo as previsións da negociación colectiva.

Lémbrese ademais que a conciliación obrigatoria previa está prevista en diversos preceptos reguladores do despedimento, que se foron vendo *supra*. Así, segundo o art. 7 Lei 604/1966, sobre despedimentos individuais, a falta de procedementos de conciliación previstos na negociación colectiva, pode promoverse a conciliación prevista neste artigo nos 20 días seguintes á comunicación do despedimento ou dos seus motivos, se estes se comunicaron despois, segundo permite a Lei. O art. 5 Lei 108/1990, no mesmo sentido, prevén que se falta o intento de conciliación, o xuíz suspende a tramitación e dá ás partes un prazo perentorio non superior a 60 días para que propoñan o intento de conciliación.

Polo demais, o proceso garda, no seu desenvolvemento, bastante similitude co español, con algunhas diferencias notables, como a necesidade de que o demandado conteste tamén por escrito á demanda (art. 416 CPC).

As normas substantivas, pola súa parte, conteñen importantes precisións procedimentais. Así, o art. 6 Lei 604/1966 establece o prazo de 60 días para a impugnación xurisdiccional do despedimento. O art. 5 da mesma norma establece que a carga da proba da existencia de xusta causa ou motivo xustificado corresponde ó empresario.

A tutela procesual complétase con normas sobre a executividade da sentenza de instancia e a admisibilidade de recurso (ex art. 700 c.p.c.). En caso de revogación da sentenza polo recurso cesan tamén para os efectos do procedemento e dos actos dependentes da sentenza revocada (L. 353/90: art. 336. pfo. 2 CPC) (MIRANDA /VITIELLO, 1999:310).

IV. DESEMPREGO

Como é tónica habitual no noso contorno, e no noso propio dereito, a protección contra o desemprego ten en Italia facetas diversas, e outorga importancia non só ás políticas pasivas de protección, senón tamén ás activas, tales como talleres-escola, cursos de cualificación e recualificación profesional, particulares tratamentos como o do “contrato de solidariedade”, o contrato de formación e traballo ou a participación en traballos socialmente útiles. Ó lado destas políticas, certamente, concédense prestacións en caso de desocupación por extinción ou suspensión do contrato de traballo.

A xestión das prestacións compete ó I.N.P.S. e o seu financiamento corresponde, a través de cotizacións, ós empresarios, para os casos de desemprego e prestacións “ordinarias”, mentres que para as prestacións “extraordinarias” o financiamento na maior parte corresponde ó Estado, pero tamén está prevista a cotización, tanto dos empresarios como dos traballadores (art. 9 Lei 407/1990).

1. Situacións protexidas

A prestación por desemprego involuntario corresponde en principio a tódolos traballadores, aínda cando a protección exclúe ós que gozan de estabilidade no posto de traballo, para os que se considera que non existe o risco protexido, pois faltaría a posibilidade mesma dunha desocupación involuntaria. Pero aínda en tales casos é posible causar, de modo diferido, dereito á prestación, habida conta ademais que cos límites que para a resolución do contrato imponen ó empresario a Lei 604/1966 (despedimentos individuais, que esixe a causalidade do despedimento) e o art. 18 Lei 300/1970 (tutela real contra o despedimento) a distinción entre traballadores que gozan de estabilidade no posto de traballo e os que non, se non foi abolida, foi polo menos notablemente atenuada (PERSIANI, 1997:247).

Polo demais, non calquera clase de desemprego é obxecto de protección. Como en España, só se protexe o desemprego por extinción do contrato de traballo, é dicir, non merecen a protección os que non encontraron aínda o seu primeiro emprego.

Tamén, como é lóxico, a protección outórgase para o desemprego involuntario, imputable ó empresario, e non a aquel en que o traballador concorre coa súa vontade, como nos casos de demisión ou resolución consensual (existe, non obstante, unha norma, R.D.L. 1827/1935, onde o art. 76 establece que a prestación sexa concedida, cun retardo de 30 días, tamén nos casos de demisión).

En canto ós requisitos carenciais ou de cotización, o dereito ás prestacións está condicionado a un período previo de cotización de dous anos e a unha carencia específica de un ano cotizado no bienio anterior ó comezo do desemprego. Sen embargo, recóñcese prestación a quen, sen ter alcanzado os dous anos cotizados, traballase no ano natural cando menos 78 xornadas de traballo (art. 7 Lei 160/1988).

2. Calidade da protección (nivel e tempo de cobertura). Dinámica (nacemento, vicisitudes e extinción)

A lexislación dispón que a prestación se determine porcentualmente sobre a media das retribucións sometidas a cotización percibidas nos tres meses precedentes ó comezo do desemprego, ou sobre o salario medio de referencia.

A prestación concédese dende o oitavo día tralo cesamento no traballo –ou dende o quinto se se presenta nos 8 primeiros días, tendo que presentarse en todo caso nos 68 días seguintes ó cesamento- ata un período máximo de 180 días, ou ben por un período de xornadas igual ás traballadas no ano natural ata o máximo de 312 entre as traballadas e as de percepción de prestación (para o sector agrícola existen disposicións específicas). Á prestación engádese, de ser o caso, a asignación familiar.

Nos casos de despedimentos colectivos tratados *supra*, 2.5, está previsto tamén un tratamento especial do desemprego, denominado “prestación de mobilidade”, concedéndose ós afectados unha prestación, xa citada tamén máis arriba, 3.7, denominada *integrazione salariale straordinaria*. Esta prestación concédese por un período variable de un a tres anos (con algunhas excepcións territoriais que a aumentaron un ano) ós traballadores cunha antigüidade na empresa de polo menos 12 meses (con polo menos 6 de traballo efectivo) cun contrato que fora indefinido. A contía da prestación, redúcese tralo primeiro ano ó 60% do salario bruto (existen casos específicos, en lugares de maior crise empresarial ou reindustrialización, en que a prestación de mobilidade se concede ata alcanzar a pensión de xubilación).

Tamén existen previsións sobre subsidios extraordinarios de desemprego (art. 44 e ss. Lei 264/1949).

Nesta materia, é de plena aplicación o principio de automaticidade das prestacións.

Sistematizando o cadro das prestacións, cabe dicir que a protección por desemprego en Italia abrangue as seguintes prestacións: A prestación ordinaria, a prestación ordinaria con requisitos reducidos e o subsidio de desemprego. Destas prestacións existen tratamentos específicos para os traballadores agrícolas e así mesmo un tratamento especial para os traballadores da construción. De cariz distinto, pero tamén coa finalidade de protexer contra o desemprego, existen ademais a “prestación de mobilidade” e o fondo de desemprego (“cassa integrazione”) ordinario e extraordinario. E a isto ten que engadirse o “tratamento de fin de contrato (TFR)”.

Como no caso español, as prestacións por desemprego son incompatibles, en termos xerais, coas outras prestacións concedidas polo sistema de previsión social, agás, como se dixo xa no epígrafe anterior, a asignación familiar.

Expoñeranse agora, resumidamente, os requisitos e alcance da protección en cada prestación concreta.

a) Prestación ordinaria.

Diríxese ós traballadores despedidos, para protexer a súa desocupación involuntaria, aínda que no caso de maternidade, e dende o 1 xaneiro 1999, protexe tamén ás traballadoras en maternidade, en que a nota de involuntariedade non concorre en puridade.

Para causar o dereito é preciso unha carencia xenérica de dous anos de seguro contra a desocupación involuntaria e unha carencia específica de 52 semanas (un ano, aproximadamente, igual que en España) no bienio precedente ó momento do feito causante.

A prestación dura 180 días, aínda que dende o 1 xaneiro 2001, pode prorrogarse ata nove meses se o desempleado supera os 50 anos de idade. Como se dixo máis arriba, debe ser solicitada nos 68 días seguintes ó despedimento, e págase dende o oitavo día de desemprego, se a solicitude se fixo nos 7 primeiros días e dende o quinto día seguinte ó da solicitude se se fixo despois. A súa contía é do 40% da retribución percibida nos tres meses precedentes ó despedimento, co límite mensual para 2002 de 776'12 €, elevado a 932'82 € para os traballadores cunha retribución mensual que é superior a 1679'07 €. Extínguese por esgotamento, por novo emprego, cando non se mantén a inscrición como desempleado ou cando se obtén unha pensión do sistema.

b) Prestación ordinaria con requisitos reducidos.

Corresponde a traballadores que, sen cumprir a carencia específica de un ano nos dous anteriores ó feito causante, cotizaron polo menos 78 días no ano anterior, e causase cando en todo caso se pode facer valer un período de seguro de polo menos dous anos, é dicir, cando se pode facer valer cando menos unha semana de cotización antes do bienio precedente ó ano en que se reclama a prestación (é dicir, para pedila en 2002, habería que haber cotizado en 1999).

Neste caso, a prestación repórtase polo período correspondente ás xornadas efectivamente traballadas no ano sen superar (agás excepcións) as 156 xornadas e a súa contía é do 30% da retribución co límite máximo mensual de 759'83 €, ampliable a 913'24 € para traballadores cunha retribución que supera os 1643'83 €. Págase dunha soa vez.

c) Subsidio de desemprego.

Trátase dun subsidio instituído polo INPS en favor de traballadores despedidos ou co seu contrato de traballo en suspenso que poden ser utilizados –polas administracións públicas, sociedades de capital público na súa maioría e outras entidades autorizadas polo Ministerio de Traballo e Previsión Social- para desenvolver traballos de utilidade social. Existe en fin unha posibilidade limitada de estender este subsidio a mozos de entre 21 e 32 anos inscritos como demandantes de emprego con polo menos 30 meses de antigüidade, que cumpriran estes requisitos antes do 31 decembro 1997.

Concédesse os traballadores que cesaron no percibo do fondo de desemprego extraordinario ou da prestación de mobilidade ou ben das prestacións específicas de desemprego na construción. Tamén pode percibirse durante o percibo do fondo de

desemprego extraordinario e polos desempregados con polo menos dous anos de antigüidade na inscrición como demandantes de emprego e en fin, por grupos particulares de traballadores establecidos polas Comisións rexionais para o emprego.

O subsidio concédese por unha duración máxima de 12 meses e a súa contía é de 463'35 € mensuais (413'16 en caso de mozos desempregados, nos termos antes vistos), e se aboa directamente polo INPS ó traballador. Cesa cando finaliza o labor de utilidade social, cando o traballador a abandona, cando é readmitido no seu traballo –no caso de suspensión- ou cando accede a unha pensión.

d) Indemnización por mobilidade.

Corresponde a traballadores que sexan “inscritos en mobilidade” no seu centro de traballo por esgotamento do fondo de desemprego extraordinario, por despedimento por redución de persoal ou transformación de actividade ou traballo e por despedimento por cesamento de actividade, e non poden ser beneficiarios os traballadores de actividades estacionais, os vinculados por contrato temporal e os que teñen dereito a unha pensión.

Causase o dereito cando o traballador inscrito na lista de mobilidade da Dirección rexional e provincial tivera unha antigüidade na empresa de polo menos 12 meses e poida facer valer un traballo efectivo de polo menos 6 meses.

A duración desta prestación varía en función da idade do traballador no momento do cesamento e da localización da empresa, de modo que ata os 39 anos, é de 12 meses no centro e norte de Italia e de 24 meses no mezzogiorno; de 40 a 49 anos, respectivamente, de 24 e 36 meses, e de máis de 50 anos, de 36 e 48 meses, aínda que xeralmente a prestación non se concede por un período superior á antigüidade na empresa do traballador, aínda que en presenza de particulares requisitos e condicións, pode ser pagada ata enlazar co dereito a pensión.

En canto á súa dinámica, solicítase, igual que a prestación por desemprego, nos 68 días seguintes ó cesamento, e repórtase tamén nos mesmos termos, xa descritos máis arriba. A súa contía é do 100% do fondo de desemprego extraordinario inmediatamente antes percibido, cun importe máximo mensual, nos primeiros 12 meses. En períodos sucesivos, a contía redúcese ó 80% de dito importe. O límite máximo é o mesmo xa descrito máis arriba para a prestación de desemprego.

A prestación suspéndese cando se obtén un emprego temporal ou a tempo parcial, e cesa cando o interesado queda fóra da lista de mobilidade, obtén un contrato indefinido ou alcanza dereito a pensión –no caso de pensión de invalidez, pode optar por esta ou pola prestación de mobilidade (obsérvese a similariedade co caso español).

e) Fondo de desemprego ordinario (cassa integrazione guadagni ordinaria).

Trátase dunha intervención que ten como fin soste á empresa en situación de dificultade e compensar ó traballador pola perda de retribución, e que outorga ó traballador a prestación cando a actividade empresarial debe ser suspendida ou reducida por

causas empresariais debidas a eventos temporais non imputables a empresario nin traballadores ou a situacións transitorias do mercado.

En tales casos, debe solicitarse a prestación –pero é a empresa quen solicitará asignar a algúns dos seus traballadores no fondo de desemprego ordinario- nos 25 días seguintes dende o reporto salarial último, no curso da semana en que se inicia a suspensión ou a redución da xornada. A súa contía é do 80% da retribución que sería percibida polas horas de traballo non prestadas por causa da suspensión ou redución, sen superar o límite máximo que se viu xa para os casos de prestación de desemprego e prestación de mobilidade, con certas variacións para grupos e eventos determinados. Ademais, o período de fondo de desemprego ordinario é útil para a xeración de pensións. A duración máxima é de 13 semanas, eventualmente prorrogables ata 12 meses, e en determinados territorios ata 24 meses (tamén con especialidades no sector da construción).

f) Fondo de desemprego extraordinario (*cassa integrazione guadagni straordinaria*).

A súa finalidade e concepción é a mesma que a do fondo de desemprego ordinario, pero para os casos de crise empresarial máis aguda, e por motivos de reestruturación, reorganización, conversión, crise de empresa ou procedemento concursal.

A súa solicitude é igual que no caso anterior, pero debe conter o programa de recuperación da empresa que se intente implantar, o proxecto de reestruturación ou reconversión empresarial e a memoria económica e situación patrimonial do último trienio.

Os traballadores asignados nestes casos ó fondo de desemprego extraordinario deben ser seleccionados con base nun criterio de rotación entre os que realizan as mesmas funcións. Se a empresa non puidera aplicar a rotación, debe indicar os motivos na demanda de admisión ó tratamento especial do fondo.

O tratamento dura un máximo de 12 meses para a situación de crise empresarial, 24 meses para a reorganización, reestruturación ou reconversión e 18 meses para os casos de procedemento concursal. En todo caso, a intervención do fondo ordinario e extraordinario non pode superar 36 meses nun quinquenio.

A contía é a mesma que no caso do fondo de desemprego ordinario, e cos seus mesmos límites.

V. CONCLUSIÓN

Como conclusión xeral pode establecerse, sempre con moita cautela, pois a riqueza de matices diferenciais entre ordenamentos é tanta que unha xeneralización sempre ocasiona risco de equívoco, que o despedimento, en Italia, protexe ó traballador en máis casos que en España, pero sen embargo a súa protección é de menor contía cá española. Quere dicirse que, con normalidade, un traballador italiano, á resolución do seu contrato, sempre terá garantida a percepción dalgunhas contías (o tratamento da fin da

relación, indemnización), pero a súa contía, nos topes máximos, é moi inferior ós 45 días de salario por ano de servizo cun máximo de 42 mensualidades que establece a Lei española. Por concretar, a indemnización, en Italia, ascende a un máximo de 6, 10 ou 14 mensualidades, segundo o caso.

O mesmo sucede co desemprego, en que a diversidade de tratamento fai que sexa difícil describir, en conxunto, o alcance da protección. Pero a impresión que se ten é que é de menor entidade que a Española nas contías finais e os tempos de protección.

1. Causalidade

En Italia o despedimento é causal, en tanto que existe unha forte restricción da liberdade de despedimento, de parecido alcance ó da homónima da lexislación española. Non obstante, en Italia existe, plasmada lexislativamente, a idea de que o despedimento ilexítimo debe custar menos –e a tutela é xa que logo menos intensa- ó pequeno empregador e ás empresas sen ánimo de lucro (as que desenvolven actividades de natureza política, sindical, cultural, de instrución ou de relixión ou culto).

2. Protección formal e garantías

En canto á protección formal, chama a atención, no dereito italiano, a dispersión normativa existente. A diversidade de normas que o Ordenamento italiano articula para a regulación da extinción do contrato de traballo é un dato en desfavor dese ordenamento.

O aviso previo, de notable máis importancia no Dereito italiano que no Dereito español, constitúe tamén un mecanismo de protección, por canto, coa única excepción dos despedimentos por *xusta causa*, o traballador sempre ten dereito a dito aviso previo, ou en defecto de a unha indemnización substitutoria (un mes de salario).

A forma escrita é precisa para a extinción no dereito italiano e constitúe elemento necesario para a súa licitude, se ben en Italia a comunicación do despedimento pode reducirse simplemente ó feito extintivo, e só a requirimento do traballador, nos 15 días seguintes, deberá explicar, nos 7 ulteriores, os motivos do despedimento.

Existen ademais especiais medidas de protección nos casos en que o despedimento se realiza mediando matrimonio, embarazo ou puerperio, servizo militar ou enfermidade do traballador. Nos dous primeiros casos, incluso se o que se opera é unha dimisión do traballador, esta debe ser revalidada pola Inspección de Traballo.

Tamén é común a tódalas clases de extinción unha indemnización, derivada da antigüidade do traballador na empresa, denominada TFR (*trattamento di fine rapporto*). Equivale, aproximadamente, á suma de 1/13'5 da retribución anual por cada ano de antigüidade e existe, para o seu pagamento, un Fondo de garantía en caso de insolvencia, financiado ó modo do Fondo de Garantía Salarial español.

Dentro da tipoloxía das extincións, o despedimento por *xusta causa* equivale a unha resolución por grave incumprimento de calquera das partes. O despedimento por *motivo xustificado* determina así mesmo a posibilidade de resolución por incumprimento.

mento grave, pero neste caso, a menor gravidade que no caso anterior, fai que deba respectarse o aviso previo. O xuíz pode reconducir un despedimento que se reputa realizado por *xusta causa* a un despedimento por *motivo xustificado*. Dentro desta clase, cabe o *motivo xustificado subxectivo* (incumprimento contractual) e o *motivo xustificado obxectivo* (circunstancia obxectiva obstativa á prosecución do contrato, como poden ser as derivadas da actividade productiva, da organización do traballo ou do regular funcionamento da empresa).

O despedimento colectivo en Italia dispón duns parámetros máis favorables para os traballadores que en España. Así, o parámetro numérico é, en todo caso, de empresas que ocupen a máis de 15 traballadores e que os despedimentos realizados ascendan polo menos a 5. O parámetro temporal é de 120 días, en lugar dos 90 que como mínimo establece a norma comunitaria e que adopta a norma española. Ademais, establécese un procedemento con criterios para a selección e individualización dos traballadores ó que vai afectar o despedimento colectivo. En fin, o despedimento colectivo en Italia vai acompañado de certas medidas entre as que destaca un tratamento específico do desemprego dos traballadores afectados, no que a responsabilidade pecuniaria é do empresario.

No despedimento disciplinario, o empresario está obrigado, so pena de que a sanción quede sen efecto, a articular o mecanismo correspondente de conciliación e arbitraje.

A protección contra o despedimento estrutúrase en dous niveis. A *tutela real* pretende a estabilidade no posto de traballo. Equipárase, *mutatis mutandi* ó noso despedimento nulo, se ben o seu réxime é sensiblemente distinto. Aplícase a empresas con máis de 15 traballadores e nos casos de discriminación. Corresponde ó traballador a quen se aplica esta tutela a indemnización por salarios de tramitación –pero cun mínimo, en Italia, de 5 mensualidades- e a readmisión. Pero o traballador pode substituír a readmisión por unha indemnización de 15 mensualidades de salario.

A *tutela obrigatoria*, implica, cando o despedimento é ilícito, a readmisión do traballador ou a súa substitución por unha indemnización de entre 2'5 e 6 mensualidades de salario, tope máximo que aumenta a 10 mensualidades cando o traballador ten 10 anos de antigüidade e a 14 mensualidades se a antigüidade é superior a 20 anos.

En canto ó procedemento, o despedimento debe ser impugnado, por calquera medio, incluso extraxudicial, nos 60 días seguintes ó seu acaecemento e é obrigatorio o intento de conciliación. Polo demais, é similar ó español, con algunha disimilitude, como o feito de que a contestación á demanda se realiza tamén por escrito. A carga da proba da existencia de *xusta causa* ou *motivo xustificado* corresponde ó empresario.

3. Nivel de cobertura do paro

O nivel de cobertura de desemprego é similar ó español en canto a situacións protexidas, pero inferior en canto ó tempo de cobertura e as contías. Tamén como no noso dereito, non merecen a protección os que aínda non encontraron o seu primeiro emprego; a protección outórgase basicamente para o desemprego involuntario e xunto ás políticas pasivas de protección articúlanse tamén políticas activas.

Con carácter xeral, a protección esixe unha carencia xenérica de dous anos e unha carencia específica de un ano cotizado no bienio anterior á situación de desemprego. Non obstante, a protección outórgase tamén cando se cotizaron polo menos 78 xornadas no ano natural anterior ó desemprego. Con algunhas excepcións, a prestación por desemprego dura 180 días e a súa contía pode situarse en torno ó 40% da retribución percibida no momento en que sucede o desemprego.

Existe un subsidio de desemprego en favor de traballadores que poden ser utilizados para desenvolver traballos de utilidade social e que ten unha duración con normalidade de 12 meses.

Ademais, existe, para os casos de despedimento colectivo, unha xestión especial dun fondo de desemprego de obrigatoria constitución para o empresario e de duración distinta en función do sector e do territorio.

BIBLIOGRAFÍA

AMOROSO, G.,

- “Sancioni disciplinari”, en VV.AA., SANTORO PASSARELLI (a cura de), *Diritto do lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, s.l., 1996

- “Estinzione do rapporto”, en VV.AA., SANTORO PASSARELLI (a cura de), *Diritto do lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, s.l., 1996

BLANPAIN, R./ COLUCCI, M.,

Il diritto comunitario do lavoro ed il suo impatto sull'ordinamento giuridico italiano, Cedam (Padua 2000)

MIRANDA, B. / VITIELLO, E.,

Manuale pratico do rapporto di lavoro subordinato, Cedam (Padua 1999)

NICOLINI, G.,

Manuale di diritto do lavoro, 3ª ed., Giuffrè (Milán 2000)

PERA, G.,

Compendio di Diritto do lavoro, 5ª ed., Giuffrè (Milán 2000)

PERSIANI, M.,

Diritto della Previdenza Sociale, CEDAM (Padua 1997)

SCOGNAMIGLIO, R.,

Nuovo codice do lavoro, Zanichelli (Bologna 1999)

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO. ITALIA

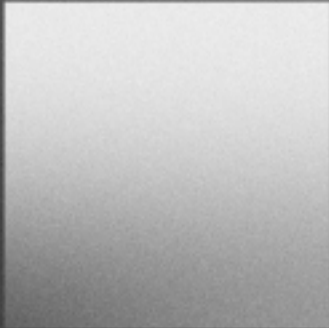
Normas reguladoras	- O Código Civil, Libro V, Título II, Capítulo I, Sección III, parágrafo 4, que nos seus artigos 2118 e ss. regula o relativo ó aviso previo no caso de resolución do contrato indefinido e ó despedimento por xusta causa. - A Lei nº 604 de 15 de xullo de 1966, que contén as normas sobre despedimentos individuais. - A Lei nº 300 de 20 de maio de 1970, o <i>Statuto dei lavoratori</i> italiano, que regula a readmisión no posto de traballo nos casos de despedimento ineficaz (tutela real). - A Lei nº 108, de 11 de maio de 1990 que modifica a anterior. - A Lei nº 223 de 23 de xullo de 1991, que regula o relativo ó despedimento colectivo.
Principios inspiradores	- O empresario só pode despedir se ten unha xustificación (causalidade).
Tipos de extinción	1. Renuncia. 2. Resolución consensual. 3. Resolución imputable ó empresario: - por incumprimento do traballador. - por circunstancias da empresa: (despedimento por xusta causa; despedimento por motivo xustificado, obxectivo ou subxectivo; despedimento colectivo). 4. Extinción por chegada a termo nos contratos por tempo determinado. 5. Morte do traballador. 6. Falta de reingreso do traballador nos trinta días sucesivos á recepción da invitación trala sentenza do xuíz que ordena a readmisión.
Procedemento de despedimento	Comunicación escrita. O traballador requirirá ó empresario os motivos nos 15 días seguintes. O empresario debe notificarllos nos 7 días seguintes ó requirimento.
Particularidades procesuais	Conciliación previa obrigatoria nos 60 días seguintes á recepción da comunicación. A demanda contéstase por escrito.
Cualificación do despedimento	Tutela real (aseméllase, pero non é igual) á nulidade. Tutela obrigatoria (aseméllase, pero non é igual) á improcedencia. Procedencia.
Custo da indemnización	Indemnización por “Tratamento da fin da relación”: en todo caso de extinción. Debe facerse cada ano provisión de fondos para el. Indemnización por salarios de tramitación: mínimo de 5 mensualidades.

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO. ITALIA (cont.)

	Indemnización en substitución da readmisión en casos de “tutela real” (similar á nulidade): 15 mensualidades. Indemnización nos casos de tutela obrigatoria (similar a improcedencia): entre 2’5 e 6 mensualidades. 10 mensualidades para traballador con máis de 10 anos de antigüidade e 14 mensualidades para traballador con máis de 20 anos de antigüidade se o empresario ocupa a máis de 15 traballadores. Indemnización no caso de despedimento colectivo e consecuencias específicas: “lista de mobilidade”; accións específicas para o emprego. O persoal que resulte excedentario é despedido polo procedemento de despedimento colectivo e é inscrito nunha “lista de mobilidade”, percibindo a indemnización na medida do 100% do tratamento <i>cassa integrazione guadagni</i> para os primeiros 12 meses e despois na medida do 80%, coas seguintes limitacións temporais: 12 meses, que devirán 24 para traballadores que superaron os 40 anos e 36 para os que superaron os 50 anos. Para os traballadores afectados por un despedimento colectivo esíxese ó empresario o pagamento ó Instituto Nacional de Previsión Social do <i>trattamento máximo de integración salarial</i> que o empresario está obrigado a consignar.
Configuración do despedimento colectivo	Adaptado á Directiva comunitaria: Empresas que ocupen a máis de 15 traballadores e que pretendan realizar polo menos 5 despedimentos no espazo de 120 días. Existen criterios de selección e individualización dos traballadores afectados.

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESEMPREGO. ITALIA

Organismos encargados da xestión	INPS (Istituto Nacional de Previsión Social).
Financiamento do sistema	Corresponde, a través de cotizacións, ós empresarios, para os casos de desemprego de prestacións “ordinarias”, mentres que para as prestacións “extraordinarias” o financiamento na maior parte corresponde ó Estado, pero tamén está prevista a cotización, tanto dos empresarios como dos traballadores (art. 9 Lei 407/1990).
Niveis de protección	Prestacións ordinarias e extraordinarias (parecido á disposición entre prestacións contributivas e asistenciais).
Situacións protexidas	As de perda involuntaria do emprego, sempre que se reúnan os requisitos carenciais dun período previo de cotización de dous anos e unha carencia específica dun ano cotizado no bienio anterior ou se, sen reunir os dous anos cotizados, se traballaron no ano natural polo menos 78 xornadas de traballo.
Tempo de cobertura	Prestación ordinaria: 180 días, con prórroga ata os 9 meses se se é maior de 50 anos. Prestación ordinaria con requisitos reducidos: o período correspondente ás xornadas efectivamente traballadas no ano sen superar 156 xornadas. Subsidio: 12 meses. Indemnización por mobilidade: en función da idade do traballador e a súa localización, entre 12 e 48 meses. Fondo de desemprego ordinario: 13 semanas, prorrogables ata 12 ou 24 meses. Fondo de desemprego extraordinario: entre 12 e 24 meses.
Prestacións	Prestación ordinaria: 180 días. 40% da BR (salario) cun límite máximo. Prestación ordinaria con requisitos reducidos: dura o número de xornadas correspondente ás efectivamente traballadas. 30% BR con límite máximo. Indemnización por mobilidade. Varía en función da idade do traballador e a situación da empresa. Contía do 100% do fondo de desemprego extraordinario os 12 primeiros meses e o 80% despois
Subsidios	Para traballadores que cesaron no percibo do fondo de desemprego extraordinario ou da prestación de mobilidade. 12 meses e contía fixa (463'35 € mensuais en 2002).



O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO EN EUROPA

CAPÍTULO TERCEIRO:
O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO
EN ALEMANHA

I. INTRODUCCIÓN

1. A pretendida reforma do mercado de traballo

Alemaña é un dos Estados que promoveu reformas de importancia no seu mercado de traballo co fin de cumprir o obxectivo trazado no Consello Europeo de Lisboa de marzo de 2000: conseguir que se ocupen o 70 por cento de tódalas persoas en idade laboral, o 60 por cento das mulleres e o 50 por cento dos maiores de 55 anos, porcentaxes que no 2001 se situaron, respectivamente, no 63 por cento, 54 por cento e 37 por cento. Esta aspiración foi novamente retomada no cumio de Barcelona de 2002, que se propón lograr para o ano 2010 o pleno emprego no conxunto dos quince Estados membros da Unión Europea. Neste sentido, véxase a Decisión do Consello 2002/177/CE, de 18 de febreiro de 2002, relativa ás directrices para as políticas de emprego nos Estados membros para o ano 2002 e a Recomendación do Consello 2002/178/CE, tamén de 18 de febreiro de 2002, sobre a aplicación política das políticas de emprego dos Estados membros, publicadas ámbalas dúas no DOCE, nº L 60, p. 60 ss. Sinálanse como obxectivos europeos xerais ter alcanzado, en xaneiro de 2005, unha taxa de emprego global do 67% e unha taxa de emprego feminino do 57% e no 2010, unha taxa de emprego global do 70%, de emprego feminino superior ó 60% e de emprego de persoas de idade abranguida entre 55 e 64 anos do 50%.

A taxa de emprego global no ano 2000 foi en Alemaña do 65,3%, superior á media comunitaria, pero a de traballadores de idade avanzada foi só do 37,3%. No ano 2001, o balance neto de creación de emprego en Alemaña foi nulo e para o ano 2002 será negativo –superior ó 0,3 por cento–, co que ascenderá o número de parados e a taxa de desemprego, que se espera poder compensar no ano 2003.

Un factor preocupante na evolución do mercado de traballo alemán é o aumento do paro de longa duración e a estrutura do paro, que afecta especialmente a mozos sen formación ou con escasa formación, mozos, mulleres, estranxeiros e persoas con discapacidade. Existen aínda notables diferencias entre os antigos e os novos Estados federais, cun notorio incremento do número total de desempregados nos novos estados federais da antiga República Democrática Alemana (WEISS, M., 1999, p. 67 s.).

A protección do emprego, e en concreto as causas que permiten poñer fin á relación laboral, o cumprimento de prazos de aviso previo e de requisitos de forma, as obrigas que, en orde a posibles indemnizacións, poden impoñerse ó empregador e o grao de protección que o propio Estado ten que brindar ó traballador que perdeu o seu posto de traballo –a través, fundamentalmente, de prestacións de desemprego e de programas de reinserción laboral– son elementos claves do mercado laboral.

As políticas sociais posibles móvense entre o binomio rixidez-flexibilidade, en atención á maior ou menor intervención estatal sobre protección de emprego. Existe certo consenso entre os economistas sobre o feito de que unha regulación excesiva do mercado laboral –que soe incorporar restricións á contratación temporal, medidas en torno á determinación duns salarios mínimos garantidos, limitacións ó despedimento en orde a encarecer para o empregador a terminación dunha relación laboral indefinida, e importantes prestacións por desemprego e políticas activas do mercado de traballo– proporciona un importante grao de seguridade no emprego ós traballadores con con-

trato indefinido. Pero, á vez, supón un custo evidente: máis desemprego de longa duración e menos oportunidades de emprego permanente, o que se aprecia de modo patente en relación con grupos de traballadores especialmente vulnerables, como mulleres, mozos, persoas non cualificadas con escasa educación, etc., cunhas oportunidades de emprego que se ven en maior grao minguadas. E, en consecuencia, a excesiva protección ó despedimento remata converténdose nun obstáculo para a contratación de persoal (véxanse, ó respecto, informes do Banco Mundial, como Regulamentos de protección do emprego. Normas para a contratación e terminación da relación de traballo e Jimeno, 1999, p. 53 ss. e en relación particularmente con Alemaña, DONGES, J.B, Presidente do Consello Alemán de Expertos Económicos, en entrevista con DW-online. Fronte á posición do Banco Mundial, a Organización Mundial do Traballo defende unha postura intervencionista da regulación do mercado laboral. Así FREEMAN, R.B., 1993).

Pola súa banda, unha excesiva protección do desemprego reduce o incentivo de buscar emprego e aumenta a presión salarial dos traballadores actuais.

Neste contorno, é frecuente poñer como paradigma o modelo de Estados Unidos, onde aínda se segue o coñecido principio de *hire and fire*, colocar e botar fóra. Todo isto late no fondo e xustifica a tendencia actual, sentida dun modo especial na Unión Europea, orientada a flexibilizar os mercados de traballo, aínda que sempre dentro de certos límites (SAPRIN, 2001, p. 9 ss.). Non obstante, quizais se atribúa demasiada relevancia ó dereito laboral no relativo á evolución do mercado laboral (ZACHERT, 2, 1998, 1108 s.). E, de feito, existen significantes problemas de viabilidade política á hora de introducir medidas flexibilizadoras na práctica dos Estados pola forte oposición dos principais implicados sociais (SAINT-PAUL, G., 2000, p. 1 ss.). Os representantes dos traballadores en política e na vida laboral presentan enormes obxeccións, como é lóxico, á hora de aceptar a idea de que un recorte na normativa laboral de protección poida beneficiar ós traballadores, polo menos ós desempregados (HANAU, P., 1995, p. 514).

Partindo da premisa de que non hai máis contratacións porque o despedimento resulta difícil e custoso para o empresario, o lexislador tratou progresivamente de reducir a protección fronte ó despedimento. Neste sentido, é indispensable a cita da *Besäftigungsförderungsgesetz* de 1985 e tres medidas lexislativas: facilitar os contratos de traballo de duración determinada, limitar o ámbito de aplicación da Lei de Protección contra o Despedimento e as disposicións relativas ó plan social (WEISS, M., 1999, p. 70 ss.).

En Alemaña, a xurisprudencia veu esixindo a existencia dunha razón obxectiva que xustificase en cada caso concreto o límite temporal dos contratos de traballo temporais, de modo que só excepcionalmente podían utilizarse esta clase de contratos. Dende 1985 (art. 1 Lei de Fomento da Ocupación, cunha vixencia inicial de cinco anos, que se foi prorrogando), se veu aplicando a posibilidade de celebrar tales contratos durante un prazo máximo de 18 meses como incentivo para a contratación de mozos, para a creación de empresas e para as pequenas empresas de menos de vinte traballadores. Facilitar aínda máis os contratos de duración determinada é unha das miras da “Alianza para o Traballo”.

O dereito laboral alemán non pode considerarse ríxido en canto ó despedimento, senón que incluso pode falarse de certa desregulación do despedimento no dereito ale-

mán. A Lei de protección contra o despedimento (*Kündigungsschutzgesetz* -KSchG-) non se aplica ás relacións laborais de menos de seis meses nin tampouco ás pequenas empresas de cinco ou menos traballadores, sen contar os aprendices. Coa Lei de Fomento do Emprego de 1985 incentívase tamén a contratación a tempo parcial pois se establece que tampouco contén os traballadores a tempo parcial de poucas horas.

E, ademais, a KSchG non regula taxativamente as causas do despedimento, pois aínda que sinala as causas faino de forma moi xenérica, de modo que é a xurisprudencia a encargada de concretar no caso concreto se o despedimento pode entenderse producido por unha das causas legais e, en consecuencia, se está ou non socialmente xustificado.

Polo demais, dita lei só rexe moi limitadamente ante despedimentos colectivos. A Xurisprudencia insiste en que ten que aceptarse a libre decisión do empresario de non continuar total ou parcialmente a súa actividade profesional e só prohibe os despedimentos cando faltan as previas negociacións co comité de empresa dun plan social, que se esixen en caso de redución de cadro de persoal ou cesamento total de actividade. Con todo, o comité non pode impedir a decisión empresarial de reducir postos de traballo (HANAU, 1995, p. 514: a proba palpable é a reestructuración da economía levada a cabo na Alemaña do leste, que supuxo a perda de postos de traballo respecto de máis de tres millóns de traballadores). A protección do despedimento en caso de peches de empresa ou redución de cadro de persoal é maior en España que en Alemaña.

E en relación co plan social que o Comité de empresa pode esixir no dereito alemán, en caso de restricción e peche dun centro de traballo ou parte del, traslado de partes esenciais, fusión, separación ou cambios fundamentais na organización empresarial, para compensar as desvantaxes económicas que poden sufrir os traballadores afectados, tamén interveu a Lei de Fomento do Emprego (WEISS, M., 1999, p. 72).

2. Descrición xeral do despedimento en Alemaña

A lexislación laboral alemana distingue entre despedimento ordinario, que require previo aviso, e despedimento extraordinario, que produce a cancelación inmediata do contrato de emprego sen previo aviso. Algunhas leis protexen contra ambas formas de despedimento, ordinario e extraordinario, pero dan unha protección especial, que só se aplica a determinados grupos de empregados, como discapacitados, embarazadas ou membros do comité de empresa.

En caso de despedimento ordinario, o Código Civil alemán, chamado *Bürgerliche Gesetzbuch* -BGB- (artigo 622) establece diferentes períodos de aviso previo, en función do tempo de permanencia do traballador na empresa. Estes períodos de aviso previo pódense reducir ou ampliar nos convenios colectivos.

Para que un empregado se acolla á protección xeral contra o despedimento ordinario prevista na Lei de Protección contra o Despedimento, débense cumprir dúas condicións: que o empregado leve traballando polo menos 6 meses no “establecemento”, e que o “establecemento” en cuestión empregue regularmente a máis de cinco empregados, sen contar os que están en formación profesional e con regras especiais de cómpu-

to respecto dos traballadores marxinais a tempo parcial. Con esta protección lexislativa, o despedimento debe estar socialmente xustificado para que o tribunal o acepte.

En relación cos traballadores en formación, o art. 3 par. 2 da Lei de Formación Profesional establece que deben aplicárselles as mesmas normas e principios que rexen os contratos de traballo, agás cando a lei estableza expresamente unha excepción, como sucede neste caso, ou cando a aplicación da lexislación laboral non sexa compatible coa natureza e finalidade da formación profesional de que se trate.

O despedimento extraordinario, ou despedimento sen previo aviso require razóns importantes: ten que ser inaceptable para o empregador continuar a relación laboral ata o tempo do período de aviso. No artigo 626 do Código Civil garántese a protección xeral contra o despedimento extraordinario.

E, en canto á chamada protección especial contra o despedimento, tanto ordinario como extraordinario, aplícase a determinados grupos de traballadores: persoas con grave discapacidade, empregadas en período de xestión, empregados ou empregadas con licenza parental sen goce de soldo, membros do comité de empresa e persoas que estean realizando o seu servizo militar ou prestación alternativa.

Todo despedimento, sexa ordinario ou extraordinario, débese comunicar por escrito, e é obrigatoria unha consulta previa do comité de empresa, de existir este. Un despedimento sen esta consulta previa non produce efecto. As obxeccións do comité de empresa non impiden que teña lugar o despedimento, pero reforzan a posición legal do empregado.

O traballador que desexe demandar protección fronte ó despedimento, debe incoar unha acción legal no tribunal de traballo competente. Se o despedimento é ordinario e a relación laboral correspondente entra dentro do ámbito de aplicación da Lei de Protección contra o Despedimento, a demanda debe interpoñerse nas tres semanas seguintes á notificación do despedimento (art. 4 KSchG). O mesmo prazo rexe para os despedimentos extraordinarios (art. 13.1 KSchG). Dáse prioridade ás demandas de protección contra o despedimento en primeira instancia, onde se intenta principalmente a solución amigable do asunto.

3. Lexislación positiva sobre o despedimento

A Constitución -*Grundgesetz*- da Alemaña Occidental e Oriental unificada, antigas República Federal Alemana e República Democrática Alemana, non é máis que a Lei Fundamental de Bonn de 23 de maio de 1949, coas emendas introducidas polo Tratado da Unión de 31 de agosto de 1990 e o Estatuto Federal de 23 de setembro de 1990.

De acordo cos arts. 70 e ss. da Lei Fundamental, os Estados -*Bundesländer*- que integran o Estado Federal, teñen o dereito a legislar, excepto sobre aqueles asuntos respecto dos cales o Estado Federal goce de facultades exclusivas. O dereito do traballo figura entre as materias que a Lei Fundamental enumera baixo potestade lexislativa conxunta dos Estados e a Federación (Art. 74.1.12 da Lei Fundamental), materias sobre as que poden legislar os Estados na medida en que o órgano lexislativo federal -*Bundestag* e *Bundesrat*, este último integrado por membros designados polos gobernos dos

Estados- non lexislase (art. 72 Lei Fundamental). Na práctica, as leis de traballo réxense enteiramente pola lexislación federal. Os Estados poden influír nesa lexislación só na medida en que forman parte do procedemento lexislativo a través do Bundesrat ou Senado alemán.

En materia de dereito laboral, non existe un código de traballo refundido, senón leis concretas e ordenanzas gobernamentais que regulan cuestións determinadas relacionadas co traballo e establecen normas mínimas, que poden ser melloradas a favor do traballador. Xunto á lexislación federal, outras fontes do Dereito laboral son os convenios colectivos, os convenios de empresa e a xurisprudencia. En relación coa terminación do contrato de traballo debe terse en conta fundamentalmente o Código Civil ou BGB de 18 de agosto de 1896 e a Lei de protección contra o despedimento de 25 de agosto de 1969 ou KSchG (*Kündigungsschutzgesetz*, a súa última modificación foi levada a cabo polo art. 7 da Lei de 23 de xullo de 2001).

A terminación do emprego a iniciativa de calquera das partes réxese polo Código Civil –Bürgerliche Gesetzbuch-. E a protección do traballador contra o despedimento por distintas leis laborais, segundo a natureza do despedimento. A protección xeral contra o despedimento extraordinario está prevista no art. 626 do BGB, a protección contra o despedimento ordinario na Lei de Protección contra o Despedimento e a protección especial contra o despedimento de determinados grupos de traballadores por leis especiais.

4. Xeneralidades

Os despedimentos implican sempre graves consecuencias para os interesados e as súas familias, e tamén para o Estado, se o traballador despedido cumpre os requisitos esixidos en cada caso para acceder ás prestacións por desemprego. De aí que se trate en tódolos Estados, e en maior ou menor medida, de garantir unha certa estabilidade no emprego. Neste marco, é habitual nos países de noso contorno o desenvolvemento dun sistema de protección fronte ós despedimentos a favor dos traballadores.

Mediante estes sistemas de protección, preténdese limitar o dereito do empresario a extinguir unilateralmente o contrato de traballo e subordinar o seu exercicio á existencia dun motivo lexítimo, ó cumprimento de determinados requisitos, como aviso previo e forma escrita, e á determinación de vías de recurso a favor do traballador fronte ó despedimento.

Na lexislación alemá de protección fronte ó despedimento enuméranse os motivos lexítimos de despedimento, aínda que dun modo bastante xenérico, a fin de deixar unha ampla marxe de discrecionalidade ós tribunais para decidir á vista do caso concreto. O motivo máis frecuente é aquel baseado na necesidade de amortización do posto de traballo, a consecuencia do progreso tecnolóxico, a racionalización ou o descenso de pedidos ou de produción. Pero tamén está socialmente xustificado o despedimento que se funda nunha perturbación na marcha da empresa producida por unha diminución involuntaria de rendemento por parte do traballador. E tamén pode estar xustificado o despedimento por unha conduta do traballador, que supoña un incumprimento grave das súas obrigas contractuais.

E, en todo caso, antes de proceder ó despedimento, deben buscarse medidas alternativas que permitan a continuación do traballador na empresa, aínda que sexa noutro posto de traballo, incluso de diferente categoría, que non haxa que amortizar e que sexa compatible coas súas aptitudes profesionais, e aínda cando haxa que recorrer ó traslado do traballador a outro centro de traballo. Ademais, é preceptivo tomar en consideración criterios de orde social, como a idade, a antigüidade ou a situación familiar, á hora de elixir ó traballador que debe ser despedido.

No que atinxe á forma do despedimento, debe serlle notificado por escrito ó traballador con certa antelación. Neste sentido, a duración do aviso previo varía segundo a antigüidade do traballador na empresa. Ademais, para facilitar ó traballador a busca dun novo emprego, se lle concede un permiso remunerado.

Pero aínda en caso de extinción da relación laboral se trata de diminuír, na medida do posible, as consecuencias prexudiciais para o traballador despedido.

O art. 630 BGB prevé a extensión dun certificado no que conste a clase e duración da relación laboral, e incluso, se o pide o traballador conducta e traballo realizado, para facilitarlle a posibilidade de empregarse con outros empresarios. De “certificado secreto” fálase se o novo empresario chama ó anterior para saber a verdade sobre do traballador. Non obstante, a única sanción posible é unha indemnización de danos e perdas.

Tamén se entrega ó traballador a documentación referente ó traballo, é dicir, a documentación necesaria para o acceso a un novo posto de traballo ou a concesión do subsidio de desemprego, como certificado, caderno do imposto sobre o salario, caderno do Seguro, certificado da Caixa de Enfermidade, folia de servicios, etc.

E as partes intervinientes no contrato de traballo manifestan, mediante o saldo, que non quedan dereitos por reclamar de ningunha das dúas partes e poñen punto final á relación laboral.

II. TIPOLOXÍA DAS EXTINCIÓNS

1. Formas de terminación da relación laboral

A extinción da relación laboral pode producirse de modo consensual, é dicir, por mutuo acordo, mediante o que se denomina *Aufhebungsvertrag*, que non é máis que un contrato ou acordo de rescisión ou resolución (HERNICHEL, E., 2000, p. 547 ss. e HANAU, P./ ADOMEIT, K., 2000, p. 8332 s.).

Cabe tamén que a relación laboral remate a instancia dunha das partes, é dicir, mediante o despedimento provocado polo empresario ou a rescisión ou dimisión do propio traballador (HERNICHEL, E., 2000, p. 463 ss.; DÄUBLER, W., FISCHER, U., ZWANZIGER, B., 2001, p. 312 ss.).

E se a duración do contrato é temporal –*befristete Arbeitsverhältnisse*–, ben porque teña sinalado prazo de vixencia, ben porque se celebre para a realización dun determinado fin, pode, ademais, extinguirse pola expiración do prazo ou o cumprimento do obxecto.

Non se considera, en principio, motivo suficiente para que o empresario poña fin á relación laboral o cumprimento dunha determinada idade polo traballador (HANAU, P., ADOMEIT, K., 2000, p. 252), aínda que si o acceso á pensión de xubilación total polo traballador. Con todo, se esa idade aparece establecida por convenio colectivo, o seu cumprimento determinará a extinción do contrato, sempre que o traballador reúna os requisitos esixidos para acceder á xubilación.

E en caso de falecemento do empresario, en principio suceden os herdeiros, sen que se extingan as relacións laborais. Non así, lóxicamente, no caso de morte do traballador, no que si remata a relación laboral.

2. O despedimento ordinario

A Lei de protección fronte ós despedimentos cualifica de legalmente ineficaz o despedimento socialmente inxustificado dun traballador, cando a súa relación laboral na empresa ou centro de traballo leve vixente sen interrupción máis de seis meses, aínda que sexa un despedimento ordinario e se respectasen integramente os períodos de aviso previo (art. 1.1 KSchG).

Pero prevé tres grupos de motivos que permiten ó empregador despedir ó traballador, sempre que se den determinados requisitos, porque fan presumir que o despedimento está socialmente xustificado. Son as causas relacionadas coa persoa do traballador ou causas persoais, as baseadas no comportamento ou conduta do mesmo e as fundadas en necesidades urxentes da empresa ou causas empresariais, cando se opoñan á continuación da ocupación do traballador na mesma empresa. En caso de conflito, corresponde ó empresario probar a existencia dunha destas causas para proceder legalmente ó despedimento (art. 1.2 KSchG). Aínda nestes casos, está inxustificado socialmente o despedimento, sempre que se opoñan os representantes dos traballadores en prazo, en dous supostos: cando o despedimento se realiza con infracción do art. 95 da Lei de representación da empresa –que esixe conformidade do comité de empresa na selección persoal en caso de despedimento–, e cando o traballador pode ser empregado noutro posto de traballo do mesmo centro ou doutro centro da mesma empresa, aínda que se esixan para isto medidas de readaptación profesional ou de formación continuada do traballador, e incluso aínda que se produza unha modificación das condicións de traballo, sempre que o traballador dea o seu consentimento á mesma (art. 1.2 último parágrafo).

É, non obstante, unha regulación non exhaustiva, no sentido de que non contén un catálogo minucioso das causas concretas de despedimento senón que o alcance das súas disposicións é clarificado pola Xurisprudencia, a través dunha moi ampla e detallada casuística de moi difícil aprehensión (ZACHERT, U., 1998, p. 26 s.) na formación do Dereito do Traballo en Alemaña desempeña un papel esencial a xurisprudencia, en canto concreta as normativas en ocasións demasiado xenéricas na materia (ZACHERT, U., 3, 1998, p. 1200).

a. O despedimento por necesidades urxentes da empresa

i. Concepto legal

O art. 1.2 KSchG establece que o despedimento non estará xustificado socialmente cando non obedeza a necesidades urxentes da empresa que se opoñan á continuación do traballador na mesma. É dicir, son extincións motivadas en crise conxunturais, en cuestións económicas da orde de racionalizacións e reestructuracións, peches de seccións ou de sectores de produción da empresa, etc. (HOHENADEL, U., PROFANTER, M., 2000, p. 315 ss.). Traducido ó dereito español, trátase dun despedimento similar ó despedimento obxectivo por causas económicas. Só que o lexislador alemán se limita a esixir “necesidades urxentes da empresa” –*dringende betriebliche Erfordernisse*–, en vez de “causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción”, sen ofrecer pautas ou criterios ó cal, co que se lle deixa unha importante marxe de discreción para decidir, atendendo ás circunstancias do caso concreto, sobre a proporcionalidade e adecuación do despedimento (dato que pon de manifesto RODRIGUEZ-PIÑERO E BRAVO-FERRER, 1998, p. 88, en relación co estudio do despedimento obxectivo no dereito español). Segundo a doutrina maioritaria, significa que xa non existe necesidade de que o traballador realice na empresa ningunha actividade e que, polo tanto, se suprime o posto de traballo ata entón existente. É, ademais, necesario que o empresario non poida empregar ó traballador razoablemente noutro posto de traballo vacante da mesma empresa. (Véxase xurisprudencia citada por HANAU, P./ ADOMEIT, K., 2000, p. 262 ss.)

Agora ben, non basta o simple pesimismo do empresario. ZACHERT (ZACHERT, U., 3, 1998, P. 1204 E 1206) cualifica metafóricamente como “unha carreira de barreiras”, a serie de obstáculos que o empresario ten que ir superando para “despedir con éxito a un traballador”.

ii. Motivación

En primeiro lugar, a xurisprudencia vén esixindo, cando a decisión da empresa está fundada en factores externos como a escaseza de pedidos ou a diminución de vendas (ZACHERT, U., 1998, p. 136 ss.), que, na data do aviso previo de despedimento, se poida comprobar ese descenso que obrigou á adopción de medidas de racionalización, aínda que basta que a falta de traballo se produza só ó rematar o prazo de despedimento. É dicir, o empresario debe informar sobre as circunstancias concretas que inciden negativamente na economía da empresa. E incluso debe facer un pronóstico sobre a evolución económica probable da empresa, ó abeiro da evolución dos pedidos e vendas esperadas. Neste sentido, os tribunais poden esixir información e documentación sobre a planificación empresarial, pero deben limitarse a recibir esa información e, de ser o caso, a proba da mesma, sen que en ningún caso sexa a súa función examinar a conveniencia das medidas empresariais de reestructuración da empresa (véxase a Sentencia do Tribunal Federal de Traballo -*Bundesarbeitsgericht*- de 24 de outubro de 1979, *Der Betrieb*, 1980, p. 1400, citada por ZACHERT, U., 3, 1998, p. 1205). E, ademais, esíxese ó empresario que probe que a situación de crise que atravesa a súa empresa repercute directamente sobre o posto de traballo do traballador despedido, é dicir, que hai unha relación de causalidade entre a situación de crise e a decisión de prescindir dos postos de traballo en cuestión.

iii. Proporcionalidade

En segundo lugar, é importante destacar a necesidade de que o despedimento sexa proporcional, de modo que os tribunais poden valorar se existe algunha fórmula menos radical que permita ó traballador continuar na empresa. Neste sentido, incluso a Lei de protección contra o despedimento contén normas ó respecto.

Loxicamente, se se pecha toda a empresa e o despedimento está xustificado en necesidades urxentes da empresa, será proporcional. Aínda que para que se trate dun peche, é necesaria a decisión seria e definitiva do empresario de pechar a empresa durante un período indeterminado e de gran importancia económica, de modo que mentres se estean celebrando negociacións cun eventual empresario non se pode proceder ó despedimento por esta causa. A simple interrupción da empresa constitúe un motivo de despedimento, pero o empresario neste caso está obrigado a continuar empregando ó traballador despois da reapertura da empresa.

En cambio, se a empresa continúa, debe barallarse a posibilidade de que o traballador permaneza na empresa, ben no mesmo posto de traballo, cunha redución da xornada, ben noutro distinto, que estea vacante. Así, o empresario, para evitar despedimentos non xustificados socialmente, deberá implantar a xornada de traballo reducida na empresa ou ordenar a supresión de horas extraordinarias, polo menos sempre que a situación económica negativa que atravesa a empresa teña carácter transitorio (art. 1 KSchG). O comité de empresa pode facer uso da súa iniciativa e implantar a xornada reducida para evitar os despedimentos. En caso de litixio, o traballador ten que demostrar a posibilidade de realizar o traballo en xornada reducida, mediante informes do comité de empresa, do sindicato e da oficina de emprego.

Na mesma orde de cousas, o despedimento non estará socialmente xustificado, e, xa que logo, non será lícito se se pode trasladar ó traballador a outro posto de traballo que estea sen ocupar, aínda que:

- sexa noutro centro da empresa,
- ou o traslado esixa a adopción das medidas “pertinentes” de readaptación profesional e de formación continuada (art. 1 par. 2 frase terceira KSchG. Con todo, non se pode esixir ó empresario máis do que se gastaría para conservar un traballador familiarizado coa empresa)
- ou o posto de traballo sexa de inferior categoría que o ocupado anteriormente polo traballador, aínda que este se mostrase disposto a aceptar estas condicións peores.

É difícil, non obstante, que se existen dificultades económicas e se trata de economizar postos de traballo, existan postos vacantes.

En caso de litixio, é o traballador quen debe demostrar que podería encontrar na empresa outro posto vacante, pois só entón viría obrigado o empresario a demostrar a imposibilidade de realizar tal traslado.

iv. Adecuada selección social

E en terceiro lugar, superados os obstáculos anteriores, o empresario aínda está obrigado a seleccionar adecuadamente o traballador que debe despedir. O problema que pode presentarse cando existen necesidades urxentes da empresa e non se pode evitar o despedimento mediante a xornada reducida de traballo ou mediante o traslado, é saber a cal dos diferentes traballadores comparables se ten que despedir. É o que se chama a “selección social”, que sufriu modificacións de importancia pola Lei de fomento da ocupación de 1996 (*Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz*), pero foi novamente reformada o 31 de decembro de 1998.

Segundo o art. 1, par. 3, frase primeira KSchG, o empresario debe expresar os criterios que lle persuadiron a elixir ós traballadores despedidos. Con isto trátase de optar por despedir, de entre tódolos traballadores de quen se pode prescindir, a aquel ou aqueles ós que prexudique en menor medida o despedimento. O empresario debe ter en conta “puntos de vista sociais” –soziale Gesichtspunkte- ó elixir ó traballador que ten que despedir, é dicir, despedir a quen menos necesidade teña do posto de traballo, atendendo ó tempo de antigüidade na empresa, á idade do traballador -o que conduce a despedir a traballadores de elevada idade, que se encontran socialmente máis protexidos, en lugar de despedir a traballadores máis novos-, á maior ou menor dificultade para encontrar un novo emprego, á obriga de pagamento de alimentos por familiares a cargo, etc.

E debe aplicar os criterios de selección a tódolos traballadores comparables (HANAU, P./ ADOMEIT, K., 2000, p. 265), é dicir, a aqueles do mesmo centro de traballo (non doutro centro da mesma empresa ou grupo de empresas: sentenza do Bundesarbeitsgericht de 22 de maio de 1986) a función do cal pode ser realizada por aqueles que perderon o seu posto de traballo, ou, noutras palabras, a aqueles que ocupan postos de traballo que podería desempeñar o traballador do que se pretende prescindir. (Véxase sentenza do Bundesarbeitsgericht de 17 de febreiro de 2000).

Con todo, os intereses técnico-empresariais, económicos ou outros intereses xustificadas da empresa poden esixir que continúe ocupando o seu posto un traballador ó que de por si se lle considere máis forte dende un punto de vista social, de modo que, dende a reforma de 1996 non se inclúen na selección social os traballadores a permanencia dos cales na empresa, pola súa capacidade, o seu rendemento ou para asegurar unha estrutura de persoal equilibrada, sexa de interese xustificado para a empresa (art. 1 par. 3 segunda frase). Antes de 1996, a xurisprudencia só tomaba en consideración valoracións empresariais cando a diferenza de rendemento dos traballadores era significativa e só unha vez examinados aspectos como a antigüidade, a idade e a obriga de pagar alimentos. E unicamente a existencia de considerables diferenzas de rendemento entre os traballadores comparables, permitía ó empresario corrixir a súa decisión a favor dun traballador distinto.

Se o empresario non realiza unha adecuada selección social, o despedimento pode ser cualificado ilegal. Por isto suscítanse na praxes numerosos problemas. En principio, os traballadores que se inclúen na selección social, “os traballadores comparables”, son, basicamente, os traballadores empregados no mesmo centro de traballo e cunha escala xerárquica semellante. E deben valorarse, especialmente, tal e como esixía expresamente a lei trala reforma de 1 de outubro de 1996, e como xa antes viña entendendo a

xurisprudencia, criterios como o tempo de permanencia na empresa, a idade do traballador e as obrigas familiares de alimentos, pero tamén outros, pois esa limitación a estes tres criterios fixada en 1996 foi suprimida o 31 de decembro de 1998. En efecto, a xurisprudencia utiliza, ademais daqueles tres criterios outros diversos, algúns deles ocasionalmente, atendendo ás circunstancias do caso, como a saúde do traballador, posibles minusvalías, perspectivas futuras de emprego no mercado de traballo, etc. Ademais, non se inclúen xa na selección social despois da reforma, os traballadores cunha permanencia na empresa que sexa de interese xustificado para a mesma. Con isto parece darse, trala reforma, dunha maneira expresa preferencia ás motivacións empresariais sobre as sociais (ZACHERT, U., 3, 1998, p. 1206 s.).

En caso de litixio sobre a “xustificación social” dun despedimento, o traballador pode esixir que o empresario lle comunique os motivos aducidos para a selección efectuada (art. 1, par. 3, frase 1 a.E. KSchG). Pero é o traballador o que ten que demostrar os feitos polos que o despedimento se considera socialmente inxustificado por contravir a selección social, é dicir, o que ten que acreditar a carencia de xustificación social do despedimento.

Esta regulamentación non se soe aplicar na práctica, pois xeralmente o traballador carece de información ó respecto. Ademais, aínda cando recorra ó comité de empresa ou ó propio empresario para ter información, vese forzado a adoptar unha postura pouco solidaria, pois para conservar o seu posto de traballo ten que poñer en perigo a subsistencia doutros traballadores.

b. O despedimento por razóns inherentes á persoa do traballador

i. Concepto legal

Ten lugar cando o traballador non pode realizar o traballo encomendado por causas que radican na súa persoa, é dicir, cando durante longo tempo o traballador se encontra na imposibilidade de cumprir as funcións para as que foi contratado. As regras ó respecto deben buscarse na xurisprudencia, que é bastante restrictiva. Entre as causas persoais máis comúns poden citarse a incapacidade laboral a causa de enfermidade, a perda do carné de conducir cando a conducción de vehículos é parte do traballo do despedido, a redución da capacidade de rendemento, ou chegada ó límite de idade.

ii. Despedimento por enfermidade do traballador

O despedimento por enfermidade é o exemplo máis frecuente de despedimento por causas persoais (DYMKE, A., 2000, p. 221 ss.). E neste suposto, seguindo a ZACHERT (ZACHERT, U., 1998, p. 141), e polo lóxico rigor da xurisprudencia, tamén é necesario superar tres obstáculos para que o despedimento sexa eficaz dende o punto de vista legal. É dicir, requírese que se cumpran tres condicións:

1º Que se trate dunha enfermidade de longa duración ou enfermidade frecuente, que non mellorará tampouco no futuro. Para determinalo, esíxese unha previsión sobre a evolución do estado de saúde do traballador en cuestión. Trátase dun problema médico, sobre o que non pode darse un diagnóstico seguro, senón, todo o máis, un pronóstico. É o que se chama “pronóstico de futuro” negativo, que faga presumir un empeo-

ramento do estado de saúde do traballador despedido e a falta dunha mellora decisiva no futuro. E é o empresario a quen corresponde demostrar a existencia da causa de despedimento.

2º Que, a consecuencia da frecuencia e a duración dos períodos de enfermidade pasados, sexa previsible para o futuro unha carga insoportable ou unha perturbación da marcha laboral da empresa. Os tribunais esixen, ademais, que o empresario non poida impedir o grave prexuízo dos seus intereses a través de medidas de persoal apropiadas, como a contratación dun substituto ata que o traballador poida reincorporarse ó traballo, o cambio provisional doutros compañeiros de traballo, unha cesión interina de traballadores, a realización de horas extraordinarias, ou calquera outra medida provisional en materia de xestión de persoal. Con todo, ha de estarse ó suposto concreto, pois este tipo de decisións son moito máis facilmente executables en empresas de medianas ou grandes dimensións que en pequenas empresas, o que garda estreita relación coa terceira das condicións aludidas.

3º Que a ponderación de intereses no caso concreto e conforme ós criterios de xustiza social, se incline a favor do despedimento do traballador e en contra de que o empresario teña que continuar soportando a carga económica. O despedimento do traballador enfermo só estará socialmente xustificado cando o empresario chegase a cargas económicas insoportables.

Pódense encontrar na xurisprudencia algúns casos especiais. Así, en caso de incapacidade temporal debida a accidente de traballo ou a enfermidade profesional. No primeiro caso, se o empresario despide ó traballador, enténdese que procede de forma desleal, a menos que a incapacidade se prevea definitiva e a vítima perciba unha pensión de incapacidade permanente. E se se trata dunha enfermidade profesional, unha incapacidade debida ó traballo, non se pode esixir ó traballador que continúe arriscando a súa saúde e o empresario debe, na medida que lle sexa posible, procurar que o interesado preste os seus servizos noutro posto que non supoña un risco para a súa saúde. Incluso cabería pensar nun dereito preferente do enfermo, se non houberese intereses contrapostos da empresa, que podería provocar o despedimento doutro traballador para que o enfermo ocupase o seu posto (art. 1 pár 3 KSchG). Só cabe o despedimento do traballador se non existe esta posibilidade, e, neste caso, o empresario tería que facerse cargo dos custos patrimoniais que iso implique (art. 670 BGB), pois o traballador non só perdeu a súa saúde senón tamén o seu posto de traballo a causa da súa actividade laboral.

Pola súa banda, a embriaguez pode influír de forma diversa na relación laboral. Se é unha enfermidade, polo grao de dependencia que comporta, non procede o despedimento, a menos que o traballador se negue a someterse a unha cura de desintoxicación, a interrompa sen terse curado aínda ou reincida na bebida ás poucas semanas. En cambio, se non hai grao de dependencia e o traballador ebrio incumpre os deberes impostos no contrato de traballo, o despedimento habería que fundalo na conduta do traballador. Como cando visita a un cliente, inxire gran cantidade de alcohol e deixa o coche da empresa esnaquizado.

E a infección do SIDA, aínda que é sempre unha enfermidade, é causa de despedimento cando, debido á clase de traballo, exista para terceiros un perigo de contaxio que

non se poida evitar adoptando medidas hixiénicas razoables. Con todo, é preciso prever primeiro a posibilidade de traslado a seccións nas que non haxa perigo de contaxio.

iii. Outros motivos persoais

Xunto ó despedimento por enfermidade, existen outros motivos persoais, que poden servir de base a un despedimento socialmente xustificado.

En primeiro lugar, a diminución do rendemento do traballador. Se se debe á idade, debe admitirse tal mingua. Noutros casos, deben atenderse ás circunstancias particulares, tendo en conta que o importante é saber se ó cabo dun certo tempo poderá recuperarse a situación normal.

En segundo lugar, a perda da cualificación formal necesaria para exercer a súa actividade. Suposto típico pode ser o chofer profesional a quen se retira o carné. Caso distinto é que a actividade de conducir sexa só unha parte das súas obrigas, e non a principal, como nos representantes de comercio, neste caso o traballador pode contratar pola súa conta, e para realizar os seus desprazamentos, a outra persoa como chofer.

En terceiro lugar, pode ser tamén un motivo persoal o cumprimento dunha condena de prisión preventiva ou de arresto. Trátase dunha causa de despedimento por razóns inherentes á persoa e non debido ó seu comportamento, pois esa sanción non significa que se incumprisen os deberes impostos polo contrato de traballo.

E en cuarto lugar, o cumprimento dos 65 anos de idade. Aínda que o cumprimento dunha determinada idade non xustifica o despedimento, pode estipularse en convenio colectivo ou pacto de empresa que a relación laboral remate automaticamente ó cumprir unha determinada idade, sempre que se adquira simultaneamente o dereito ó aproveitamento dunha pensión.

c. O despedimento debido ó comportamento do traballador

i. Concepto legal

O terceiro grupo de causas que permiten que un despedimento non sexa socialmente inxustificable son as fundadas na conduta do propio traballador, que, traducido ó dereito español, coincide basicamente co despedimento disciplinario, baseado nun incumprimento grave e culpable do traballador. Vén ser, xa que logo, unha especie de sanción polo incumprimento das obrigas contractuais (HANAU, P./ ADOEMEIT, K., 2000, p. 269, con cita de xurisprudencia).

ii. Causas

É necesario que o traballador incumprise voluntaria, culpable e gravemente as obrigas dimanantes do seu contrato de traballo. Aínda que a casuística deste tipo de despedimento é difícil de reconducir, prodúcese en esencia cando o traballador incumpre pola súa propia culpa os deberes impostos no contrato de traballo (ex. as faltas inxustificadas e reiteradas de asistencia ou de puntualidade, actos de violencia na empresa, ofensas a un superior, traballar durante unha incapacidade temporal, etc.). O seu com-

portamento durante o tempo libre só reviste importancia, en principio, cando afecta ó rendemento no traballo.

Polo xeral, débese proceder primeiro a unha amoestación ou advertencia (MAYER, E., 2000, p. 147), a menos que a infracción cometida sexa moi grave e irreparable, ou o traballador manifeste o seu propósito de non cambiar de conducta.

iii. Empresas con fins políticos ou confesionais

Ademais, incluso nestes despedimentos fundados no comportamento do traballador se esixe que a sanción, é dicir, o despedimento mesmo sexa proporcionado respecto do incumprimento do deber e non haxa posibilidade de eludilo mediante o traslado do traballador a outro posto de traballo. Así, se se pelexa constantemente cos seus compañeiros e hai posibilidade de trasladalo a outro posto con menos posibilidades de entabrar contactos, debe facerse.

Malia o rigor dos tribunais en relación coas causas de despedimento, debe destacarse que nas empresas que perseguen fins políticos ou confesionais, como as distintas confesións relixiosas, e particularmente a Igrexa, a protección fronte ó despedimento diminúe en gran medida. Véxase ZACHERT, U., 1998, p. 143 s., que pon como exemplos e casos límites de despedimentos declarados socialmente xustificadas polo Tribunal Federal Alemán BAG, o dunha profesora dun hospicio católico despedida por contraer matrimonio cun home divorciado e o dun bibliotecario dunha institución católica que repudiou publicamente á Igrexa Católica.

3. O despedimento extraordinario

Os despedimentos de carácter extraordinario prodúcense, en xeral, segundo o art. 626 BGB por un motivo importante –wichtiger Grund–, en virtude do cal non se poida esixir que o traballador que vai ser despedido continúe traballando ata expirar o prazo de despedimento. A xurisprudencia debe atermarse ás particularidades do caso concreto e ponderar os intereses de ambas partes contratantes, a fin de determinar se xustifican ou non o incumprimento polo empresario dos prazos de aviso previo (DÄUBLER, W., FISCHER, U., ZWANZIGER, B., 2001, p. 118 ss.).

Non obstante, existen tres supostos en que incluso os despedimentos extraordinarios deben ser autorizados (HANAU, P./ ADOMEIT, K., 2000, p. 273 s.): o dos minusválidos, o das nais antes e despois do nacemento e o dos membros do comité de empresa ou delegados de persoal. Os dous primeiros pola autoridade pública e o último polo propio comité de empresa, ou, cando este refusa dar a súa aprobación, polo tribunal de traballo, a solicitude do empregador (art. 103 Betriebsverfassungsgesetz).

Aínda que o art. 626 BGB alude expresamente o grave incumprimento das obrigas contractuais, e non rexe a necesidade de xustificación social do art. 1 KSchG, a doutrina adoita reproducir os tres tipos de causas de despedimento que permiten considerar socialmente xustificadas un despedimento ordinario, segundo o art. 1.2 KSchG. Non obstante, os motivos que debe xustificar un despedimento sen aviso previo deben ser aínda máis graves que os que xustifican un despedimento ordinario.

a. Por necesidades urgentes da empresa

Os despedimentos extraordinarios por esta causa a penas teñen importancia práctica (ZACHERT, U., 3, 1998, p. 1201).

O despedimento por presión se dá cando un grupo de traballadores, por exemplo, exerce presión sobre o empresario, incluso con ameaza de folga, para que despida a un traballador: un traballador de categoría superior, un compañeiro pouco traballador ou que pertence a unha minoría de carácter político ou relixioso, etc. En principio, o empresario se ten que mostrar a favor do traballador ameazado e rexeitar a pretensión dos demais traballadores. Pero o afectado debe contribuír pola súa banda á solución do conflito e se a presión é moi grande, debe pedir traslado a outra sección. Só se isto non é posible e poden producirse insoportables prexuízos económicos, pode o empresario proceder ó despedimento, indemnizando ó traballador.

b. Por razóns inherentes á persoa do traballador

Tampouco son habituais os despedimentos extraordinarios baseados nesta causa. Así, só se pode despedir ó traballador por enfermidade do mesmo se o empresario se encontra en situacións económicas graves e debe conceder un prazo para o aviso previo. Cabería cando se sospeite que o traballador cometeu unha acción punible grave, como se se sospeita de que a empregada de fogar substraeu unha cantidade de diñeiro. Pero se desaparece a sospeita ou se comproba a súa inocencia, o traballador ten dereito a reincorporarse ó seu posto de traballo.

c. Por feitos debidos ó comportamento do traballador

O motivo máis frecuente é o grave incumprimento dos seus deberes: negativa insistente ó traballo, comezo arbitrario das vacacións, notificación subrepticia de enfermidade, actos punibles contra o empresario, etc. Agás casos realmente escandalosos, non é suficiente que se cometese unha infracción unha soa vez.

Se o despedimento extraordinario carece de eficacia por non existir un motivo importante ou por ter transcorrido o prazo, a notificación do empresario pode considerarse polo menos como aviso previo de despedimento, pois o art. 140 BGB. prevé unha conversión semellante: se un negocio xurídico nulo ou carente de eficacia cumpre as condicións necesarias para unha notificación eficaz, esta é válida se a persoa que efectúa a notificación a desexara sabendo que era nula.

4. O despedimento especial

Considéranse despedimentos especiais os que merecen unha maior protección por razón da persoa do traballador ó que afectan. En concreto, gozan de protección especial fronte ó despedimento determinados grupos de persoas, unhas veces en razón da súa posición desfavorable no mercado, como no caso dos minusválidos, mulleres, mozos, etc. E outras veces, para protexer ó traballador fronte a posibles represalias por parte do empresario, como no caso dos representantes de persoal. Fronte a tales despedimentos preveuse unha protección peculiar en diferentes leis especiais.

5. Límites xerais impostos ó empresario en materia de despedimento

A KSchG establece unhas causas de despedimento. Pero aínda cando non é aplicable a citada lei, ben porque a relación laboral non durou aínda 6 meses ou porque se trata dunha empresa de menos de 5 traballadores, débense cumprir os prazos de aviso previo sinalados para o despedimento para que a relación laboral poida ser rescindida. Cumpridos estes prazos, a relación laboral pode ser rescindida, incluso sen motivo, tanto polo empresario como polo traballador.

Ademais, deben terse en conta os límites xerais impostos polos principios xerais do Dereito civil - concernentes á declaración de vontade do empresario - e tamén os que resultan dos principios constitucionais. Noutras palabras, a xuízo de gran parte da doutrina, debía predicarse, incluso respecto das pequenas empresas non protexidas pola KSchG, a prohibición de despedimentos arbitrarios, a obrigatoriedade de fundamentar o despedimento e a necesidade de que a carga da proba recaia sobre o empresario (OET-KER, 1957, p. 41 ss.). É dicir, unha especie de protección do despedimento de segunda clase. Así o recoñeceu o propio Tribunal Constitucional -Bundesverfassungsgericht- na súa resolución de 27 de xaneiro de 1998, en canto que o art. 12 GG brinda unha protección mínima dos postos de traballo que debe ser tomada en consideración en todo despedimento, por encima da cláusula xeral do art. 242 BGB (HANAU, P./ ADOMEIT, K., 2000, p. 259).

Sistematizando tales límites que impiden o despedimento, pódense sinalar, entre outros, os seguintes:

1º As prohibicións legais. A declaración de vontade, tamén a de despedimento, non pode ir en contra dunha prohibición legal, segundo o disposto no art. 134 BGB. Así, o empresario pode despedir a un traballador por conviccións ou actividades políticas do traballador, por expresar unha opinión ou por realizar unha actividade sindical permitidas, agás no caso das chamadas empresas de tendencia.

2º A discriminación por razón de sexo, que tampouco se permite, consonte co art. 611 a) par. 1 BGB, que prohibe a discriminación por razón de xénero. O despedimento que contraveña esta prohibición será nulo en virtude do art. 134. O empresario, se desexa despedir ás mulleres traballadoras en vez da homes, terá que acreditar que en cada caso eran precisamente innecesarias as mulleres, non os homes. Debe existir xustificación por motivos serios, non por razón de xénero.

3º O despedimento como reacción do empresario fronte ó exercicio dun dereito recoñecido legalmente ó traballador. O art. 612 BGB prohibe sancións disciplinarias como resposta do empresario ó exercicio lícito dun dereito do traballador, como cando o traballador manifesta a súa vontade de xubilarse anticipadamente ou de aproveitar en determinada data o resto das súas vacacións, ou se nega a asinar unha declaración do empresario contra a elección do comité de empresa.

4º O despedimento producido a causa do traspaso ou sucesión de empresas, que é considerado nulo polo art. 613 BGB. Distinto é o suposto do despedimento producido no momento do traspaso, pero fundado en motivos distintos, que pode ser válido.

5º O despedimento contrario ós bos costumes. Tamén resulta nulo, en virtude do art 138 par. 1 BGB, o despedimento contrario ós bos costumes, como o despedimento baseado en causas reprobables, como é o desexo de vinganza ou de represalia cando unha secretaria se opuxo cortés, pero decididamente, ós desexos do seu xefe de ligar con ela ou cando un traballador fai un comentario non ofensivo sobre o empresario, que provoca unha risa xeral.

6º O despedimento contrario ó principio da boa fe do art. 242 BGB, que é unha especie de caixón de xastre no que caben moi diversos supostos. Non se admite, por tanto, o despedimento abusivo, como o baseado no desexo do traballador de ver novas caras ou o motivado na homosexualidade do traballador (sentencia de 23 de xuño de 1994 do Bundesarbeitsgericht, citada por HANAU, P./ ADOMEIT, K., 2000, p. 260).

7º O despedimento sometido a condición. Só é lícito se o cumprimento da condición depende da vontade do traballador despedido, non se depende do empregador nin se depende dun terceiro.

8º O despedimento parcial, entendido como a rescisión dunha parte das condicións de traballo pactadas. (Véxase HANAU, P./ ADOMEIT, K., 2000, p. 255, con cita da sentenza de 22 de xaneiro de 1997 do Bundesarbeitsgericht).

9º Por último, e en relación cos principios constitucionais, o libre desenvolvemento da personalidade do art. 2 da Lei Fundamental, a liberdade de emprego do art. 12 e o Estado social de Dereito do art. 20.1, parecen esixir unha mínima protección fronte ó despedimento.

III. A PROTECCIÓN CONTRA O DESPEDIMENTO E O PROCEDEMENTO

1. O aviso previo

O ordenamento alemán esixe só respecto dos despedimentos ordinarios a comunicación ó traballador do despedimento cun período mínimo de antelación, que permite ó traballador prepararse ante a posible perda do seu posto de traballo e, de ser o caso, buscar un novo emprego. Non é necesario, en cambio, a observación do prazo de despedimento para dar por rematada unha relación laboral cando o despedimento é extraordinario (DÄUBLER, W., FISCHER, U., ZWANZIGER, B., 2001, p. 321 ss.).

Antes da unificación de Alemaña, a lexislación da antiga República Federal prevía prazos diferentes para obreiros (14 días antes do despedimento efectivo) e empregados (6 semanas antes de rematar o trimestre), prazos que aumentaban en atención á antigüidade do traballador na empresa, aínda que os anos de antigüidade dos empregados computaban máis que os dos obreiros. O Tribunal Constitucional alemán en sentenza de 30 de maio de 1990 (Véxase *Der Betrieb* 1990, p. 1.565 e *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, p. 2246) declarou inconstitucional esta diferenza de prazos para o despedimento entre obreiros e empregados por contravir o principio de igualdade do art. 3 da Constitución alemana, en canto que o traballo duns e outros “carece de diferencias obxectivas” que xustifique tal distinción. En consecuencia, obrigou ó lexislador a adoptar unha nova regulación do período de aviso previo antes do 30 de xuño de 1993: a *Kündigungsfristengesetz*, Lei sobre legalización dos prazos de aviso previo para os tra-

balladores por conta allea, pola que se modifica o art. 622 BGB, e establécese a garantía dun período de aviso previo común para tódolos traballadores, aplicable dende o 15 de outubro de 1993.

Curiosamente, os períodos de aviso previo non se regulan na Lei de Protección contra o Despedimento, senón no art. 622 BGB. O período mínimo de aviso previo é de catro semanas, dúas semanas no período de proba, que normalmente dura seis meses. Pero, en función da duración do servizo prestado polo traballador na empresa, pode ampliarse ata sete meses. Legalmente, o prazo de aviso previo é de catro semanas cando a antigüidade na empresa é inferior a cinco anos. E se o tempo de permanencia na empresa é superior a cinco anos, o prazo de aviso previo pode oscilar entre dous e sete meses: dous meses, se é superior a cinco anos, tres se o superior a oito anos, catro se é superior a dez anos, cinco se é superior a doce anos, seis se é superior a quince anos e sete se é superior a vinte anos.

O tempo de permanencia na empresa depende da existencia do vínculo xurídico da relación laboral, sen que importe que a empresa cambiase de dono -art. 613 a) BGB- e os prazos empezan a contarse dende a data en que se recibe o aviso previo de despedimento. En virtude do art. 130 BGB, a notificación ha de haber chegado á “esfera real de dominio” do traballador, na que, en circunstancias normais, este tivera a posibilidade de coñecela. A data da notificación serve de inicio tanto para o prazo do despedimento como para o prazo de 3 semanas para entaboar demanda contra o despedimento, aínda que se o traballador descoñece en realidade esta situación, pode lograr que se admita a súa demanda a posteriori, en virtude do disposto no art. 5 da Lei de Protección contra o despedimento.

Para os minusválidos (art. 16 Lei s/ os minusválidos) existe un prazo mínimo de 4 semanas en caso de despedimento.

En todo caso, os prazos de despedimento pódense ampliar en convenio colectivo e tamén en acordo de empresa ou no contrato individual de traballo. Pero só poden reducirse, en principio, en convenio colectivo.

No aviso previo de despedimento non se pode poñer ningunha condición, a menos que o cumprimento da condición dependa exclusivamente da vontade do interesado (ex. se desexa non someterse ás novas condicións laborais ofrecidas).

2. A forma e a motivación

Ata o 1 de maio de 2000, non se esixía que o despedimento se notificase por escrito, a menos que así se previra en convenio colectivo, o que, por certo, facían numerosos convenios colectivos. E aínda cando non o prevían, o normal na práctica e en interese do empresario, era notificar o despedimento por escrito, con expresión da causa en que se fundaba, para así poder probar a súa posición nun futuro procedemento laboral. Dende entón, o art. 623 BGB modificado polo lexislador, prescribe a forma escrita para a rescisión do contrato de traballo, incluso para a terminación da relación laboral temporal polo transcurso do prazo previsto nos contratos de traballo temporais ou para a rescisión por mutuo disenso, de modo que a forma verbal é ineficaz e non pode poñer fin á relación laboral.

Os contratos de duración determinada réxense pola Lei de traballo a tempo parcial e relacións laborais de duración determinada (*Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen*), que no seu art. 3 derogou a Lei de Promoción do Emprego de 26 de abril de 1985 (*Gesetz über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung*) e entrou en vigor o 1 de xaneiro de 2001 (art. 4). A forma escrita é, pois, un presuposto necesario para a eficacia da rescisión da relación laboral e tanto respecto dos empresarios como respecto dos traballadores, ata o punto de que se non se denuncia por escrito a terminación do prazo do contrato de traballo temporal, o contrato continúa como indefinido.

A esixencia de forma escrita é, ademais, unha norma de dereito necesario, que non pode ser derogada nin por convenio colectivo, nin por acordo de empresa ou contrato singular de traballo. E cómpre que se materialice nun documento asinado polas partes, de acordo coa regra xeral sobre forma escrita prescrita pola lei do art. 126 BGB. Este artigo, inserto no Libro Primeiro “Parte Xeral”, Título III “Negocio xurídico”, refírese á esixencia da forma escrita do negocio xurídico, cando, como neste caso, é prescrita pola lei. Require que o documento sexa asinado por tódolos outorgantes do seu puño e letra ou mediante rúbrica autenticada ante notario. Aínda que permite que a forma escrita sexa suplida por autorización xudicial ou incluso, se da lei non resulta outra cosa, por medios electrónicos.

Con isto, exclúense non só as rescisións verbais, senón tamén as materializadas por telegrama, e-mail, fax e incluso por un intercambio de cartas, pois neste caso os documentos asinados non son idénticos. E tamén se exclúe, porque así o dispón expresamente o art. 623 BGB, os medios electrónicos. En cambio, si resulta admisible un acto de avinza ou conciliación protocolizado perante o tribunal competente.

A finalidade prioritaria da forma escrita é servir de proba da rescisión da relación laboral, co que contribúe á protección do traballador e conséguese maior seguridade xurídica. E toda rescisión dun contrato de traballo que careza de forma escrita é nula. O art. 125 BGB declara nulo todo negocio xurídico que carece da forma prescrita pola lei. O traballador pode interpoñer unha demanda por infracción do art. 623 BGB.

Polo demais, continúa sen ser necesario utilizar a palabra “despedimento”, nin indicar os motivos do despedimento ou o prazo do mesmo ou se se trata dun despedimento ordinario ou extraordinario, agás se o traballador o solicita. Basta con que conste claramente a vontade do empresario de rematar a relación laboral (HANAU, P./ ADOMEIT, K., 2000, p. 837).

Tampouco é necesario, en principio, escoitar ó traballador antes de proceder ó seu despedimento, o que chama especialmente a atención, pois o art. 82 par. 1 da *Betriebsverfassungsgesetz* –Lei sobre representación do persoal da empresa– prescribía a obriga de escoitar antes ó interesado nas demais sentencias referentes ó traballador. Só no caso de que o despedimento se basee na sospeita dunha actuación punible do traballador, débese ofrecer ó traballador a ocasión de defenderse.

Nin sequera existe obriga de informar ó traballador sobre a posibilidade de enta- boar unha demanda solicitando a protección contra o despedimento.

A retirada da notificación do despedimento esixe aprobación expresa ou tácita polo traballador.

3. Requisitos que se esixen para a aplicación da Lei de Protección fronte ó despedimento: período de ocupación do traballador despedido na empresa e dimensión da empresa

A aplicación da KSchG (Lei de protección do despedimento) require o cumprimento de dúas condicións (art. 23.1 KSchG):

1º Que a relación laboral que se pretende extinguir existise durante polo menos seis meses (a relación xurídica, non o traballo efectivo que poderá ser inferior, por exemplo se estivo enfermo), a menos que no contrato de traballo ou no convenio colectivo se estipulase que comece antes a protección fronte ó despedimento. É dicir, que a relación laboral do traballador leve vixente polo menos seis meses.

2º Que a empresa teña máis de cinco traballadores, con exclusión dos que estean en formación. Exclúense, polo tanto, as Kleinbetrieb, as pequenas empresas que empreguen cinco ou menos traballadores (DÄUBLER, W., FISCHER, U., ZWANZIGER, B., 2001, p. 282 ss.). No cómputo dos traballadores da empresa téñense en conta os traballadores a tempo parcial, de modo que se a súa xornada laboral é de non máis de 20 horas cómputase como 0,5 traballadores e se é de non máis de 30 horas como 0,75.

Estas condicións coñécense na doutrina como a fórmula do dobre 6 –Doppelte 6–: polo menos seis traballadores e seis meses na empresa (HANAU, P./ ADOMEIT, K., 2000, p. 259).

A exclusión das pequenas empresas foi moi criticada por unha gran parte da doutrina alemá. Entendeuse que o art. 23.1 KSchG, na redacción dada pola *Arbeitsrechtsvereinigungsgesetz*, de 25 de agosto de 1969 (Lei de modificación en materia social) podía resultar contrario á normativa europea –en concreto, ó art. 92.1 TUE sobre competencia, por favorecer ás empresas alemáns de menos de seis traballadores, en detrimento de empresas de similares características existentes noutros Estados membros-. De aí a remisión ó Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas de cuestións prexudiciais por parte de varios Tribunais de Traballo alemáns. Véxase, ó respecto, STXCE de 30 de novembro de 1994 (asunto C-189/91, Petra Kirsammer-Hack contra Nurhan Sidal), que sinala que a non suxeición das pequenas empresas a un réxime nacional de protección dos traballadores contra o despedimento non constitúe unha axuda subsumible no art. 92.1 do Tratado, por canto non supón ningún traspaso directo ou indirecto de recursos públicos a ditas empresas senón que responde unicamente á vontade do lexislador de establecer un marco legal específico para as relacións laborais entre empresarios e traballadores nas pequenas empresas e evitar poñer a ditas empresas trabas económicas que poidan ameazar o seu desenvolvemento.

Malia as críticas da doutrina pola exclusión das pequenas empresas do ámbito de aplicación da Lei, incluso se elevou o número de traballadores de cinco a dez por unha modificación introducida na Lei de Protección fronte ó despedimento pola Lei de Promoción da Ocupación de 1 de outubro de 1996 (*Beschäftigungsförderungsgesetz*).

Non obstante, o número foi novamente revisado dous anos máis tarde pola *Korrekturgesetz* e dende o 1 de xaneiro de 1999 rexe de novo a limitación primitiva.

Pola súa banda, ata outubro de 1996, os traballadores a tempo parcial excluíanse do cómputo de traballadores da empresa, segundo a versión do art. 3 da *Beschäftigungsförderungsgesetz* de 26 de abril de 1985 (Lei de Promoción do Emprego), cando a súa xornada laboral regular era igual ou inferior a dez horas semanais ou a corenta e cinco horas mensuais. E, con esta redacción, argüíase que podía resultar contraria ó principio de igualdade de trato dos traballadores masculinos e femininos, no relativo ás condicións de despedimento –arts. 2 e 5 da Directiva 76/207–, en canto que a exclusión, dentro do cómputo dos traballadores da empresa, dos que traballaban na empresa menos de 10 horas afectaba basicamente a mulleres. O argumento foi rexeitado tamén polo TXCE na STXCE de 30 de novembro de 1994 (asunto C-189/91), por entender que a Directiva non se opón á disposición normativa alemana por non terse presentado materiais estatísticos suficientes para probalo, pois o que tería que probarse é que as pequenas empresas contratan a un número considerablemente máis elevado de mulleres que de homes. E, reconece, ademais, que aínda que puidese probarse, a medida podería estar xustificada por razóns obxectivas e alleas ó sexo dos traballadores na medida en que o seu obxecto fose mitigar as trabas que afectan ás pequenas empresas, que desempeñan un papel esencial no desenvolvemento económico e a creación de emprego na Comunidade.

O obxectivo desta disposición, a reforma da cal se pretendeu a fin de ampliar o concepto de pequena empresa, e, deste modo, excluír ós traballadores dun maior número de empresas da protección fronte ó despedimento, é a creación de novos postos de traballo polo pequeno empresario, a quen se incentiva facendo inaplicable ós seus traballadores o réxime de protección fronte ó despedimento dispensado pola KSchG.

Con anterioridade á reforma de 1 de outubro de 1996, resultaban amparadas pola KSchG o 33% das empresas e o 76% dos traballadores. Posteriormente, coa exclusión do ámbito de protección da Lei das empresas de dez ou menos empregados, só resultaban protexidas o 19% das empresas e o 70% dos traballadores, é dicir, case un tercio dos traballadores alemáns non quedaban amparados pola citada lei. Véxase, Kurzbericht, 1996 “Informe Breve” realizado polo Instituto für Arbeitsmarkt und Berufsforschung de 24 de xuño de 1996 e BEPLER, 1997, p. 54 ss., citados por ZACHERT, U., 3, 1998, p. 1203.

4. Protección en función da clase de despedimento

a. Despedimento ordinario

Dunha maior protección fronte ó despedimento ordinario gozan os traballadores ó que é aplicable a KSchG.

A Lei de Protección contra o Despedimento, *Kündigungsschutzgesetz*, contén vinseteis artigos. O empresario só pode proceder ó despedimento cando exista algún dos motivos seguintes (art. 1.2 KSchG):

- necesidades urxentes da empresa
- motivos inherentes á persoa do traballador

-motivos baseados no comportamento do traballador.

Consonte cos arts 9 e 10 KSchG, o tribunal pode declarar que o despedimento non está socialmente xustificado, e, xa que logo, que non rescinde a relación laboral. O traballador debe ser readmitido cando foi despedido por razóns alleas ó seu comportamento, á súa persoa, ou a necesidades urxentes da empresa que se opoñan á continuación da relación laboral. Non obstante, non se pode esixir ó traballador a continuación da relación laboral e o tribunal, a solicitude do traballador, debe rescindir a relación laboral e condenar ó empresario ó pagamento da indemnización adecuada. Ademais, cando das circunstancias do caso se deduza que non é posible o mantemento da relación laboral, o órgano xurisdiccional poderá, a instancia do empresario, resolver a non readmisión do traballador e o pagamento a este, en contraprestación, dunha indemnización.

b. Despedimento extraordinario

O despedimento extraordinario, de acordo co art. 626 par. 1 BGB ten que vir fundado nun “motivo importante” (como un desfalco do traballador) e respecto do mesmo non hai necesidade de avisar previamente, aínda que o empresario pode conceder un prazo de extinción da relación laboral. Presupón a existencia de feitos en virtude dos cales non se pode esixir que o traballador que vai ser despedido continúe traballando ata expirar o prazo de despedimento, tendo en conta tódalas circunstancias existentes e ponderando os intereses de ambas partes contratantes (DÄUBLER, W., 1993, p. 690 ss.). Cómpre ter en conta, por parte do traballador, o seu grao de culpa e a repercusión para el da perda do seu posto de traballo, E, por parte do empresario, a súa ausencia de culpa e os danos causados ou que lle poidan causar. Ademais, o despedimento ou o aviso previo só pode ter lugar dentro do prazo de dúas semanas, dende que o empresario ten coñecemento dos feitos nos que se basea (art. 626 par. 2 BGB.). Agora ben, se só existen indicios dunha infracción, o empresario debe comezar por facer indagacións e o prazo empezará a contar ó remate de tales indagacións (HANAU, P./ ADOMEIT, K., 2000, p. 275).

Aínda que a Lei de Protección fronte ó despedimento non é aplicable ó despedimento extraordinario, se o tribunal estima que carece de fundamento, aquela lei permite ó traballador, cando non sexa pensable que se aveña a continuar a relación laboral, solicitar a rescisión da relación laboral e o pagamento da indemnización, de acordo coas regras da mesma (art. 13.1, terceira frase KSchG).

c. Despedimento especial

Xunto ó despedimento ordinario e ó extraordinario, preveuse unha protección especial, agás peche da empresa ou conducta errónea grave, válida incluso para empresas que teñan ocupados menos de cinco traballadores, respecto de determinados grupos de persoas, ben pola súa posición desfavorable no mercado, ben para evitar represalias por parte do empresario (no caso dos representantes de persoal). Entre outros, para os seguintes:

i. Traballadores minusválidos

A Lei sobre seguridade da incorporación dos minusválidos ó traballo, á profesión e á sociedade de 26 de agosto de 1986 esixe no seu art. 15 tanto para o despedimento ordinario de minusválidos como para o extraordinario autorización escrita da autoridade pública -do Departamento Central de Asistencia-, previa audiencia do minusválido, do Comité de empresa e da representación do minusválido (DÄUBLER, W., FISCHER, U., ZWANZIGER, B., 2001, p. 417 ss.).

A autorización non é necesaria cando o minusválido leva traballando na empresa menos de seis meses (art. 20, par. 1) e, preceptivamente, débese conceder cando se produza unha redución da actividade, sempre que se respecte a reserva a favor dos minusválidos da cota do 6% dos postos de traballo (art. 19, par. 1) e, en caso de despedimento extraordinario, sempre que o despedimento obedeza a un motivo importante e non garde relación coa minusvalía (art. 21.4). Se falta a autorización, o traballador pode pedir a súa reincorporación inmediata, pois o despedimento carece de eficacia. O prazo de despedimento é como mínimo de catro semanas (art. 16).

Pero para gozar desta protección especial, é preciso que o minusválido informe ó empresario dentro do mes seguinte ó despedimento do recoñecemento da súa condición de minusválido ou, polo menos, da presentación da solicitude dun documento acreditativo da minusvalía. En caso contrario, só poderá acollerse á protección xeral contra o despedimento, aínda que tamén se terá en conta a súa minusvalía para ponderar os intereses. Tamén poderá solicitar o empresario un certificado negativo do Departamento Central de Asistencia, que acredita a non necesidade de aprobación. Polo demais, o traballador pode impugnar a aprobación cunha reclamación previa e, se está descontento, cun recurso ó Tribunal contencioso-administrativo.

ii. Traballadoras amparadas na Lei de protección da maternidade

O art. 9 par. 1 da Lei de protección á nai -*Mutterschutzgesetz*- prohibe despedir ás nais en período de xestación ou lactancia e incluso dentro dos catro meses posteriores á data do parto, cando o empresario teña coñecemento do embarazo ó tempo do despedimento ou lle sexa comunicado este estado nas dúas semanas posteriores ó aviso previo de despedimento. Esta protección abrangue non só o período do embarazo e lactancia, senón tamén un período posterior de catro meses (DÄUBLER, W., FISCHER, U., ZWANZIGER, B., 2001, p. 367 ss.).

Só excepcionalmente pode a autoridade pública -o Ministerio de Traballo- autorizar un despedimento, podendo neste caso recorrerse a decisión perante o tribunal contencioso-administrativo competente. Tamén pode a traballadora despedirse neste caso *motu proprio*, pero se lle permite desistir da súa decisión no prazo de tres semanas. E se existe unha relación laboral temporal non se aplica o disposto neste artigo, pero o empresario non pode verse influído pola xestación para rexeitar unha relación laboral fixa coa traballadora.

iii. Membros do comité de empresa

O art. 15 KSchG considera inadmisíbel o despedimento dos membros do comité de empresa e do Consello de persoal e dos membros da representación dos mozos en período de formación (JAV), agás que se trate dun despedimento extraordinario, incluso unha vez rematado o seu mandato. O mesmo rexe para os membros da Xunta Electoral, dende a súa designación, e os candidatos á elección, dende a presentación da lista de candidatos, ata seis meses despois da publicación dos resultados electorais.

Se unha destas persoas traballa nunha sección da empresa que se pecha, debe, na medida do posible ser trasladado a outra sección. En principio, só é admisible o despedimento en caso de peche forzoso da empresa, a menos que existan imperiosas necesidades da empresa (art. 15.3 e 4 KSchG).

Pola súa banda, o art. 103 *Betriebsverfassungsgesetz* concede unha especial protección fronte a todos estes despedimentos: só se pode despedir por motivo grave e o despedimento queda suxeito á aprobación do Comité de empresa ou, a solicitude do empregador, do Tribunal de Traballo, cando o despedimento extraordinario se xustifique tendo presentes tódalas circunstancias do caso.

iv. Outros grupos de persoas con protección especial

- Traballadores/as que reclamaron un permiso para a súa formación.
- Traballadores/as que viven soas con obriga de alimentar a fillos pequenos.
- Traballadores con obriga de cumprir o Servicio Militar ou o Civil. Suspéndese a súa relación laboral durante o servizo militar e prohibese o seu despedimento ordinario por motivos relacionados co cumprimento do servizo militar tanto antes como despois da súa relación.
- Combatentes contra o fascismo.

5. Protección fronte ó despedimento colectivo. Intervención da administración de traballo e do comité de empresa

Os despedimentos colectivos están minuciosamente regulados en Alemaña ó abeiro da Directiva comunitaria sobre despedimentos colectivos, a través de negociacións con vistas á obtención dun plan social e unha compensación de intereses. En consecuencia, as diferencias neste punto entre as diferentes regulacións dos Dereitos internos dos Estados membros non son neste punto significativas.

A regulación básica do Dereito alemán recóllese no art. 17.1 KSchG, que esixe ó empresario notificar á Oficina de Emprego (Arbeitsamt) a intención de proceder a despedimentos colectivos. Estes despedimentos existen cando nun prazo de 30 días se despiden un determinado número de traballadores, en relación coa magnitude da empresa (art. 17, par. 1 KSchG): en empresas de entre 20 e 59 traballadores a máis de 5; en empresas de entre 60 e 499, a máis de 25 ou ó 10% do cadro de persoal; e en empresas de 500 ou máis, polo menos a 30.

Se non cumpre esa obriga, os despedimentos que se notificasen carecerán de eficacia xurídica (art. 15 KSchG). Non obstante, a Oficina de Emprego non pode impedir os

despedimentos, senón só fixar un prazo máximo de dous meses, durante o cal non se poidan efectuar despedimentos.

Máis importante é, en cambio, o papel que poden desempeñar os comités de empresa, que, en relación cos despedimentos colectivos, teñen non só un dereito de información senón tamén significativos dereitos de participación.

Antes de proceder ós despedimentos, o empresario debe informar disto ó comité de empresa indicando as razóns dos despedimentos, o número de traballadores que serán despedidos, o número de traballadores empregados na empresa e o período durante o cal terán lugar os despedimentos (art. 17, par. 2 KSchG). En tódolos casos en que se pretenda unha modificación da estrutura empresarial –racionalización, introducción de novas tecnoloxías, supresión de partes de actividade, etc.-, o empregador debe negociar un *Interessenausgleich* –“equilibrio de intereses”- a fin de concretar, cando e de que modo debe realizarse a modificación proxectada (KIBLER, F., GÉA, F., 2000, p. 361). Simplemente existe aquí por parte da representación dos traballadores un dereito a negociar, non un dereito de codeterminación. Non obstante, pode o comité instar un plan social –“*Sozialplan*”-, a través do órgano de conciliación paritario, que son os órganos constituídos especificamente para a solución dun conflito particular cando as dúas partes non alcanzan un compromiso (art. 102 *Betriebsverfassungsgesetz*). O órgano de conciliación componse paritariamente por igual número de membros por parte do comité que por parte do empresario (dous ou tres, segundo os casos) e por un “presidente neutral”, con dereito de veto, que deben nomear de común acordo as partes, ou, en defecto de, o tribunal de traballo, sobre as propostas realizadas por ambas partes, e que na maior parte dos casos son xuíces.

A notificación á oficina de traballo ten que ser escrita e ir precedida dun informe do comité de empresa, pois debe acompañarse do escrito en que apareza o criterio do comité de empresa. En caso contrario, o empresario deberá acreditar de forma fidedigna que polo menos 2 semanas antes da notificación, se dera a coñecer o feito ó comité de empresa e expoñer o estado en que se encontran as deliberacións (art. 17, par. 3, frase terceira KSchG).

O empresario debe así mesmo informar á autoridade laboral (*Landesarbeitsamt*) sobre o despedimento colectivo, comunicarlle a mesma información que ó comité de empresa e proporcionarlle o informe escrito do comité de empresa. Os despedimentos só adquieren eficacia xurídica ó cabo de un mes dende a recepción da notificación na oficina de traballo (art. 18, par. 1 KSchG). A autoridade laboral pode, non obstante reducir o prazo do mes ou ampliálo a dous meses como máximo, ou incluso ordenar a xornada reducida de traballo ata que os despedimentos colectivos adquiren eficacia xurídica (art. 18 par. 2).

A lei non obriga ós empresarios a pagar unha indemnización de cesamento en caso de despedimento colectivo, pero os convenios colectivos, os contratos individuais ou os plans sociais (*Sozialpläne*), en caso de quebra -neste caso os pagamentos acordados constitúen débedas preferentes e a súa contía total non pode sobordar un tercio do activo total dispoñible para a liquidación- poden incluír estes pagamentos. O plan social non ha de ser necesariamente de liquidación, senón que, na práctica, é frecuente que o comité de empresa promova un plan de reconversión que conteña indemnizacións a

favor dos despedidos, pero tamén programas de reciclaxe ou de transferencia de traballadores a outros lugares ou postos de traballo.

Xeralmente a indemnización de cesamento calcúlase igual que as indemnizacións de despedimento improcedente: entre medio e un salario mensual por ano de servizo, a partir dun certo número de anos de servizo, e cun límite máximo.

6. Intervención do comité de empresa en caso de despedimento

Se o traballador considera o despedimento carente de xustificación social, pode formular a súa oposición ante o comité de empresa dentro da semana seguinte á notificación do despedimento. Se o comité estima fundada a oposición, debe intentar unha avinza co empregador. A petición do traballador ou do empresario, o comité deberá comunicarlles por escrito o seu parecer sobre a oposición (art. 3 KSchG).

Os comités de empresa, a diferenza do que ocorre en España, poden ser elixidos en Alemaña en tódolos centros de traballo cun mínimo de cinco traballadores, o que supón un número realmente baixo. Nas empresas en que existen comités de empresa, estes gozan de importantes dereitos de información e de oposición fronte ó despedimento dos traballadores.

Antes de proceder ó despedimento, tanto ó ordinario como ó extraordinario, é preceptiva a audiencia previa ó comité de empresa, sendo nulo noutro caso o despedimento (art. 102 da Lei de representación da empresa). Pero a súa decisión non é vinculante para o empresario. Polo tanto, é a falta de audiencia e non a oposición do comité de empresa ó despedimento o que determina a nulidade do mesmo. A oposición do comité non impide o despedimento do empresario.

O empresario ten que informar ó comité de empresa dos motivos do despedimento, e debe tamén comunicarlle tódolos factores que puidesen incidir no despedimento: datos sociais do traballador afectado –idade, situación familiar, antigüidade na empresa- e dos demais traballadores incluídos na selección social, os motivos do despedimento, sen que basten simples fórmulas xerais, etc.

Segundo o art. 102, par. 2, frase cuarta *Betriebsverfassungsgesetz*, o comité de empresa debe escoitar, cando sexa necesario, ó traballador afectado, aínda que na práctica moitas veces non o fai. E pode presentar alegacións e mesmo exercer un dereito de oposición fronte ó despedimento, que ten que ser motivado: inadecuada selección social, posibilidade de recolocación noutro posto da mesma empresa, posibilidade de readaptación ou formación complementaria razoable do traballador, posibilidade de modificación das condicións de traballo do traballador, etc. (art. 102, par. 3 BetrVG). A causa que sen dúbida ofrece maiores perspectivas de éxito é que a selección social adoza dalgún defecto, aínda que se o comité quere evitar que se traioe a outro dos compañeiros, ten que limitarse a censurar os criterios utilizados polo empresario.

O comité ten que actuar dentro de determinados prazos pois, se non o fai, se presume que aproba o despedimento:

- se o despedimento é ordinario, dentro de unha semana

- se o despedimento é extraordinario, dentro de 3 días
- e se o despedimento é colectivo o prazo se pode ampliar de mutuo acordo. En caso de negativa do empresario, pode representar abuso de dereito.

A falta de audiencia ó comité ou a audiencia que non se realizase na debida forma, dá lugar a que o despedimento careza de eficacia xurídica (art. 102, par. 1, frase terceira BetrVG). E o traballador, segundo a xurisprudencia do BAG, pode esixir que se lle permita continuar traballando. O vicio non se pode emendar *a posteriori* e a ineficacia pódese facer valer incluso despois de rematado o prazo das 3 semanas do art. 4 KSchG.

E se o empregador despidе ó traballador malia a oposición do comité de empresa, debe facilitarlle ó traballador unha copia do documento no que o comité manifestase a súa oposición. Aínda que a oposición non impide que o despedimento adquira eficacia, concede ó traballador que presenta unha demanda contra o despedimento, conforme ás prescricións da Lei de Protección fronte ó despedimento, o dereito a continuar traballando na empresa nas mesmas condicións de emprego ata que haxa sentenza firme sobre a demanda contra o despedimento entaboadá polo mesmo. O tribunal só pode librar ó empregador desta obriga se a demanda do traballador non ten posibilidades de éxito, o mantemento do seu emprego constitúe unha carga financeira indebida para o empresario ou a oposición do comité de empresa é manifestamente infundada.

A práctica demostra, non obstante, que o dereito de oposición do comité de empresa é escasamente exercitado, especialmente nas pequenas empresas (ZACHERT, U., 1998, p. 147). Todo isto entra dentro do dereito de codeterminación, propio do dereito alemán, dos representantes dos traballadores no ámbito da empresa.

7. Os “pactos polo emprego” e a “Alianza para o Traballo”

Polo demais, debe salientarse a estreita colaboración do goberno cos sindicatos e as asociacións de empresarios xa dende os anos 60, a través da chamada “acción concertada”. En Alemaña, o convenio colectivo federal ou rexional, pactado entre sindicatos e asociacións de empresarios do sector, é a norma habitual. Máis excepcionais son os acordos ou pactos colectivos de empresa, convido entre Comité de empresa e empresario, que só se poden concluír cando no ámbito funcional e xeográfico de aplicación non exista convenio que regule a materia e o convenio aplicable admitise expresamente nunha cláusula regulacións complementarias por acordos de empresa.

A Lei de Comités de Empresa de 1972 regula as funcións e posibilidades de intervención destes órganos. Pero os comités de empresa non só defenden os intereses dos empregados senón tamén dos desempregados. Nas empresas competitivas, e a fin de asegurar os postos de traballo e mesmo crear novos empregos, son frecuentes dende a década dos noventa os chamados “pactos polo emprego” consentidos polos sindicatos, nos que se aprecia unha colaboración, cando menos informal, entre o Goberno e os interlocutores sociais (WEISS, M., 1999, p. 69). Foron especialmente frecuentes en todo o ámbito da industria do metal e tamén no sector químico, onde, para evitar despedimentos colectivos, se acorda reducir temporalmente a xornada de traballo.

Estes pactos son coñecidos baixo o lema do “modelo Volkswagen”, en honor ó pacto colectivo de empresa asinado a finais de 1993 polo sindicato IG Metall e o consorcio

Volkswagen, que entrou en vigor o 1 de xaneiro de 1994, pioneiro para todo o sector metalúrxico (véxase o seu contido en Arbeit und Recht, 1994, p. 230 ss.) Ante a crise da empresa e a fin de manter o nivel de emprego, estableceuse unha redución do tempo de traballo en 7,2 horas semanais, pasándose de 36 a 28,8 horas, á vez que os traballadores, aínda que manteñen momentaneamente o nivel salarial, renuncian para o futuro a un incremento salarial de aproximadamente o 17%. A cambio, a empresa asumiu o compromiso de non realizar despedimentos por razóns empresariais nos dous anos seguintes. Así os traballadores conseguiron evitar 30.000 despedimentos e a empresa aforrar custos laborais e o pagamento de liquidacións. Tamén o Estado aforrou as prestacións de desemprego que, de terse procedido ós despedimentos, tería que aboar (ZACHERT, U., 1998, p. 123 ss.) En setembro de 1995 este convenio foi prolongado ata finais de 1997, prevíndose, ademais, o chamado “modelo de estafetas” ou “modelo graduado”, é dicir, por unha parte a incorporación continua, cunha xornada de traballo reducida que aumenta progresivamente co paso dos anos, de mozos traballadores cualificados que concluíron a súa aprendizaxe, e, por outro lado, a retirada paulatina dos traballadores de máis idade a través dunha redución progresiva da súa xornada laboral, unida a unha compensación salarial a cargo da empresa a fin de garantirlle unha media do 85% de seu último salario neto.

A pesar de que mediante convenios de empresa similares, renunciábase masivamente ás vantaxes logradas no convenio do sector, os propios sindicatos sentiron a necesidade de darlles unha aparencia de legalidade, pois non era pensable, por imposible, un convenio colectivo de sector no que se fixasen para tódalas empresas afectadas unhas mesmas medidas de renuncia en aras de asegurar o emprego. As esixencias de cada empresa son distintas, e ha de estarse ás mesmas para garantir na empresa o emprego.

Aínda que con diferencias notables entre eles, os pactos colectivos de empresa teñen un mesmo mecanismo de acción, que consiste nun intercambio de concesións: o empresario, en fases de crise da empresa, non reduce o cadro de persoal senón que asegura temporalmente postos de traballo e crea, se pode, novos postos dentro de Alemaña e, a cambio, os traballadores fan concesións dirixidas a reducir custos: renuncian ós aumentos de soldo ou incluso pactan reducións salariais determinadas, aceptan unha redución ou recorte do tempo laboral, da xornada semanal, pactan prexubilacións sen que se cubran os postos que quedan vacantes, etc. Trátase de afrontar situacións específicas de crise de empresa e, polo menos, transitoriamente, garantir a conservación dos postos de traballo.

E, mediante estes pactos, os traballadores logran manter o seu emprego, os empresarios conseguen reducir custos –non incrementando salarios e aforrándose as indemnizacións que, en caso de despedimento, habería de pagar- e o Estado libérase de importantes gastos públicos que tería que afrontar, principalmente o pagamento de prestacións e subsidios de desemprego.

De entre as concesións que soen facer os traballadores, debe destacarse a redución xeral do tempo de traballo, pois non só permite repartir o emprego existente entre o maior número posible de traballadores, como é facilmente contrastable mediante estudos empíricos (ZACHERT, U., 2, 1998, p. 1111), senón que, asemade, mellora as condicións de traballo e deixa máis tempo libre para a vida extralaboral. De feito, xa na década dos oitenta se tratou de diminuír o tempo de traballo semanal a través dunha reduc-

ción xeneralizada do tempo de traballo, e non só en supostos de crise, mediante convenios colectivos, aínda que con posibilidade de pactar un tempo de traballo distinto por acordo de empresa entre o comité de empresa e a dirección da mesma. Neste sentido, e como afirma ZACHERT, U., 2, 1998, p. 1110, aínda que en Alemaña o comité de empresa pode pactar acordos colectivos –os chamados “acordos de empresa”–, o art. 74 par. 2 da *Betriebsverfassungsgesetz* –“Lei de Constitución da Empresa”–, prohibe ó comité impoñer o acordo mediante unha loita laboral, polo que a súa posición é máis feble cá dos sindicatos e as patronais frecuentemente se interesan en remitir determinados aspectos do convenio colectivo ó que se dispoña mediante acordo de empresa. E isto a diferenza do art. 87.1 ET español.

A finais dos noventa permítense mediante convenios colectivos certas marxes na xornada de traballo a través do que se coñece como “contas de tempo de traballo”, que posibilita ampliar o tempo de traballo semanal, sempre que o exceso se compute a favor de cada traballador, na súa conta personalizada de tempo de traballo, a fin de que se poida acumular un dereito a tempo libre. Incluso algúns convenios permiten acumular horas para acceder no seu momento á xubilación de forma anticipada (ZACHERT, U., 2, 1998, p. 1114).

Pero, ademais, existen negociacións institucionalizadas tripartitas entre o Estado, as empresas organizadas e os sindicatos, sobre temas de política macroeconómica. É o que se coñece como “*Bündnis für Arbeit, Ausbildung und Wettbewerbsfähigkeit*” ou “Alianza para o traballo, a Formación e a competitividade”, creada en decembro de 1998.

A proposta inicial da “Alianza para o Traballo” foi realizada polo presidente do IG Metall en outubro de 1995 para o sector da industria metalúrxica, comprometéndose a acceder en 1997 a incrementos salariais limitados si IPC e salarios inferiores para desempregados de longa duración se os empresarios e o goberno federal asumían, pola súa parte, outros compromisos. Os empresarios debía comprometerse a non realizaren despedimentos por motivos empresariais, a crearen novos postos de traballo reducindo as horas extraordinarias, contrataren desempregados de longa duración e incrementaren os postos de aprendices. E o Estado debía renunciar a recortar o subsidio de desemprego e a restrinxir os criterios para a concesión da axuda social e garantir, mediante norma, unha oferta de postos de aprendizaxe.

A Alianza para o Traballo pretende ser un pacto interxeneracional a longo prazo dirixido a reducir o desemprego e a mellorar a empregabilidade a través dunha formación continua. A intervalos de tempo non regulares, o chanceler reúne cos representantes empresariais e sindicais para afrontar problemas e buscar solucións fronte ás taxas de desemprego (ZACHERT, U., 2, 1998, p. 1109). Entre os obxectivos propostos están crear novos empregos para os máis novos, reducir a idade de xubilación, reducir as horas extraordinarias, fomentar o traballo a tempo parcial, especialmente para familias en que ambos cónxuxes traballan e para os traballadores de idade avanzada, etc.

Xa dende 1984, e a fin de facilitar o emprego dos mozos, tratouse de anticipar a xubilación dos maiores a través de subvencións e incentivos á xubilación anticipada e á xubilación parcial.

O plan de loita contra o desemprego aparece ligado coas reformas do sistema de pensións e do sistema tributario. De Dieter Schulte, presidente da Confederación Sindical Alemana (*Deutsche Gewerkschaftsbund*, a confederación central máis importante do país), partiu a proposta que pretende a redución da idade de xubilación de 65 a 60 anos, a través dun financiamento especial cun fondo aportado en parte polo Estado, en canto que a medida contribúe a reducir a desocupación, en parte polos empresarios, porque están interesados en contratar traballadores máis novos, e en parte polos propios empregados, que poden renunciar a parte dos seus aumentos de soldo, en canto que a medida lles permite xubilarse anticipadamente. “Isto podería crear un millón de empregos adicionais”. Véxase, Man a man por máis traballo: os pactos polo emprego, en <http://www.publikation-deutschland.de/content/archiv/archiv-esp/99-1/art2.html>. E isto malia que a evolución demográfica parece levar a camiños distintos, é dicir, a manter máis tempo na relación laboral mesmo ás persoas maiores.

Con todo, segue sendo importante a contribución da negociación colectiva e, especialmente dos acordos de empresa, á política sobre o mercado de traballo. Os sindicatos tratan, na medida do posible, de redistribuír o volume de emprego dispoñible entre o maior número de traballadores, aínda a custa de consentir unha maior flexibilidade das condicións de traballo e custos de contratación do persoal máis favorables para os empresarios. E os comités de empresa vense forzados a facer maiores concesións ós empresarios para asegurar o emprego, renunciando incluso a posicións aseguradas polo convenio colectivo, e malia que isto pode presentar problemas de xuridicidade (WEISS, M., 1999, p. 69).

8. Denuncia novatoria

Na práctica, un despedimento pode ir acompañado dunha oferta para continuar na empresa cunha modificación in peius das condicións de traballo, pero só, segundo a xurisprudencia, cando de non ser así o interesado xa non poida continuar traballando na empresa. Para evitar que o traballador que non acepte perda o seu posto de traballo, o art. 2 KSchG prevé a posibilidade dunha aceptación baixo reserva, de modo que o traballador poida aceptar as novas condicións de traballo e presentar unha “demanda de protección” contra esas novas condicións, para o caso de que carezan de xustificación social. Tan só se esixe que no prazo de 3 semanas dende a notificación do despedimento, manifeste ó empresario a aceptación baixo reserva, é dicir, salvo que en sentenza xudicial se dispoña outra cosa. Neste caso, o tribunal de traballo ten que comprobar se a modificación está socialmente xustificada e se nas novas condicións laborais se inclúe unha compensación equitativa dos intereses de ambas partes. Se o tribunal estima que a modificación carece de xustificación social, o despedimento con opción de modificación de condicións de traballo considérase nulo dende a súa notificación (art. 8 KSchG).

Se o traballador rexeita a oferta de modificación e presenta demanda contra o despedimento, o tribunal valorará se o traballador debe aceptar as novas condicións de traballo e, se é así, deberá rexeitar a demanda.

9. Xeneralidades sobre o proceso

a. Prazo de interposición da demanda

O procedemento de protección contra o despedimento princiábase coa demanda contra o despedimento ou a denuncia novatoria. O traballador debe presentala, tanto en caso de despedimento ordinario como de despedimento extraordinario, nas tres semanas seguintes á data de notificación do despedimento perante o tribunal de traballo competente, para que este declare que a relación laboral non quedou resolta polo despedimento (arts. 4 e 13, par. 2, segunda frase).

A xurisdicción laboral réxese en Alemaña pola Lei de Tribunais laborais. Existen tres instancias: os tribunais laborais locais, compostos por un presidente, que é sempre un xuíz profesional, e dos xuíces leigos, non remunerados, designados un de entre os empregadores e outro de entre os empregados; os tribunais laborais rexionais, con diversas salas, cada unha das cales composta de forma análoga ó tribunal laboral local; e o tribunal laboral federal, como última instancia, tamén con varias salas, pero compostas estas por tres xuíces profesionais e dous leigos, unha por parte dos empregados e outra dos empregadores. Este último pode establecer unha sala común, composta de un xuíz profesional de cada sala do Tribunal Laboral Federal e tres xuíces leigos por parte dos empregados e outros tres dos empregadores, co fin de harmonizar e avir decisións. Estas tres instancias coñecen dos litixios de dereito privado derivados das relacións laborais, dos litixios entre os axentes sociais e das cuestións relativas ó réxime orgánico das empresas, pero non sobre asuntos de seguridade social, incluídas as prestacións e subsidios de desemprego, que son obxecto do chamado “Dereito Social” para distinguilo do “Dereito Laboral” e teñen competencia para coñecerlos os tribunais sociais –tamén con tres instancias –tribunal social local, tribunal social rexional e Tribunal Social Federal-.

No cómputo do prazo non se inclúe o día de recepción do aviso previo e o prazo conclúe ó rematar o día, é dicir, ás 24 horas, da terceira semana, que coincide co día da semana en que se recibiu o aviso previo (arts. 187, par. 1 e 188, par. 2 BGB.), ou se é sábado, domingo ou festivo oficial, o día laborable seguinte (art. 193 BGB.). Se na empresa existe un órgano arbitral, co recurso ó mesmo queda salvagardado o prazo e debe intervir axiña.

Se o despedimento require a aprobación da autoridade, o prazo para acudir perante o tribunal de traballo comezará a computarse a partir da notificación ó traballador do acordo da autoridade (art. 4 KSchG).

Transcorridas as 3 semanas (arts. 7 e 13, par. 1 segunda frase), o despedimento adquire eficacia xurídica, e só queda a posibilidade de impugnar o despedimento, aducindo que non se cumpriron as condicións xerais, que non se oíu en debida forma ó comité de empresa, ou que se trata dun caso de protección especial contra o despedimento, ou que o traballador, malia ter dado mostra de toda a dilixencia esixible, á vista das circunstancias, non puido presentar a demanda en prazo (art. 5 KSchG). Supostos típicos son a ausencia por vacacións ou a permanencia no hospital. En todo caso, a solicitude ou instancia para que se admita unha demanda presentada con atraso ten que enviarse dentro do prazo das 2 semanas posteriores ó cesamento do motivo que impe-

diu o envío da demanda en prazo, acompañada da demanda (art. 5.1). E, en ningún caso, pode presentarse despois de 6 meses dende a fin do prazo das 3 semanas (art. 5.3).

Se a KSchG non se pode aplicar a determinadas relacións laborais, queda excluída a disposición sobre o prazo prevista no art. 4, e a demanda pódese entaboar en calquera momento.

b. Procedemento xudicial

A demanda pode ser redactada polo propio traballador, por un avogado sindical ou un avogado particular. Tamén pode o traballador acudir directamente ó tribunal e expoñer alí verbalmente o que sucede e mesmo presentar unha demanda verbal da que se levanta acta.

En canto ó procedemento xudicial propiamente dito iníciase cando a demanda se presenta en tempo hábil ou se admite a súa presentación con atraso –art. 5 KSchG-. Nestes casos ten lugar primeiramente un acto de conciliación, que se celebra normalmente entre 2 e 8 semanas despois, e no que se pretende unha solución aceptable para ambas partes, frecuentemente unha indemnización. Se non prospera o acto de conciliación, celébrase o xuízo ó cabo de dous a doce meses e convén non actuar por si só senón recorrer a un xurista do sindicato ou a un avogado. Os procedementos de protección contra o despedimento gozan de prioridade en primeira instancia (art. 61. a Lei de Tribunais laborais).

Segundo o art. 1, par. 2, cuarta frase KSchG, corresponde ó empresario demostrar que existen motivos para o despedimento, a menos que o traballador os recoñeza voluntariamente. O traballador pódese limitar a demostrar que a KSchG lle é aplicable (que a empresa conta con máis de 10 traballadores e que leva máis de 6 meses traballando). Pero cando se trata da selección social do art. 1, pár 3, frase terceira KSchG, os papeis invértense e é o traballador quen debe demostrar que o empresario non observou os principios sobre selección social.

10. Efectos do despedimento

a. Indemnización ou readmisión

Aínda que as consecuencias xurídicas normais dos despedimentos efectuados con violación das normas son a indemnización ou a reincorporación ó traballo, o certo é que en Alemaña, a diferenza do que sucede na regulación española non existe obriga legal de indemnización.

O traballador debe en principio ser readmitido, aínda que se autoriza tanto ó traballador como ó empresario a solicitar ó Tribunal a extinción da relación de traballo e o pagamento polo empregador dunha indemnización adecuada. Ó traballador, cando non se lle pode esixir que se avena a continuar a relación laboral. E ó empresario, cando concurran motivos que fagan pensar que a readmisión de traballador non serviría os intereses da empresa. Neste caso, o traballador ten dereito a esixir o pagamento do seu salario ata que a demanda na que se solicite a extinción do contrato fose resolta definitivamente polo Tribunal, aínda que deben descontarse do salario os importes que o traba-

llador recibise por ter traballado durante dito tempo noutras empresas e tamén o recibido en concepto de prestacións ou subsidios de desemprego ou auxilio social, que será reintegrado polo empresario ó organismo público pagador (art. 11 KSchG).

A data que o tribunal de traballo debe fixar para a resolución da relación laboral é aquela en que a relación rematara, no caso de que o despedimento estivera socialmente xustificado (art. 9.2 KSchG).

b. Indemnización

En dereito alemán, o dereito á indemnización por despedimento queda subordinada á existencia dun convenio colectivo que o recoñeza ou dun plan social negociado entre o comité de empresa e o empresario.

En efecto, a veces a indemnización está contemplada en convenios colectivos. E outras veces o Comité de empresa acorda co empresario para o caso de despedimento un arranxo tal, o que non sucede normalmente nos despedimentos agás no caso de sucesión de empresas. HANAU, P., 1995, p. 514 s. revela que os plans negociados nas grandes empresas prevén para traballadores de idade elevada indemnizacións de 30.000 ata 50.000 marcos, mentres que en Alemaña do leste as indemnizacións redúcense en 5.000 a 6.000 marcos.

Ademais, cando se principia demanda a causa do despedimento e o tribunal laboral declara que o despedimento adoece de ineficacia xurídica, pode tamén ter indemnización. Nos casos en que o conflito xudicial conclúe cunha conciliación, existe un costume xudicial que mantén que cando é moi probable que o despedimento está socialmente inxustificable, o traballador teñen dereito a unha indemnización equivalente á metade do seu salario bruto mensual por ano traballado.

A práctica das indemnizacións é bastante criticada pola doutrina, que considera que o obxecto da Lei de Protección fronte ó Despedimento non é garantir unha compensación económica pola perda do emprego, senón unha verdadeira protección do emprego. E o que con ela se pretende é protexer ó traballador durante o tempo que pode necesitar para encontrar un novo posto de traballo. Incluso o lexislador presentou nalgún momento a posibilidade de descontar das prestacións por desemprego a contía das indemnizacións. Neste sentido, véxase a Carta pública de 20 de novembro de 1996, asinada por Dietrich, presidente do Tribunal Federal de Traballo, e por Hanau e Isenhardt, presidente e vicepresidente, respectivamente, da asociación alemá de tribunais de traballo, citada por ZACERT, U., 3, 1998, p. 1208, n. 23, que pon en dúbida a constitucionalidade da medida.

Na maior parte dos casos, a demanda de despedimento non conclúe coa reincorporación do traballador, senón que se opta por un acordo sobre o pagamento dunha indemnización. De feito, a forma máis habitual de compensación é a indemnización. Menos do 2% dos traballadores que interpoñen un recurso contra o seu empresario por despedimento improcedente son readmitidos na empresa (Véxanse informes do *Max-Planck-Gesellschaft* recollidos por ZACERT, U., 1998, p. 144 s.).

Aínda que do xuízo oral resulte fundada a demanda contra o despedimento, o traballador ou o empresario poden, en determinadas circunstancias, solicitar a resolución da relación laboral mediante o pagamento dunha indemnización ó traballador (art. 9 KSchG), a súa contía determínase no art. 10 KSchG. As indemnizacións compensatorias poden variar, como máximo, entre doce e dezoito mensualidades segundo a idade e a antigüidade na empresa. Por mensualidade entenderase, segundo o art. 10.3 KSchG, todo aquilo que corresponda percibir ó traballador, tanto en diñeiro como en especie, tendo en conta a xornada laboral cumprida polo mesmo durante o mes no que, de acordo co art. 9.2, remata a súa relación laboral.

A regra xeral é dun máximo de doce mensualidades (art. 10.1 KSchG), pero se o traballador ten polo menos cincuenta anos e unha antigüidade mínima de quince anos na empresa, a indemnización poderá ascender a quince mensualidades. E se o traballador cumprixe xa cincuenta e cinco anos e a súa antigüidade é de polo menos vinte anos, a suma pode alcanzar as dezoito mensualidades. Non obstante, esta disposición non se aplica cando na data fixada polo tribunal como data de resolución da relación laboral, o traballador alcanzou a idade fixada para a pensión de xubilación polo Libro Sexto do Código Social (Sozialgesetzbuch) (art. 10.2 KSchG).

Se o despedimento é extraordinario e o tribunal estima que carece de fundamento, só o traballador, cando non sexa pensable que se avena a continuar a relación laboral, pode solicitar a rescisión da relación laboral e o pagamento da indemnización, de acordo coas regras da KSchG (art. 13.1, terceira frase KSchG).

O pagamento dunha indemnización é a forma normal de rematar os procedementos e isto, posiblemente pola longa duración do procedemento que, se se esgotan todas as posibilidades de recurso e revisión, pode durar entre tres e catro anos. E, durante ese tempo, o traballador, unha vez transcorrido o prazo de aviso previo de despedimento e de causar baixa na empresa, se desexa percibir o subsidio de desemprego, ten que darse de alta como parado e, por tanto, estar a disposición no mercado de traballo e aceptar outro posto de traballo razoable (art. 100, par. 1, Lei sobre Promoción do Traballo). Se isto acontece, diminúe o interese de continuar traballando na antiga empresa. E se o novo posto de traballo é peor ou o traballador continúa en desemprego, como se descoñece o desenlace final do procedemento, moitos traballadores consideran pouco prudente esperar a que se estime a súa demanda e temen unha solicitude de resolución a presentar polo empresario ou mesmo unha represalia deste de proceder a un novo despedimento, polo que prefiren a opción máis segura da indemnización.

c. Medios de protección fronte ó despedimento

Por isto, o medio máis importante para lograr unha protección eficaz contra o despedimento é a posibilidade de que o interesado continúe traballando durante o procedemento contra o despedimento. Cando o despedimento é claramente ineficaz (ex. non se escoitou ó comité de empresa ou a traballadora embarazada foi despedida sen permiso da autoridade estatal), o traballador ten dereito a continuar no seu posto solicitando ó respecto un auto provisional (tamén pode solicitarse cando, debido a unha longa interrupción do traballo, existe perigo de non poder rematar un período de formación ou de perder a cualificación que se posúe: ex. piloto que perde o seu carné se non acredita un determinado número de horas de voo ou científico que non pode ter-

minar un proxecto de investigación xa comezado). Se o despedimento non é claramente ineficaz pero é discutible, durante o procedemento de primeira instancia o traballador non ten dereito a seguir ocupado, pero o empresario terá que pagar o salario con efecto retroactivo (arts. 611 e 615 BGB.). E se o traballador ten éxito neste proceso, o traballador despedido ten dereito a ser repostado no seu traballo aínda que o empresario recorra. E isto ata que recaia sentenza firme. Así mellorou o Tribunal Federal de Traballo en 1985 o problema da longa duración do proceso (*BAG Grosser Senat*, 27 de febreiro de 1985, *Der Betrieb*, 1985, p. 2187, citada por ZACHERT, U., 1998, p. 145).

Ademais, segundo recoñeceu o Tribunal Federal de Traballo, apelando á dignidade humana e ó libre desenvolvemento da personalidade, o traballador despedido ten dereito a continuar traballando na empresa cando gana en primeira instancia o proceso de despedimento. Véxase, ó respecto, a “Sentencia de principios” do Tribunal Federal de Traballo (*Bundesarbeitsgericht Grosser Senat*) de 27 de febreiro de 1985, citada por ZACHERT, U., 3, 1998, p. 1208 n. 21. Se o despedimento é improcedente (es.: incumprimento do prazo de aviso previo, motivos de despedimento inxustificadas), o traballador despedido ten dereito ben a indemnizacións compensatorias, ben a ser readmitido na empresa.

IV DESEMPREGO

1. Situacións protexidas: nivel contributivo e nivel asistencial

Cando a relación laboral dun traballador asalariado se extingue definitivamente, queda en situación de desemprego. E, se cumpre as condicións esixidas en cada caso, pode acceder á prestación de desemprego (*Arbeitslosenversicherung*) ou ó subsidio de desemprego (*Arbeitslosenhilfe*), é dicir, ó nivel contributivo ou ó nivel asistencial de desemprego. A protección por desemprego regúlase no Libro Terceiro Código social de 24 de marzo de 1997, *Sozialgesetzbuch*, e aplícase a tódolos traballadores asalariados, obreiros, empregados e traballadores en formación profesional, incluídos os mozos minusválidos (*A protection sociale dans les États membres de l'UE et de l'Espace économique européen*, 2000, p. 533 ss.). Antes recollíase nos arts. 100 ss. da *Arbeitsförderungsgesetz* (Lei sobre promoción do traballo), que foron substituídos polo Libro Terceiro “*Arbeitsförderung*” do Código Social, arts. 116 ss.

Ademais, admítase o desemprego parcial en dous supostos. Primeiro, o *Kurzarbeit* ou desemprego técnico (arts. 169 ss. Código Social), que dá dereito á prestación correspondente (*Kurzarbeitergeld*), en caso de redución temporal inevitable da duración da xornada de traballo por razóns económicas, que, sen rescindir os contratos de traballo, afecta, polo menos, a un tercio do persoal e produce unha perda de cando menos o 10% do salario bruto mensual. Neste suposto, a Oficina de Emprego paga unha prestación de desemprego parcial polas horas de menos que se traballan.

E segundo, o *Witterungsbedingter Arbeitsausfall* ou desemprego parcial debido ás condicións meteorolóxicas (art. 214 e 214 a Código Social), que se paga na temporada de inverno –do 1 de novembro ó 31 de marzo– a favor dos traballadores que, no sector da construción, exerzan unha actividade que dependa das condicións atmosféricas, e cun contrato de traballo que non se rescinda. Da dereito ó chamado *Winterausfallgeld*, unha

vez esgotado o dereito á indemnización fixada por convenio de empresa ou por contrato individual.

As oficinas de emprego lles pagan tamén ós traballadores da construción, unha prestación de contía fixa para compensalos polas condicións de traballo adversas producidas a consecuencia do mal tempo (arts. 212 s. Código Social). É a chamada *Wintergeld* ou prestación de inverno. En función do traballo concreto que realizan se lle paga unha determinada contía por cada hora traballada –para compensar o exceso de gastos: *Mehraufwands Wintergeld*- ou por cada hora perdida –para compensar a falta de ingresos: *Zuschuß Wintergeld*-.

Por outro lado, establécese nos art. 183 ss. o pagamento dunha prestación por insolvencia (*Insolvenzgeld*), para o caso de que o empregador sexa declarado insolvente e o traballador empregado en territorio nacional non recibise tódolos pagamentos pendentes. Pódese solicitar o pagamento de salarios dos tres últimos meses traballados antes do inicio do procedemento de insolvencia aberto sobre o patrimonio do empregador ou, se é o caso, da denegación da solicitude de apertura por falta de masa activa, ou, se non se solicita tal apertura, antes do cesamento definitivo do negocio. A prestación debe solicitarse dentro dos dous meses seguintes ó inicio do procedemento, á súa denegación ou ó cesamento do negocio.

Se non se percibe prestación nin subsidio de desemprego, cabe aínda solicitar asistencia social na Oficina Social -*Sozialhilfe*-, se se acredita a situación especial de necesidade. A asistencia social consiste nunha prestación de contía fixa. É importante destacar que se o subsidio ou a prestación por desemprego é menor que esta cantidade, a Oficina Social paga a diferenza.

2. Calidade da protección

a. Nivel de cobertura

A contía da prestación por desemprego (*Arbeitslosengeld*) é o 60% da base reguladora, que se fixa atendendo á media das bases de cotización das 52 semanas anteriores á solicitude da prestación. Quen ten ó seu cargo polo menos un fillo percibe o 67%. E quen, por obrigas reais ou xurídicas, só queda dispoñible para traballar en xornada parcial, unicamente pode solicitar a prestación na contía que recibiría se xa antes estivese traballando a tempo parcial, aínda que, de feito, esa persoa estivese traballando a xornada completa.

No caso de desemprego parcial, a prestación (*Kurzarbeitergeld*) calcúlase aplicando a mesma porcentaxe da prestación por desemprego total (67% e 60%, segundo que o beneficiario teña ou non fillos a cargo) á diferenza entre o salario bruto que percibía o traballador a tempo completo e o salario bruto parcial que percibe trala redución da súa xornada de traballo.

A prestación polas malas condicións meteorolóxicas de inverno (*Winterausfallgeld*) calcúlase igual que a do desemprego parcial técnico, é dicir, aplícase a mesma porcentaxe á diferenza entre o salario bruto que percibía o traballador a tempo completo e o salario bruto parcial que percibe trala redución da súa xornada. E percíbese a partir da

trixésima primeira hora de desemprego, a cargo do empregador do sector da construción se existen convenios colectivos ó respecto. Se non, a cargo da prestación por desemprego, pero só a partir da centésima primeira hora.

A contía da prestación de inverno (*Wintergeld*), en cambio, é de 1,03 € por cada hora traballada, excepto as horas extraordinarias, ou por cada hora perdida, segundo o traballo que desempeñen os traballadores que pretenden acceder á mesma. E só se paga nuns casos do 1 de novembro ó 31 de marzo e noutros do 15 de decembro ó último día de febreiro.

A prestación por insolvencia do empregador (*Insolvenzgeld*) abrangue por completo os salarios netos pendentes dende as tres últimas mensualidades anteriores á apertura do procedemento de insolvencia ou á súa denegación ou á cesación total de actividade.

E en canto ó subsidio por desemprego (*Arbeitslosenhilfe*), a súa contía é o 53% da base reguladora, o 57% para os desempregados cun fillo ó seu cargo, e determínase igual que para a prestación por desemprego. Obsérvase en Alemaña unha lixeira tendencia á redución da contía da prestación e do subsidio, pois na anterior *Arbeitsförderungsgesetz*, a porcentaxe a aplicar ó salario era algo máis elevada: 63% e 68% para a prestación e 56% e 58% para o subsidio, segundo se tratase de beneficiarios sen fillos ou con fillos.

A contía da prestación e do subsidio redúcense se o beneficiario realiza unha actividade secundaria de menos de quince horas semanais. O salario neto, unha vez descontados os impostos, as cotizacións sociais e os gastos profesionais, como os de transporte ó lugar de traballo, descóntase da prestación. Non obstante, determínase un importe exento equivalente ó 20% da prestación mensual de desemprego e, en todo caso, de polo menos 165 €.

En canto ós salarios de referencia, tómanse como tales a media dos salarios semanais das últimas 52 semanas, cuns límites máximos, máis elevados nos antigos Länder que nos novos.

b. Tempo de cobertura

E en relación á duración, no caso da prestación, é como mínimo de seis meses e como máximo de trinta e dous meses, en función do tempo traballado e cotizado nos sete anos anteriores á data do desemprego e da idade do desempregado. O período de seis meses corresponde a unha cotización de doce meses nos sete anos anteriores (mínimo que se precisa para acceder á prestación, agás nos casos de prestación do servizo militar ou civil ou dos traballadores estacionais). E o de trinta e dous meses require ter cotizado cando menos durante sesenta e catro meses nes sete anos, e, ademais, ter cumprido xa a idade de 57 anos.

O subsidio de desemprego, en cambio, e aínda que se concede como máximo durante un ano, pode solicitarse e debe concederse novamente ata os sesenta e cinco anos de idade, en tanto non cambien as condicións existentes, e sen que se estableza un límite máximo de duración.

c. Propostas da Comisión Hartz

No informe dado a coñecer ós axentes sociais o 16 de agosto de 2002 pola comisión de expertos, presidida por Peter Hartz, Director de recursos humanos da Volkswagen, e coñecida como “Comisión Hartz”, que estudia a reforma do desemprego en Alemaña, preséntase a redución do paro á metade no ano 2005 co recorte da súa duración. En palabras de VALVERDE (VALVERDE, M., 2002) “pasar dos catro millóns de persoas sen traballo –o 10% da poboación activa- a dous millóns”.

A citada Comisión está integrada por quince membros, entre os que figuran representantes da patronal, sindicalistas, expertos laborais, economistas e catedráticos. E presenta unha serie de propostas con dous obxectivos: recortar a protección por desemprego e impulsar o fomento do emprego para así reactivar o mercado laboral.

Unha destas propostas da chamada comisión Hartz consiste en tratar de fusionar na medida do posible as diversas modalidades de prestacións para evitar custos administrativos e axilizar a colocación dos desempregados en novos postos de traballo. Non obstante, mantéñense tres tipos de prestacións: a prestación de desemprego I (*Arbeitslosengeld I*), financiada polas contribucións ou cotizacións ó seguro de desemprego, a contía e duración dependerá do período cotizado; a prestación de desemprego II (*Arbeitslosengeld II*), para os desempregados en situación de necesidade que teñen capacidade para traballar –e dispoñibilidade para o mercado de traballo- e que remataron a prestación de desemprego I ou non reúnen os requisitos necesarios para acceder a ela, que é financiada a través dos impostos e, en principio de duración ilimitada, e que reúne nunha única prestación o subsidio por desemprego e a asistencia social; e a prestación social (*Sozialgeld*), que se reserva para os que non teñen capacidade para traballar e, xa que logo, tampouco dispoñibilidade para o mercado de traballo.

E se no ano 2005 non se conseguiu reducir o número de desempregados con estas medidas, prevense incluso propostas de limitación das prestacións de desemprego. En concreto, barallouse a posibilidade de recortar de trinta e dous a doce meses o tempo máximo que un desempregado pode aproveitar a prestación contributiva de desemprego. E fronte á cobertura indefinida do subsidio de desemprego, aínda que renovable cada ano, suxeriuse reducir a duración do subsidio ata o límite máximo de dous anos. Tan só se permitiría ós desempregados maiores de 55 anos manter a subvención ata cumprir os 60 anos. Trátase, non obstante, de propostas diferidas ó ano 2005, para o caso de que non se consiga diminuír o número de desempregados.

3. Dinámica da prestación

a. Prestación de desemprego

A prestación de desemprego é a máis importante que se pode obter en situación de desemprego. Para acceder a ela, cómpre:

1º Estar en situación legal de desemprego, é dicir, non ter ningunha relación laboral cunha xornada de 15 ou máis horas semanais, pois a relación laboral na que se acrediten menos de 15 horas semanais considérase actividade complementaria e non exclúe a situación de desemprego en sentido xurídico.

2º Estar inscrito na Oficina Pública de Emprego como desempregado. O interesado ten que presentarse el persoalmente. Non é suficiente cunha notificación por escrito nin se admite que se persoe unha terceira persoa por delegación e só pode ser inscrito por un máximo de tres meses, transcorridos os cales debe renovar a súa inscrición.

3º Presentar unha solicitude de prestación de desemprego na Oficina de Emprego competente por razón da localidade onde o desempregado teña a súa residencia, aínda que traballase noutra localidade distinta. Debe encherse o formulario correspondente e presentar a documentación referente ó traballo: a caderno do Seguro Social, a caderno do imposto sobre o salario, o certificado do traballo e, se é o caso, a carta de despedimento.

4º Ter cumprido o período de carencia necesario, é dicir, ter cotizado polo menos doce meses nos tres últimos anos. Este período de referencia pode ser estendido discrecionalmente, en determinadas circunstancias, como por coidado de fillos pequenos ou de familiares que non poidan valerse por si mesmos. Ademais, o período de cotización redúcese a seis meses no caso de persoas que estean prestando o servizo militar ou social substitutorio ou de traballadores estacionais, descontinuos, aínda que nestes suposto tamén se reduce o tempo de percepción do subsidio a un máximo de tres meses, se se cotizaron seis, ou de catro meses, se se cotizaron oito ou máis.

5º Estar dispoñible para que a Oficina de Emprego lle asigne un emprego, o que comporta dúas obrigas:

Por unha banda, dispoñibilidade en xeral, é dicir, que a Oficina de Emprego teña a posibilidade de estar en contacto co interesado tódolos días, agás, a modo de vacacións, durante tres semanas anuais, que se esixe ó desempregado desa obriga de estar dispoñible. Esta obriga debe entenderse no sentido de esixir ó interesado comprobar diariamente se lle chegou algunha notificación da Oficina de Emprego. Calquera cambio de enderezo, aínda que sexa provisional, debe ser oportunamente notificado á Oficina competente.

E, por outra banda, dispoñibilidade para aceptar un emprego razoable nas condicións habituais do mercado xeral de traballo, mesmo un traballo a tempo parcial se esa clase de emprego pode considerarse habitual, como cando o desempregado ten consigo fillos menores que precisan ser atendidos fóra do horario escolar ou ten ó seu cargo persoas maiores que necesitan asistencia -aínda que nestes casos, só obterá a prestación tomando como base este feito ou, se é o caso, dispoñibilidade para someterse ás medidas razoables de formación continuada, de readaptación profesional, etc. A razoabilidade non esixe o mantemento do statu quo anterior, senón que permite un lixeiro empeoramento, aínda que, claro está, dentro de certos límites. Deben ponderarse os intereses dos parados fronte ós intereses da totalidade dos contribuíntes. E permítase unha maior concreción mediante ordes da Administración Federal, facilmente adaptables á realidade cambiante.

Polo demais, a efectos de determinar se o emprego é ou non razoable, débense ter presentes tres factores: a distancia entre o enderezo do traballador e o posto de traballo, a remuneración e o grao de cualificación do desempregado. Agora ben, os empregos non se consideran inaceptables polo simple feito de que non se correspondan exactamente

coa actividade profesional anterior do profesor, nin porque o lugar do novo traballo quede máis afastado da súa residencia có anterior, nin porque as condicións de traballo sexan menos favorables cá do anterior emprego, nin tampouco porque a xornada de traballo se distribúa de modo diferente. Ademais, canto máis tempo leve o interesado en situación de desemprego, máis necesidade se le presume de aceptar a distancia ou o descenso da súa remuneración ou da súa categoría (art. 121 Código Social).

b. Subsidio de desemprego

O subsidio por desemprego entra dentro do nivel asistencial, en canto que a súa concesión se subordina a que o desempregado estea necesitado (ULRIKE, D., 2001, p. 231 ss.). Pode accederse a el cando o desempregado traballou, pero non o suficiente para acceder ó desemprego, ou ben cando esgotou xa a prestación por desemprego. E ó igual que sucede coa prestación, tamén para acceder ó subsidio se deben cumprir unhas condicións:

1º Estar en situación legal de desemprego.

2º Estar inscrito como desempregado na Oficina Pública de Emprego, mediante notificación persoal.

3º Presentar a solicitude de subsidio de desemprego coa documentación correspondente na Oficina de Emprego competente.

4º Ter esgotado a prestación de desemprego ou non ter podido solicitala por non ter completado o período de cotización esixido. En todo caso, esíxese ter traballado ou percibido a prestación por desemprego, pero se asimilan ó traballo os servicios prestados como funcionario, militar profesional ou temporal, e mesmo a prestación do servicio militar ou servicio civil, pero non o período dedicado ó estudio.

5º Estar en situación de necesidade, é dicir, non ser quen de proveerse por si mesmo, para o cal han de terse en conta non só os propios ingresos e rendas, incluso de capital, do desempregado, senón tamén os do seu cónxuxe ou parella de feito e, en caso de separación ou divorcio, o que poida esixirle ó seu excónxuxe como obriga de alimentos. E tamén o capital do desempregado e o do seu cónxuxe ou parella de feito, que non pode exceder dunha cantidade máxima que se fixa atendendo á idade de cada cónxuxe e, en ningún caso, do tope máximo de 33.800 €. A contía do subsidio redúcese, se hai ingresos ou capital que deba ser tido en conta.

c. Proposta da Comisión Hartz

Na proposta da Comisión Hartz preténdese reformular a obriga de aceptar unha colocación adecuada ofrecida pola Oficina de Emprego, de acordo con criterios xeográficos, materiais, funcionais e sociais e tendo en conta, particularmente, a situación familiar do desempregado. Así, en relación cos criterios xeográficos, esixírase maior mobilidade a un rapaz cá un desempregado con obrigas familiares. E, en relación coas medidas de integración, tamén se potenciará máis a formación dos mozos parados. Ademais, será quen rexeita o emprego ofrecido quen deba demostrar que non se trata dunha colocación adecuada dende o punto de vista da súa esfera persoal.

Polo demais, o rexeitamento dunha colocación adecuada provoca a suspensión da prestación. Tamén neste punto a Comisión Hartz propón regulacións diferentes de acordo cos motivos da suspensión, que deberá ser de maior duración, por exemplo, se se rexeita unha oferta de colocación adecuada que se se refusa tomar parte en medidas de integración.

4. A relación coas políticas activas de emprego

Debe destacarse, en primeiro lugar, a intervención do Estado nos novos estados federais mediante obras públicas acometidas nos mesmos: infraestrutura de estradas, telecomunicación, subministración de enerxía, etc., que foron acompañadas de importantes medidas de fomento do emprego -como programas de formación continua e reciclaxe, medidas de creación de emprego en que o Estado asume o pagamento de parte do salario e as chamadas sociedades de ocupación, entre outras- que puxeron freo ó imparable aumento do desemprego (WEISS, M., 1999, p. 68). A consecuencia dos problemas estruturais que xurdiron nos Länder da antiga República Democrática Alemana, trala reunificación dos Estados alemáns (HANAU, 1995, p. 514), e da conseguinte reestructuración masiva das empresas, constituíronse as chamadas *Beschäftigungsgesellschaften*, especialmente nos Länder con maiores dificultades. Estas “sociedades de ocupación” son propiedade dun empresario e dos sindicatos ou obreiros, financiadas polo Estado a través das oficinas de emprego, e o seu obxectivo é dar formación cualificada e, se é o caso, ocupación, polo menos a unha parte dos traballadores que cesaron na súa actividade a consecuencia de tal reestructuración (ZACHERT, U., 1998, p. 149 s.).

As políticas activas de emprego centráronse basicamente en Alemaña na promoción da formación profesional, nos plans de creación de emprego, nas medidas de axuste estrutural e nas medidas de reintegración. Ultimamente son frecuentes as axudas, dotadas de considerables medios financeiros, destinadas a fomentar o traballo autónomo dos parados (WEISS, M., 1999, p. 76). A Recomendación do Consello 2002/178/CE, de 18 de febreiro de 2002, sobre a aplicación política das políticas de emprego dos Estados membros (DOCE, nº L 60, p. 70 ss. e, en relación, con Alemaña, especialmente a p. 73), aconsella a Alemaña, para reducir o desemprego de longa duración e tendo en conta os puntos febles do seu mercado laboral, centrarse en políticas de prevención -flexibilizando máis os contratos de traballo e a organización do traballo no marco da “Alianza para o emprego”-, no aumento da participación no mercado de traballo de persoas de idade máis avanzada, na aprendizaxe permanente, na redución da presión fiscal sobre o traballo -reducir impostos e cotizacións á Seguridade Social no extremo inferior da escala retributiva- e na igualdade de oportunidades entre homes e mulleres -reducir diferencias salariais e maior conciliación da vida laboral e familiar: horarios de traballo que coincidan con calendarios escolares e maior oferta de garderías -.

Nada se di en relación coas prestacións de desemprego. Sen embargo, unha das propostas da comisión Hartz para a reforma do desemprego céntrase na obriga dos mozos solteiros de aceptar un posto de traballo en calquera parte de Alemaña, aínda que sexa cun salario inferior ó que tiñan ó perder o emprego. E relacionada con esta, a redución de posibilidades por parte do desempregado para rexeitar un emprego sen perder a prestación de desemprego, é dicir, a eliminación de criterios de distancia, cualificación ou carácter social para que o parado teña que aceptar unha ocupación. Isto significa que o parado terá que xustificar en cada caso as razóns que lle moven a rexeitar a oferta de

emprego. Medida similar á posta en marcha polo goberno español: o desempregado ten que aceptar un traballo aínda que estea a 30 quilómetros de distancia do seu lugar de residencia ou dúas horas de viaxe, entre ida e volta.

En realidade, xa o Plan Nacional de Acción para o Emprego de 1998, e en consonancia con el as “Orientacións Xerais de Política Económica” aconsellaban a Alemaña que as medidas activas no mercado de traballo fosen acompañadas dunha revisión dos réximes de prestacións e de asistencia para procurar que toda a poboación tivese suficientes incentivos para participar nas medidas de formación e aceptar ofertas de traballo.

Noutra orde de cosas, a Comisión Hartz promove o mantemento no emprego dos traballadores de idade avanzada a través de dúas propostas complementarias: ou ben continuar en activo a través do denominado “seguro do salario”, ou ben renunciar ás prestacións de desemprego ou ós servizos ofrecidos polo *JobCenter* a través do chamado sistema ponte - financiada a través dos impostos, que agrupa o subsidio por desemprego e a asistencia social e é en principio de duración ilimitada *BridgeSystem*-.

O seguro do salario completa o seguro do desemprego anterior: substitúe durante os primeiros anos despois dun despedimento unha parte da perda de ingresos sufrida por un desempregado maior de 55 anos, se este acepta unha ocupación peor remunerada pero suxeita a seguridade social obrigatoria. Ademais, preve a creación de incentivos para os empresarios que contraten a persoas de idade avanzada desempregadas.

E o sistema ponte prevé a prol de desempregados maiores de 55 anos, para a eliminación temporal da prestación de desemprego a cambio dunha paga mensual e protección completa do seguro social, pero sen gravar con custos adicionais o seguro de desemprego. Con isto preténdese centrar os esforzos do *JobCenter* en persoas máis novas e con dispoñibilidade para o mercado de traballo.

Ademais, no informe da Comisión Hartz recóllense outras propostas en relación coas políticas activas de emprego. Por unha banda, a necesidade dun compromiso por parte da Administración para axilizar o labor de intermediación no mercado de traballo en aras a facilitar ó desempregado a inmediata reinserción no mercado de traballo dende que é despedido na súa rexión respectiva, dando maior énfase ós programas rexionais de promoción de emprego e á política económica e de mercado laboral dos chamados espazos económicos naturais –*natürlichen Wirtschaftsräumen*-. E, con isto, a creación de axencias especiais para recolocar ós desempregados que faciliten, como as empresas de traballo temporal, a cesión de traballadores ás empresas. A creación de tales axencias é unha cuestión que rexeitan abertamente os sindicatos alemáns por receo a que provoque unha baixa nos salarios. E por outra banda, a obriga dos desempregados de incorporarse a plans de emprego, incluíndo postos de traballo temporais, a tempo parcial ou traballos autónomos, unha vez transcorridos entre tres e seis meses sen que encontrasen emprego. Preténdese, en definitiva, que o parado desempeñe un papel activo no proceso de integración económica.

Xunto con estas medidas en relación coa protección fronte ó desemprego, debe lembrarse que, dende 1985 na lexislación e dende 1994 sobre todo nos convenios colectivos, iniciáronse algunhas medidas dirixidas a adaptar o Dereito do Traballo ás necesi-

dades económicas dos empresarios, distribuír os postos de traballo existentes entre un maior número de traballadores, mediante redución da xornada e fomento do traballo a tempo parcial, incluso introducindo a semana laboral de catro días, e subvencionar con fondos do seguro de desemprego a formación profesional e a creación de novos postos de traballo. Neste sentido, véxase a Lei de Fomento do Emprego de 1994 que, ademais, permite, o servizo de colocación privado. (HANAU, 1995, p. 515 ss.).

Trátase de dar facilidades ós empresarios para a creación de empresas: durante os dous primeiros anos poden pactar contratos de traballo temporais por un período máximo de dous anos, pero só por unha vez, sen posibilidade de prórrogas consecutivas, o que libera ós empresarios das consecuencias do despedimento, especialmente da readmisión de minúvulos e futuras nais aínda que non exista un posto para eles; e durante os catro primeiros anos están exentas da esixencia do plan social, co que poden despedir traballadores sen ningún tipo de indemnización. E tamén de dar facilidades ós empresarios para fomentar e manter o emprego nas empresas xa existentes: as empresas de menos de 20 traballadores poden contratar tamén temporalmente por tempo máximo de dous anos e non están expostas ós dereitos de participación-coxestión, que presupoñen a existencia de máis de 20 traballadores. E toda empresa, con independencia do seu número de traballadores, pode celebrar contratos temporais de 18 meses (antes de 6 meses) sen causa obxectiva por unha soa vez, e eventualmente de 24 meses. As empresas de menos de 16 traballadoras están exentas da obriga de empregar minúvulos. As empresas de menos de 5 traballadores non están sometidas á Lei de protección do despedimento.

En relación coa nova regulación do contrato a tempo parcial contida na *Gesetz ubre Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge* permítese ós traballadores cunha relación laboral que leve vixente polo menos seis meses e en empresas que teñan empregados máis de quince traballadores, sen contar os traballadores en formación (art. 1.8), que poidan esixir unha redución de xornada. E o empresario só pode rexeitar a redución por motivos empresariais. No mesmo sentido e en relación cos pais con responsabilidades familiares, dispónse a obriga do empresario de acceder á redución da súa xornada no parágrafo 15 da *Bundeserziehungsgeldgesetz*, publicada o 5 de decembro de 2000 no *Bundesgesetzblatt*.

V. CONCLUSIÓNS

1. Causalidade do despedimento ordinario

Ó igual que sucede en Dereito español, o despedimento no ordenamento alemán é causal. O despedimento notificado polo empresario só é válido se está socialmente xustificado, é dicir, se se produce un dos supostos en que a Lei de protección fronte ó despedimento entende que o empresario non pode ser obrigado ou se encontra en imposibilidade de manter ó traballador no seu posto de traballo. Isto significa que o despedimento debe estar fundado en necesidades urxentes da empresa, na persoa do traballador ou na súa conducta.

A grandes trazos, enténdese que hai necesidades urxentes da empresa cando o persoal da empresa debe ser reducido a consecuencia do progreso tecnolóxico, a reestruturación ou a diminución previsiblemente perseverante da cifra de negocios. Pode

reconducirse ó despedimento obxectivo español fundado en causas económicas, técnicas, organizativas ou de produción do art. 52 d) ET. Os motivos relativos á persoa do traballador abranguen os casos nos que o traballador non vai poder cumprir, polo menos durante longo tempo, as obrigas acordadas no contrato de traballo. Basicamente, coincide co despedimento por causas obxectivas do art. 52 a) e b) ET. E os motivos relativos á conducta do traballador engloban calquera incumprimento voluntario, grave e culpable, das obrigas contractuais, polo que substancialmente se corresponde co despedimento disciplinario español do art. 54 ET.

Pero o despedimento debe excluírse cando o empresario poida alcanzar os seus fins, tomando medidas menos drásticas para o traballador: mobilidade funcional ou xeográfica, redución da xornada laboral, supresión de horas extraordinarias, etc., pois noutro caso é considerado socialmente inxustificable e, xa que logo, ilícito.

E, ademais, no caso do despedimento baseado en necesidades urxentes da empresa, deben ser tidas en conta consideracións de orde social, como a idade, a antigüidade ou a situación familiar, na elección do traballador comparable que debe ser despedido, se ben non se inclúen entre os traballadores comparables aqueles cunha permanencia na empresa que sexa de interese xustificable polo seu rendemento, a súa capacidade ou para asegurar unha estrutura equilibrada de persoal.

2. Protección formal

O despedimento debe ser notificado por escrito, aínda que, a diferenza do que sucede no dereito español, non é necesario especificar o motivo do despedimento nin se se trata dun despedimento ordinario ou extraordinario, a menos que o traballador o esixa.

Ademais, en caso de despedimento ordinario, o empresario debe comunicar ó traballador o despedimento cun aviso previo mínimo que varía entre catro semanas (dúas no período de proba) e sete meses, segundo a antigüidade do traballador na empresa, e que pode ampliarse por convenio colectivo. Este prazo non rexe nos supostos de despedimento extraordinario, é dicir, cando existen motivos importantes que impiden que o empresario poida ser obrigado a respectar o aviso previo.

Nalgúns supostos, que se cualifican como de despedimento especial, pode incluso ser necesaria a autorización da autoridade pública –para despedir a un minusválido ou a unha muller embarazada ou que pariu- ou a autorización dos representantes dos traballadores e, en defecto de, do tribunal de traballo –para despedir a membros do comité de empresa ou delegados de persoal-.

En canto ós despedimentos colectivos, prodúcense cando nun prazo de 30 días se despiden a un determinado número de traballadores, segundo a magnitude da empresa, polo menos a máis de 5 traballadores en empresas de entre 20 e 59 traballadores. A Oficina de emprego non pode impedir os despedimentos pero si fixar un prazo máximo de dous meses, durante o cal non se poidan efectuar novos despedimentos. A lei non obriga a pagar unha indemnización en caso de despedimento colectivo, aínda que estas poden vir determinadas por convenio colectivo, contrato individual ou nos plans sociais.

O empresario ten que informar ó comité de empresa dos motivos do despedimento e é preceptiva, aínda que non vinculante para o empresario, a audiencia previa do comité. Pero aínda que a oposición do comité non impide o despedimento, si concede ó traballador que acciona contra o despedimento o dereito a continuar traballando na empresa nas mesmas condicións de emprego ata que recaia sentenza firme.

O procedemento de despedimento iníciase coa presentación da demanda contra o despedimento ou da denuncia novatoria dentro das tres semanas seguintes á recepción do aviso previo e é obrigatorio o acto de conciliación. Incumbe ó empresario a carga da proba, salvo que o traballador impugne o despedimento por unha inadecuada selección social, neste caso é o propio traballador quen debe probar tal incongruencia.

Se o tribunal de traballo declara socialmente inxustificable o despedimento, o traballador debe en principio ser readmitido. Non obstante, tanto o traballador como o empresario poden solicitar do tribunal a rescisión do contrato a cambio dunha indemnización. O traballador cando non pareza razoable esixir o mantemento da súa relación laboral. E o empresario cando a readmisión do traballador non beneficie os intereses da empresa. Por isto, a maior parte das demandas de despedimento non conclúen coa reincorporación do traballador senón co pagamento dunha indemnización, que non pode exceder de dezaioito mensualidades.

A indemnización é cuantitativamente moi inferior ó dereito español. E é así porque se considera que a finalidade da protección fronte ó despedimento non é garantir unha compensación económica pola perda de emprego, senón unha verdadeira protección do emprego. O obxecto da indemnización é simplemente protexer ó traballador durante o tempo que pode tardar en encontrar un novo posto de traballo.

3. Garantías institucionais

Cando a relación laboral se extingue definitivamente, o traballador queda en situación de desemprego e pode, se cumpre os requisitos esixidos en cada caso, acceder á prestación ou ó subsidio de desemprego. A protección por desemprego estrutúrase nun nivel contributivo e un nivel asistencial, de modo similar ó que ocorre no Dereito español.

E para o caso de que o empregador sexa declarado insolvente, regúlase unha prestación que pode solicitar o traballador á oficina de emprego e que consiste no pagamento dos salarios pendentes, dende as tres mensualidades anteriores á apertura do procedemento de insolvencia ou á súa denegación ou á cesación total de actividade.

4. Nivel de cobertura do desemprego

A acción protectora abrangue unhas prestacións similares ás previstas no Dereito español. O nivel contributivo inclúe a prestación por desemprego total ou parcial, segundo que o traballador cese na actividade ou vexa reducida temporalmente a súa xornada ordinaria de traballo. Pero distingue un desemprego parcial técnico e un desemprego parcial derivado das malas condicións atmosféricas. E o nivel asistencial abrangue o subsidio por desemprego.

En canto á prestación por desemprego, o período mínimo de carencia é, salvo para os traballadores de temporada e aqueles que realizan o servizo militar ou civil, de doce meses, polo que coincide co de dereito español, pero o período de referencia en Dereito alemán é só de tres anos. En cambio, a duración da protección é superior en Dereito alemán: como mínimo seis meses e como máximo trinta e dous. E a súa contía é unha porcentaxe da media das bases de cotización das 52 semanas anteriores á solicitude, que varía en función de que o beneficiario teña ou non fillos a cargo (67% ou 60%, respectivamente).

A contía do subsidio tamén é, a diferenza do Dereito español, unha porcentaxe da base reguladora (57% ou 53%). Ademais, non ten outro límite máximo de duración que o cumprimento dos 65 anos de idade, aínda que debe solicitarse e concederse anualmente.

Con todo, o informe presentado pola Comisión Hartz, que estudia a reforma do desemprego en Alemaña, propón, para o suposto de que no ano 2005 non se conseguise reducir o desemprego, recortar o tempo máximo de duración das prestacións.

Xunto a estas políticas pasivas de protección, modúlanse políticas activas de emprego dirixidas basicamente á promoción da formación profesional, plans de creación de emprego, medidas de axuste estrutural e medidas de reintegración. E intimamente conectado con elas, as propostas da Comisión Hartz pretenden reducir as posibilidades do desempregado de rexeitar un emprego sen perder a prestación por desemprego.

BIBLIOGRAFÍA

ASCHEID, R., PREIS, U., SCHMIDT, I.

Großkommentar zum Kündigungsrecht, C.H. Beck (Munich 2000).

BEPLER,

Der Betriebsbegriff des Kündigungsschutzgesetzes und die Kleinbetriebsklauseln, Arbeit und Recht, 1997

DÄUBLER, W.

Derecho del Trabajo, MTSS (Madrid 1994), traducido al castellano de la edición original alemana de 1990 *Das Arbeitsrecht*, con revisión de OJEDA AVILÉS, A.

DÄUBLER, W., FISCHER, U., ZWANZIGER, B.,

Kündigungsschutz von A bis Z. Handwörterbuch für die Praxes, Bund-Verlag (Frankfurt 2001).

DIETRICH, T., GANAU, P., SCHAUB, G.

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, C.H. Beck (Munich 2001).

DYMKE, A.

“Le licenciement pour motif personnel et maladie du salarié”, na *rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, CERIT Universidad Nancy 2-Servicio de Publicaciones Universidad de Estrasburgo (Estrasburgo 2000).

DONGES, J.B.

Entrevista con DW-online, en <http://www.dw-world.de/german/0,3367,1503,00.html>.

FREEMAN, R.B.

Labor Market Institutions and Policies: Help or Hindrance to Economic Adjustment? Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics, Suplemento de World Bank Economic Review e de World Bank Research Observer, 1993.

HANAU, P.

La (cautelosa) reforma del mercado laboral en Alemania, REDT, nº 72 (1995), trad. do prof. MIÑANBRES PUIG, C.

HANAU, P., ADOMEIT, K.

Arbeitsrecht, Luchterhand (Neuwied und Kriftel 2000).

HERNICHEL, E.

“La démission du salarié” e “Le contrat de résiliation en droit allemand”, ambos na *rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, CERIT Universidad Nancy 2-Servicio de Publicaciones Universidad de Estrasburgo (Estrasburgo 2000)

HOHENADEL, U., PROFANTER, M.

“Le licenciement pour motif économique”, na *rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, CERIT Universidad Nancy 2-Servicio de Publicaciones Universidad de Estrasburgo (Estrasburgo 2000)

JIMENO, J.F.

El empleo y el paro en la Unión Europea, Universidad de Alcalá y FEDEA (Madrid 1999), en <http://www.uc3m/inst/FL/boletin/español/pdfdebate/td582.pdf>.

Kurzbericht, “Informe Breve” realizado polo Instituto *für Arbeitsmarkt und Berufsforschung* de 24 de xuño de 1996.

KIBLER, F., GÉA, F.

“Plan social et compensation des intérêts”, na *rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, CERIT Universidad Nancy 2-Servicio de Publicaciones Universidad de Estrasburgo (Estrasburgo 2000)

MAYER, E.

“Le licenciement d’un employé dirigeant”, na *rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, CERIT Universidad Nancy 2-Servicio de Publicaciones Universidad de Estrasburgo (Estrasburgo 2000)

MULLER, B.

Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, C.H. Beck (Munich 1998).

NIPPERDEY, H.C.

Arbeitsrecht, C.H. Beck (Munich 2000).

OETKER.

Gibt é einen Kündigungsschutz ausserhalb des Kündigungsschutzgesetzes, Arbeit und Recht, 1957

RICHARDI, R. , WLOTZKE, O.

Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, C.H. Beck (Munich 2000).

RODRIGUEZ-PIÑERO E BRAVO-FERRER, M.

El despedido por motivos objetivos atinentes a la empresa, AL, 1998-I.

SAINT-PAUL, G.

La viabilidad política de la reforma del mercado laboral, Els Opuscles do CREI (Centre de Recerca en Economía Internacional), nº 7 (2000).

SAPRIN (Rede Internacional da Sociedade Civil para a Revisión Participativa das Políticas de Axuste Estructural).

Las políticas de ajuste estructural en las raíces de la crisis económica y la pobreza. Una evaluación Participativa Multi-Nacional del Ajuste Estructural, novembro 2001, en <http://www.saprin.org>.

SCHAUB, G.

Arbeitsrecht-Handbuch, C.H. Beck (Munich 2000).

ULRIKE, D.

Arbeitslosigkeit und Staatsangehörigkeit, Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS), nº 3, 2001.

VALVERDE, M.

Expansión & Empleo, 24 de xullo de 2002.

VV.AA.

-*La terminación del contrato de trabajo en Europa Occidental*, Instituto de Estudios Económicos (Madrid 1979).

-*La rupture du contrat de travail en droits français et allemand*, CERIT Universidad Nancy 2-Servicio de Publicaciones Universidad de Estrasburgo (Estrasburgo 2000).

-*La protection sociale dans les États membres de l'UE et de l'Espace économique européen. Situation au 1^{er} janvier 2000*, MISSOC-Commission européenne (Bélxica 2000).

- *Regulamentos de protección del empleo. Normas para la contratación y terminación de la relación de trabajo*.

Informe realizado baseándose, entre outros dos seguintes documentos: BETCHERMAN, LUINSTRA, OGAWA, Labor Market Regulation: International Experience in Promoting Employment and Social Protection, Documento de antecedentes sobre protección social nº 0128, Banco Mundial (Washington 2001) e RIBOUD, M., SÁNCHEZ-PÁRAMO, C., SILVA-JÁUREGUI, C., DOES Eurosclerosis Matter? Institutional Reform and Labor Market Performance in Central and Eastern European Countries in the 1990s, Documento de traballo sobre protección social nº 0202, Banco Mundial (Washington 2002), en <http://www.wbln0018.Worldbank.org/.../EmploymentProtection.Spanish.pdf>.

WEISS, M.

"Informe alemán", en AAVV *Dialéctica empleo-desempleo y Derecho social*, Bosch-ESADE (Zaragoza 1999).

ZACHERT, U.

-*Lecciones de Derecho del Trabajo Alemán*, (Madrid 1998), traducido al castellano por MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, F. e MENDOZA NAVAS, N. da versión italiana de Lezioni di Diritto do Lavoro Tedesco publicada en 1995 polo Dipartimento di Scienze Giuridiche da Università degli Studi di Trento.

- (2) *Medidas de creación y reparto de empleo en Alemania*, RL, 1998-I.

- (3) *Visión comparada do despedimento individual por causas objetivas en Alemania: el despido por causas económicas y tecnológicas*, RL, 1998-I.

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO. ALEMAÑA

Normas reguladoras	- Lei de protección fronte ó despedimento (<i>Kündigungsschutzgesetz</i> de 25 de agosto de 1969, última modificación por Lei de 23 de xullo de 2001), que só se aplica a empresas de seis ou máis traballadores e ás relacións laborais de seis ou máis meses: “fórmula do dobre seis” (<i>Doppelte 6</i>). - Código civil (<i>Bürgerliche Gesetzbuch</i> de 18 de agosto de 1896, en relación coa resolución do contrato a iniciativa de calquera das partes e a protección xeral contra o despedimento extraordinario) - E Leis especiais que protexen a determinados grupos de traballadores: discapacitados, embarazadas, membros de comité de empresa, etc.
Principios inspiradores	Esíxese que o despedimento estea socialmente xustificado: - Causalidade, aínda que regulación legal xenérica. - Proporcionalidade: busca de medidas alternativas menos radicais que permitan a continuación do traballador na empresa. - Adecuada selección social: elección do traballador, de entre os comparables, a quen socialmente menos prexuízos cause o despedimento, sen incluír traballadores de interese xustificado para a empresa.
Tipos de extinción	- Consensual: 1. Por mutuo acordo, mediante o <i>Aufhebungsvertrag</i> ou acordo de resolución 2. En caso de contratos temporais, pola expiración do termo ou a realización da obra ou servicio contratados. - A instancia do empresario, mediante o despedimento: 1. Despedimento ordinario: por necesidades urxentes da empresa, por razóns inherentes á persoa do traballador ou polo comportamento do traballador. 2. Despedimento extraordinario: por <i>wichtiger Grund</i>, que permita ó empresario despedir sen aviso previo. 3. Despedimento especial: maior protección por motivo da persoa a quen se despide: minusválidos, mulleres, mozos, representantes dos traballadores, etc. - A instancia do traballador, mediante a súa dimisión. En caso de falecemento do traballador, extínguense tamén o contrato.
Procedemento de despedimento	- Entrevista previa: non é necesaria. - Prazo de aviso previo nos despedimentos ordinarios: entre dúas semanas e sete meses - Comunicación do acto extintivo: forma escrita. - Intervención de representantes dos traballadores: audiencia previa ó comité de empresa preceptiva pero non vinculante, aínda que con importantes efectos

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO. ALEMAÑA (cont.)

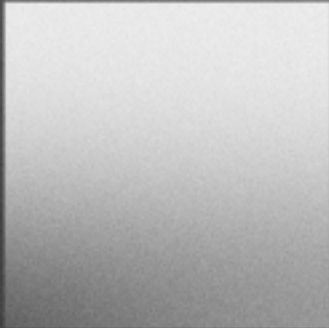
Particularidades procesuais	- Posibilidade de que o traballador siga traballando durante o procedemento. - Inicio: interposición da demanda ou da denuncia novatoria, en xeral, no prazo de tres semanas. - Acto de conciliación. - Xuízo, se non se consegue acordo das partes. - Carga da proba: recae no empresario, agás a inadecuada selección social.
Cualificación do despedimento	- Despedimento socialmente xustificado - Despedimento socialmente inxustificado: sen causa legal - Nulo: por defecto de forma ou motivos de fondo (prohibicións legais, discriminación por razón de sexo, sanción fronte ó exercicio dun dereito lícito do traballador, etc.)
Custo da indemnización	- Consecuencia xurídica legal: readmisión do traballador. - Posibilidade alternativa tanto para o traballador como para o empresario: solicitar do tribunal de traballo a extinción da relación laboral, tralo pagamento polo empregador dunha indemnización adecuada e dos salarios de tramitación (unha vez descontados os salarios recibidos polo traballo realizado, se é o caso, noutras empresas e as prestacións, subsidios ou auxilio social). É a opción elixida na maior parte dos despedimentos. Se o despedimento inxustificado é extraordinario, só pode solicitala o traballador, non o empresario. - Non existe obriga legal taxada de indemnización. A determinación da súa contía depende da existencia dun convenio colectivo ou dun plan social negociado entre o comité de empresa e o empresario. En defecto de, soen acordarse en conciliación indemnizacións abrangidas entre medio e un salario bruto mensual por ano traballado. O que si fixa a lei son límites máximos de indemnización, segundo a idade do traballador e a súa antigüidade na empresa: entre doce e dezaioito mensualidades.
Configuración do despedimento colectivo	- Despedir nun prazo de 30 días a un determinado número de traballadores, en función do tamaño do cadro de persoal - Negociar co comité de empresa un “equilibrio de intereses” e un “plan social” - Notificar os despedimentos á Oficina de Emprego, que pode fixar un prazo máximo de 2 meses para que non se efectúen despedimentos. - lei non impón unha indemnización, aínda que esta soe vir esixida por convenio colectivo, contrato individual ou plan social, e ten un límite máximo.

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESEMPREGO. ALEMAÑA

Organismos encargados da xestión	<i>Arbeitsamt</i> ou oficina de emprego.
Financiamento do sistema	Mixto, a través das cotizacións dos traballadores e con cargo ós impostos dos cidadáns.
Niveis de protección	- Para acceder á prestación por desemprego esíxese: 1. Estar en situación legal de desemprego: non ter relación laboral cunha xornada de 15 ou máis horas semanais. 2. Figurar inscrito na Oficina de Emprego como desempregado. 3. Solicitude. 4. Período de carencia de polo menos 12 meses nos 3 últimos anos. 5. Disponibilidade para aceptar un emprego razoable. - Para acceder ó subsidio de desemprego esíxese, ademais: 1. Ter esgotado unha previa prestación de desemprego ou non ter podido solicitala por non ter completado o período de cotización esixido. 2. Estar en situación de necesidade
Situacións protexidas	- Para acceder a la prestación por desempleo se exige: 1. Estar en situación legal de desempleo: no tener relación laboral con una jornada de 15 o más horas semanales. 2. Figurar inscrito en la Oficina de Empleo como desempleado. 3. Solicitud. 4. Período de carencia de al menos 12 meses en los 3 últimos años. 5. Disponibilidad para aceptar un empleo razonable. - Para acceder al subsidio de desempleo se exige, además: 1. Haber agotado una previa prestación de desempleo o no haber podido solicitarla por no haber completado el período de cotización exigido. 2. Estar en situación de necesidad
Tempo de cobertura	- Prestación por desemprego: entre 6 e 32 meses, en función do tempo traballado e cotizado nos 7 anos anteriores e da idade do desempregado. - Subsidio de desemprego: máximo un ano pero pode renovarse ata os 65 anos de idade sen límite máximo de duración. - Propostas da Comisión Hartz diferidas ó ano 2005, para o caso de que non se consiga diminuír o número de desempregados: importantes recortes no tempo máximo de aproveitamento da cobertura: 12 meses para a presta-

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESEMPREGO. ALEMAÑA (cont.)

	ción e dous anos para o subsidio, agás os desempregados maiores de 55 anos, que poderán manter o subsidio ata os 60.
Prestacións	- <i>Arbeitslosengeld</i>: - Sen fillos a cargo o 60% da base reguladora, cuns límites máximos. - cun fillo polo menos a cargo o 67%. - <i>Kurzarbeitgeld</i>: aplicación das mesmas porcentaxes á parte do salario non percibida pola redución da xornada. - <i>Winterausfallgeld</i>: igual que a prestación anterior, pero só a partir da 101 hora de desemprego a cargo da prestación por desemprego. (Se existe convenio colectivo, pode percibirse a partir da 31 hora pero a cargo do empregador.) - <i>Wintergeld</i>: contía fixa de 1,03 € por cada hora traballada, excepto as extraordinarias, ou, se é o caso, por cada hora perda en datas determinadas. - <i>Insolvenzgeld</i>: salarios netos pendentes dos 3 últimos meses.
Subsidios	- Sen fillos a cargo o 53% da base reguladora. - con un fillo polo menos a cargo o 57%.



O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO EN EUROPA

CAPÍTULO CUARTO:
O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO
EN FRANCIA E BÉLGICA

ABREVIATURAS

AA.VV. Autores varios

CT Código do Traballo

DS Droit Social

JO Journal Officiel

Juri. soc. Juri. social.

■ O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO EN DEREITO FRANCÉS

I. INTRODUCCIÓN

1. Similitudes co Dereito Español

Primeira e fundamental similitude a destacar entre a regulación francesa do despedimento e a española é o seu común carácter causal. Ambas normativas laborais supeditan a lícita extinción empresarial do contrato de traballo á concorrencia dunha das causas legalmente descritas. Por isto, é posible reconducir as principais categorías de despedimentos recoñecidas polo Dereito Francés –despedimento por motivo persoal e económico– ás existentes no español –despedimento disciplinario, por causas obxectivas e colectivo-. Así, salvando as diferencias, cabería realizar a seguinte equiparación: por un lado, o francés despedimento por motivo persoal equivalería ó aquí denominado despedimento disciplinario, por outro, a xenérica categoría conformada polo despedimento por motivo económico englobaría os despedimentos por causas obxectivas e colectivo.

Igual equiparación merecen as diversas cualificacións aplicables ó acto do despedimento. En Dereito Francés este pode ser cualificado como efectuado con causa real e seria, sen causa real e seria ou de modo abusivo, cualificacións correspondentes *mutatis mutandis*, respectivamente, a despedimento procedente, improcedente ou nulo.

Xa en materia de desemprego cómpre salientar a articulación polo Dereito Francés dos denominados niveis contributivo e asistencial –“Assurance chômage” e “Régime de solidarité”- como no caso español de aplicación sucesiva ós desempregados e financiados con cargo a cotizacións de empresarios e traballadores e ós orzamentos estatais respectivamente.

Tomando como punto de partida as coincidencias sinaladas –derivadas das comúns orixes do Dereito francés e do Dereito español pero tamén do labor harmonizador operado dende as instancias europeas- expónse a continuación o réxime xurídico ó que se atopan sometidos despedimento e desemprego en Francia, prestando especial atención á súas particularidades.

2. Descrición xeral do despedimento

a. Lexislación positiva sobre o despedimento

Foron conformando a actual normativa en materia de despedimento, entre outras, as seguintes leis: a Lei núm. 73-680, de 13 de xullo de 1973 (JO de 18 de xullo), a Lei núm. 75-5, de 3 de xaneiro de 1975 (JO de 4 de xaneiro), a Lei núm. 86-797, de 3 de xullo de 1986 (JO de 4 de xullo), a Lei núm. 86-1320, de 30 de decembro de 1986 (JO de 31 de decembro), a Lei núm. 89-549, de 2 de agosto de 1989 (JO de 8 de agosto) e, finalmente, a Lei núm. 2002-73, de 17 de xaneiro de 2002.

Tódalas normas citadas, xunto ós seus respectivos desenvolvementos regulamentarios, codifícanse no Código do Traballo. Polo que a regulación francesa do despedimento, aínda moi densa, resulta de acceso e comprensión relativamente fácil.

b. Xeneralidades

En Francia, ata o ano 1973, a normativa sobre despedimento limitouse á protección de traballadores considerados “especialmente ameazados” pola decisión empresarial extintiva –delegados de persoal e membros de comités de empresa, fundamentalmente-, así como –con respecto xa á totalidade dos traballadores- ó establecemento de medidas unicamente tendentes a conter os efectos da extinción xa producida –sendo a máis emblemática, a coñecida indemnización por despedimento- (VERDIER, COEURET, SOURIAU, 1999: 429).

A lei núm. 73-680 de 13 de xullo de 1973 supuxo o establecemento dunha normativa protectora de tódolos traballadores ante o despedimento, pois condicionou a eficacia da decisión extintiva do empresario, en todo caso, á existencia dunha “causa real e seria”, así como ó cumprimento de requisitos procedimentais precisos (AA.VV., 1997: 489).

Hoxe día, a normativa laboral francesa contempla “un dereito común dos despedimentos e un réxime particular dos despedimentos económicos” (VERDIER, COEURET, SOURIAU, 1999: 429). Por isto, unha exposición clara da regulación do despedimento en dereito francés require distinguir as seguintes “categorías”: despedimento por motivo persoal ou común e despedimento económico. A distinción entre ambas modalidades preside por isto o estudo que se inicia.

II. TIPOLOXÍA DA EXTINCIÓN

1. O despedimento por motivo persoal

a. Definición

O CT non ofrece concepto algún do despedimento por motivo persoal, tan só define o despedimento económico (artigo L.321-1 do CT). Por isto –en virtude dunha interpretación a *sensu contrario*- doutrina e xurisprudencia ofrecen a seguinte solución: serán económicos aqueles despedimentos que se axusten ós requisitos precisos descritos pola lei, considerándose tódolos demais despedimentos por motivo persoal. Englobanse polo tanto nesta ampla categoría os despedimentos por faltas de asistencia, por “insuficiencia profesional”, por “inaptitude” do traballador, por “insubordinación”, así como, en xeral, por toda falta cometida polo traballador.

Do artigo L.122-4 do CT dedúcese que empregador e traballador ostentan o dereito a extinguir unilateralmente o contrato de traballo por tempo indefinido. Agora ben, mentres o mencionado dereito do traballador non se suxeita a condición algunha –este poderá demitir en todo caso-, o empregador tan só poderá efectuar o despedimento cando concorra unha “causa seria e real” para isto e previo cumprimento do procedemento legal.

b. Principais causas

i. Faltas do traballador.

En principio non pode despedirse a un traballador por un feito acontecido no ámbito da súa vida privada. Agora ben, dita regra xeral admite unha excepción: “cando o comportamento do traballador, habida conta as súas funcións así como os obxectivos empresariais, xere alteracións no seo da empresa” (AA.VV., 1997: 514). Tres requisitos –relativos ás funcións do traballador na empresa, ós obxectivos da empresa e á produción dunha alteración notable no seo da organización empresarial- son os esixidos para a cualificación dun acto da vida privada do traballador como “causa real e seria” de despedimento. Ditos requisitos esíxense de modo acumulativo e non son susceptibles de interpretación extensiva, pois a regra xeral máis arriba citada –de non consideración de actos persoais ou privados como causa de despedimento- constitúe “un principio fundamental polo que se protexen as liberdades individuais” (AA.VV., 1997: 515).

Cando a falta en que incorreu o traballador é obxecto dun proceso penal, a decisión do xuíz do penal comporta importantes consecuencias en canto á regularidade do despedimento desencadeado por dita falta do traballador. Así, cando o xuíz do penal condene ó traballador polos feitos que motivaron o despedimento, non cabe considerar que a extinción carece de “causa seria e real” no ámbito social –cando menos sempre que dita causa se consignase na carta de despedimento-. Agora ben, en caso de absolución penal esta non vincula en todo caso ó xuíz do social: así, se a absolución se produce por falta de proba dos feitos imputados estes tampouco poderán considerarse causa de despedimento “seria e real” no ámbito laboral, en cambio se a non condena se deriva á ausencia de dolo por parte do autor dos feitos, estes poderán, a efectos laborais, conformar “causa seria e real” de despedimento.

ii. Faltas de asistencia.

A teor dos artigos L.122-32-1 e L.122-32-2 do CT “o contrato de traballo do traballador vítima dun accidente de traballo (...) ou dunha enfermidade profesional se suspende (...)” e “o empregador non pode, durante dito período, resolver o contrato de traballo (...)”. Non serán, polo tanto, en ningún caso causa directa do despedimento a enfermidade ou o accidente, pois, como indica o artigo L.122-45 do CT, a extinción dun contrato de traballo, salvo inaptitude contrastada pola autoridade administrativa competente, en modo algún pode fundarse na saúde do traballador.

Agora ben, se a ausencia do traballador do seu posto de traballo como consecuencia da súa enfermidade altera o bo funcionamento da empresa e xera a necesidade empresarial de contratar por tempo indefinido a outro traballador, ditas faltas de asistencia –prolongadas no tempo ou intermitentes- poden xustificar o despedimento do traballador.

iii. Inaptitude.

Convén distinguir os seguintes supostos:

- Inaptitude derivada de accidente de traballo ou enfermidade profesional.

- Inaptitude derivada de accidente ou enfermidade comúns.
- Inaptitude derivada dunha modificación das funcións atribuídas ó traballador.

Cando, tras un accidente de traballo ou unha enfermidade profesional, o traballador non pode, polas secuelas padecidas, ocupar o seu posto de traballo orixinario, pesa sobre o empregador a obriga de proporcionarlle outro posto, na medida das posibilidades empresariais, similar ó anteriormente desempeñado e en todo caso adaptado ás súas novas facultades. O despedimento dun traballador vítima dun accidente de traballo ou dunha enfermidade profesional sen previo intento de reubicación no seo da empresa é irregular e implica particulares consecuencias (artigo L.122-35-7 do CT).

Tras unha baixa laboral de polo menos 21 días por causa de enfermidade ou accidente non profesionais, o traballador debe someterse a un control médico (realizado polo “mèdecin du travail”, artigo R.241-51 do CT). Se o mencionado control pon de manifesto que o traballador non pode desempeñar as funcións anteriormente adxudicadas, “o empregador deberá propoñerlle un novo posto adaptado ás súas capacidades (...) e o máis similar posible ó anteriormente ocupado” (artigo L.122-24-4 do CT). Polo que o despedimento do traballador motivado pola súa inaptitude profesional tan só ostenta unha causa real e sería se resulta imposible a súa reclasificación profesional, ben porque non existe posto adecuado na empresa, ben por negarse dito traballador a ocupar o posto proposto polo empregador.

A inaptitude do traballador, finalmente, non sempre se deriva do estado físico ou mental en que este se atope, pois tamén pode derivarse dunha reorganización da empresa e da conseguinte atribución ó empregado de novas tarefas. A verdadeira causa do despedimento no suposto descrito consiste na modificación substancial do contrato de traballo como consecuencia de innovacións tecnolóxicas. Agora ben, o sinalado despedimento tan só se considerará efectuado en virtude de causa real e sería cando, previamente, o empresario propuxera ó traballador ben outras funcións adaptadas ós seus facultades, ben a realización dun curso de formación ou reciclaxe.

iv. Insuficiencia profesional.

O empregador ha de indicar de modo claro en que consiste a insuficiencia profesional alegada e polo tanto referirse a feitos concretos demostrativos desta; isto é, non lle basta invocar, de modo xenérico, a insuficiencia profesional do traballador. Pola súa banda, corresponde ós xuíces analizar se os feitos sinalados polo empresario como determinantes da insuficiencia profesional efectivamente concorren e de feito redundan na sinalada insuficiencia. Así, cando a insuficiencia profesional do traballador despedido se funde nun baixo rendemento –trátase da chamada “insuffisance de résultats” (AA.VV., 1997: 518)- os xuíces procederán a unha análise comparativa dos resultados esixidos ó traballador no contrato de traballo e os alcanzados na práctica e incluso examinarán o contorno –económico, da organización empresarial...- en que se desenvolveron as funcións.

v. Rexeitamento dunha modificación do contrato de traballo.

Ó rexeitar o traballador a modificación do contrato de traballo proposta polo empregador, este pode decidir proceder ó seu despedimento. O empregador deberá

entón cumprir o procedemento legalmente previsto en materia de despedimento, notificalo e indicar na carta enviada ó traballador o motivo concreto da extinción. En función da causa e natureza da modificación (causa económica ou disciplinaria, modificación substancial ou non substancial) o despedimento será un despedimento por motivo persoal ou un despedimento por motivo económico e terá ou non, segundo os supostos, unha causa real e seria.

2. O despedimento por motivo económico

a. Definición

A teor do artigo L.321-1, parágrafo 1º do CT, “constitúe un despedimento por motivo económico o despedimento efectuado por un empregador en atención a un ou varios motivos non inherentes á persoa do traballador, derivados dunha supresión ou transformación de posto ou dunha modificación substancial do contrato de traballo, como consecuencia, en particular, de dificultades económicas ou de mutacións tecnolóxicas”.

En consecuencia para ser considerado económico han de concorrer no despedimento as seguintes características:

-O motivo alegado polo empregador ha de ser un motivo non inherente á persoa do traballador (*Vid.* S. Cass. Soc. de 19 de outubro de 1994, DS, 1994). Polo que como precisou a xurisprudencia non será despedimento económico, por exemplo, aquel en que a idade do traballador fose determinante da extinción (LLE BIHAN-GUENOLE, 1999: 84), nin tampouco aquel en que é exclusivo elemento decisivo a elevada remuneración do traballador despedido –pois o “elevado custo” dun traballador non conforma motivo lexítimo de despedimento cando a empresa non atravesa dificultades económicas-. Polo contrario, será económico o despedimento derivado da inadaptación do traballador ás modificacións tecnolóxicas operadas no seu posto de traballo, isto é, sobre as funcións inicialmente pactadas (*vid.* AA.VV., 1997: 528-530).

-O posto do traballador despedido economicamente ha de resultar efectivamente eliminado –quer porque as funcións correspondentes a tal posto se integrasen noutro, quer porque as súas tarefas se repartisen entre postos correspondentes a outros traballadores- ou, alternativamente, transformado ou, de modo alternativo tamén, obxecto dunha modificación substancial –modificación motivada por unha causa en todo caso non inherente á persoa do traballador e non necesariamente determinante dunha modificación ou transformación do posto, por exemplo, modificación das condicións de traballo, de lugar de traballo ou da remuneración (AA.VV., 1997: 533)-.

-O despedimento debe derivarse de dificultades económicas, de mutacións tecnolóxicas ou dunha reorganización da empresa e debe efectuarse, en todo caso, en interese da empresa. Circunstancias que terán de ser obxecto de apreciación xudicial.

III. PROTECCIÓN FRONTE Ó DESPEDIMENTO E PROCEDEMENTO

Os despedimentos por motivo persoal e económico han de cumprir os requisitos, de fondo e forma, expostos a continuación.

1. Requisito de fondo: esixencia de causa real e seria

Dende a Lei núm. 73-680 de 13 de xullo de 1973, o denominado “dereito a despedir” correspondente ó empresario configúrase como un dereito “causal”: isto é, o empregador tan só pode extinguir o contrato de traballo cando concorra unha causa real e seria.

a. Concepto de causa real e seria

Se ben o CT –que emprega reiteradamente as expresións “causa real e seria” así como “motivos reais e serios”- non define tales requisitos de fondo, doutrina e xurisprudencia perfilaron os seguintes conceptos da “realidade” e “seriedade” da causa do despedimento.

i. Causa real.

A análise dos debates parlamentarios que precederon a aprobación da Lei de 1973 bota certa luz: o ministro de traballo precisou entón que a “causa é real ó ser obxectiva, o que exclúe prexuízos e conveniencias persoais” (AA.VV., 1997: 509). Así mesmo, a causa ha de ser “unha causa existente e unha causa exacta” (AA.VV., 1997: 509): non é real, por conseguinte, a causa inexistente nin tampouco aquela que non provoca directamente a decisión extintiva.

Neste sentido, a causa do despedimento é obxectiva cando se manifesta en actos externos susceptibles de verificación. Polo contrario, a causa é subxectiva cando non se refire a ningún feito concreto e preciso e tan só existe na mente do empresario (AA.VV., 1997: 510 e 511).

En segundo lugar, en canto ó carácter existente, procede destacar que antes da Lei de 13 de xullo de 1973, os xuíces, frecuentemente, se negaban a comprobar a existencia da causa alegada polo empresario considerado único xuíz das aptitudes dos seus traballadores. A citada Lei de 1973 supuxo un cambio radical: a partir daquela encomendouse ós xuíces a tarefa consistente en verificar a existencia do motivo de despedimento invocado polo empregador (PELISSIER, 1980: 179).

Finalmente, se ben existencia e exactitude da causa foron a miúdo confundidas, convén precisar que se trata de características distintas: pois cabe que o motivo alegado polo empresario efectivamente exista e non obstante non conforme a causa do despedimento. O xuíz non pode limitarse a comprobar que o feito invocado polo empregador é real e serio, debe, ademais, asegurarse de que este determina o despedimento e non constitúe polo tanto un simple pretexto co que se encubre a verdadeira causa xeralmente determinante da nulidade da extinción.

ii. Causa seria.

É seria aquela causa que reviste certa gravidade de modo que resulta imposible manter o contrato de traballo sen danos para a empresa e o despedimento aparece como necesario. Isto implica que as faltas leves non constitúen causa seria de despedimento. Agora ben non só as faltas graves xustifican o despedimento, existe unha categoría inter-

media entre a falta leve e a falta grave que igualmente permite xustificar a extinción empresarial. Dita distinción entre “falta seria” e “falta grave” outorga ós xuíces un amplo poder de cualificación en materia de despedimentos. Así, o comportamento ou, máis xenericamente, a situación persoal do traballador poden conformar trabas importantes ó bo funcionamento da empresa e polo tanto xustificar o despedimento: insuficiencia profesional, inaptitude física, faltas de asistencia debidas a enfermidade, malas relacións cos clientes ou outros asalariados son invocados como causa de despedimento.

En todo caso, o xuíz deberá comprobar que o motivo invocado imposibilita, sen danos para a empresa, a continuación do contrato de traballo. A causa polo tanto tan só é real e seria cando provoca un prexuízo notable á empresa.

b. Proba de causa real e seria

A Lei de 13 de xullo de 1973 establece regras particulares en materia de proba da causa real e seria do despedimento: en efecto, nin empregador nin traballador soportan a carga da proba, as partes tan só deben proporcionar os elementos da proba que contribuírán a formar a convicción do xuíz sobre a existencia ou inexistencia da causa real e seria (FIESCHI-VIVET, 1999: 89; FAVENNEC-HERY, 1990: 213). Iso si, o xuíz poderá valerse de cantas medidas complementarias estime oportunas (é ilustrativa a seguinte declaración do ministro de Traballo durante o debate da Lei de 13 de xullo de 1973 : “aucune partie ne supporte a charge de preuve. Elles sont mises à égalité. C’est le juge qui se voit confier la mission d’établir la preuve”).

En todo caso se o xuíz, aínda despois de adoptar as medidas consideradas necesarias, non alcanzara convicción ningunha, a dúbida beneficiará ó traballador (artigo L.122-14-3 do CT).

2. Requisito de forma: o procedemento “xeral”

Os artigos L.122-14 e seguintes do CT regulan o procedemento que ha de seguir o empregador para proceder ó despedimento, así como as consecuencias derivadas do seu incumprimento. As regras en materia procedemento que se pasan a expoñer son aplicables a tódolos traballadores salvo ós que se atopen en período de proba (artigo L. 122-4 do CT).

Tres fases compoñen o procedemento de despedimento: a convocatoria do traballador a unha entrevista, a propia entrevista e a eventual notificación do despedimento.

a. Convocatoria do traballador a unha entrevista

A convocatoria do traballador a unha entrevista conforma un requisito de obrigación de cumprimento para todo aquel empresario que proxecte un despedimento. Non existe ningunha excepción a dito principio (VERDIER, COEURET, SOURIAU, 1999: 432). Pois o obxectivo da entrevista é informar ó traballador da súa situación, permitirlle aportar explicacións e, por conseguinte, evitar despedimentos inxustificadas ou precipitados (VERDIER, COEURET, SOURIAU, 1999: 433).

i. Modo de proceder á convocatoria.

A convocatoria deberá efectuarse por escrito remitido ó traballador persoalmente ou por correo certificado. Esta última modalidade aplicarase sobre todo cando o traballador non se atope na empresa no momento en que o empresario proceda á convocatoria –por exemplo, cando estea en situación de incapacidade temporal- ou cando o traballador se negue a asinar o recibín que ten que acompañar a entrega persoal.

Cando o despedimento do traballador estea motivado pola comisión dunha falta, a convocatoria deberá realizarse no prazo máximo de dous meses a contar dende o momento en que o empresario ten coñecemento dos feitos, salvo que estes orixinen persecución penal (pois é de aplicación o artigo L.122-44 do CT a este tenor: “aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l’engagement de poursuites disciplinaires au delà d’un délai de 2 mois à compter du jour où l’employeur na eu connaissance, à moins que ce fait ai donné lieu dans le même délai à l’exercice de poursuites pénales”). Procede destacar, polo demais, que o sinalado prazo de dous meses non se interrompe en caso de suspensión do contrato de traballo por incapacidade temporal, xa sexa por continxencias comúns, enfermidade profesional ou accidente de traballo. Polo tanto, se o empregador procedera á convocatoria fóra de prazo o despedimento consideraríase efectuado sen causa real e seria; así mesmo, se o empregador alegase descoñecemento da falta imputada corresponderalle probar a data precisa en que se produciu o coñecemento.

Finalmente, cando o despedimento se produza en empresas en que non existan institucións representativas dos traballadores, a convocatoria deberá ser coñecida polo traballador cun mínimo de cinco días (laborables) de antelación á data fixada para a entrevista. Dito prazo non rexerá en caso de empresas en que si existan as sinaladas representacións, suposto en que os Tribunais esixen non obstante que o traballador fose informado coa antelación suficiente para preparar a entrevista (AA.VV., 1997: 495).

ii. Contido da convocatoria

Na convocatoria deberán constar a data, hora e lugar da entrevista, así como o seu obxecto, isto é, o despedimento proxectado. Non obstante, o empresario non se encontra obrigado a expoñer na convocatoria os motivos do despedimento, basta con que estes se manifesten no transcurso da entrevista.

Na convocatoria deberá así mesmo informarse ó traballador da posibilidade de acudir á entrevista asistido por un suxeito pertencente á empresa (artigo R.122-2-1 do CT) ou, de non contar os traballadores con representación na empresa, por aquela persoa da súa elección que figure na lista de “conselleiros exteriores” elaborada polo delegado do goberno do respectivo “departamento” (os “departamentos” son as circunscricións administrativas en que Francia se divide). Por isto, a convocatoria debe tamén precisar o concello ou sede da inspección de traballo en que o traballador pode consultar a mencionada lista (artigo L.122-14 do CT).

b. A entrevista

i. Suxeitos.

Con frecuencia, o empregador é representado por un suxeito (subordinado) pertencente á empresa (PELISSIER, 1980: 76), xeralmente –así se aconsella dada a transcendencia da decisión que ha de xurdir da entrevista- un suxeito con capacidade para proceder ó despedimento. Igualmente pode acudir á entrevista un representante do traballador (artigo L.122-14 do CT), en particular naqueles supostos en que este, polo seu estado de saúde ou outros motivos, non poida asistir persoalmente.

O traballador, como xa se indicou, pode acudir asistido por outro suxeito pertencente á empresa –“une personne appartenant au personnel de l’entreprise” segundo o artigo L. 122-14 do CT- ou, se a empresa non conta con representación dos traballadores, por un “conselleiro exterior”. No primeiro suposto a persoa que asista ó traballador será designada libremente por este de entre tódolos traballadores en cadro de persoal, pertenza ou non ó mesmo centro de traballo. O traballador elixido como asistente, pola súa parte, ostenta o dereito a interromper a súa prestación de traballo para acudir á entrevista sen mingua algunha da súa remuneración.

Se na empresa non hai representantes do persoal o traballador pode solicitar a asistencia dun “conselleiro exterior”. Este, ó igual que o asistente pertencente á empresa, ostenta o dereito a ausentarse do seu traballo para acudir á entrevista así como, con carácter previo, para informarse dos termos en que se efectuou o despedimento, en ambos casos sen correlativa redución de salario (artigos L.122-14-14 e L.122-14-15 do CT). O empregador, como é de entender, en ningún caso pode opoñerse á presenza e intervencións do conselleiro, a obstaculización do seu labor é en efecto susceptible de sanción penal.

En último termo, é de lembrar que se ben a lei non se refire expresamente á posible asistencia por un terceiro do empregador, a Corte de Casación si admitiu tal posibilidade aínda que suxeita ós seguintes límites: o que asiste ó empregador, do mesmo modo que o asiste ó traballador, ha de pertencer á empresa; así mesmo o empresario, tamén para salvagardar a igualdade entre ambas partes, tan só pode contar cun asistente (AA.VV., 1999: 499).

ii. Desenvolvemento da entrevista

Durante a entrevista o empregador ha de indicar os motivos do despedimento e atender ás explicacións aportadas polo traballador. En ningún caso os termos empregados polo traballador para a súa defensa ou o modo en que, en xeral, transcorra a entrevista poderán invocarse como causa de despedimento, pois este ha de fundarse en feitos anteriores (PUIGELIER, 2000: 186).

Se o empregador convoca ó traballador segundo a forma legal descrita pero este non acude á entrevista, non se detén o procedemento de despedimento. Agora ben, isto tampouco constitúe falta imputable ó traballador, pois a entrevista é unha garantía de que goza o traballador, isto é, unha medida destinada a protexerlle, da que pode valer-se ou non.

c. A notificación do despedimento

Debe transcorrer polo menos un día entre a entrevista e a remisión da carta de despedimento. Polo contrario non se prevé, con carácter xeral, prazo máximo algún para a notificación do despedimento, “un empresario pode así notificar un despedimento por ‘insuficiencia profesional’ tres meses despois da data en que tivo lugar a entrevista” (AA.VV., 1997: 500). Tan só cando o despedimento constituía unha sanción disciplinaria, este –por aplicación do artigo L.122-41 do CT- deberá efectuarse no prazo máximo de un mes a contar dende o día en que tivo lugar a entrevista.

A teor do artigo L.122-14-1 do CT a notificación do despedimento debe realizarse por correo certificado con acuse de recibo. Non obstante tamén se considerará extinguido o contrato de traballo cando o empresario non cumpra dito requisito formal pero exprese a súa vontade de despedir.

Na carta de despedimento o empregador debe enunciación os motivos precisos do despedimento (artigo L.122-14-2 do CT), pois a simple alusión a causas xenéricas equivalería á ausencia de motivación. A carta de despedimento fixa deste modo os límites do litixio en caso de contencioso, de tal maneira que o empregador non poderá invocar ante o xuíz motivos non enunciados na carta de despedimento. Así mesmo, se o empregador non enumera os motivos do despedimento, o despedimento considérase realizado sen causa real e seria.

3. Procedemento especial en caso de despedimento económico

O despedimento económico é moi a miúdo colectivo pero tamén cabe a extinción por causa económica de carácter individual. Regras comúns aplícanse a tódolos despedimentos colectivos, non obstante, existen diferencias de orde procedimental entre os despedimentos colectivos de menos de 10 traballadores e os despedimentos colectivos de máis de 10 traballadores.

O despedimento individual, as regras comúns ó despedimento colectivo e as particulares aplicables ós despedimentos de menos de 10 traballadores, por unha banda, e de máis de 10 traballadores, por outra, conforman, por conseguinte, os apartados en que se subdivide o presente epígrafe.

a. Despedimento económico individual

O artigo L.321-2 do CT non prevé expresamente a consulta dos membros do comité de empresa nin dos delegados de persoal en caso de despedimento individual, senón tan só en caso de despedimento colectivo. Así mesmo, no ámbito da negociación colectiva os sucesivos Acordos Interprofesionais tan só abordaron o procedemento aplicable ós despedimentos colectivos. Non obstante, cabe a previsión polo convenio colectivo aplicable dunha modalidade de consulta ós representantes dos traballadores tamén para o suposto de despedimento económico individual.

Malia a sinalada ausencia de previsión legal expresa algúns autores defenden a procedencia dunha consulta previa no analizado suposto de despedimento económico individual. Dita teoría fúndase nas competencias legais atribuídas ó comité de empresa

ó que, con carácter xeral, a teor do artigo L.431-4, parágrafo 1º, corresponde asegurar a expresión colectiva dos traballadores e a permanente consideración dos seus intereses na toma de decisións relativas á xestión da empresa. Así mesmo, en materia económica, o artigo L.432-1 do CT concreta as funcións do comité de empresa nos seguintes termos: “na orde económica, o comité de empresa será obrigatoriamente informado e consultado sobre as cuestións relativas á organización, xestión e marcha xeral da empresa e en particular sobre as medidas afectantes ó volume e á estrutura dos ‘efectivos’ (traballadores)”. Un despedimento, aínda individual, afecta ó citado volume de persoal polo que, para algúns, procede, tamén neste suposto, a información e consulta do comité (esta interpretación é defendida en AA.VV., 1997: 548; ademais do esencial argumento relativo ás competencias atribuídas con carácter xeral ó comité de empresa a posición exposta baséase na interpretación dos artigos L.321-1 e seguintes do CT).

Dita consulta terá lugar antes da convocatoria á entrevista previa: posto que o comité vai ser consultado sobre un proxecto de supresión de emprego, a reunión en que se procede a tal consulta necesariamente ha de ser previa ó inicio do procedemento de despedimento. En dita reunión, o empresario proporcionará ó comité información precisa e escrita sobre o proxecto de supresión de emprego.

Posteriormente procederase á entrevista previa xa analizada que, en caso de despedimento económico individual, terá por obxecto as seguintes cuestións: motivos da supresión de emprego proxectada, busca dunha eventual solución que permita evitar o despedimento (análise dunha solución de reclasificación interna ou dunha redución do tempo de traballo...), proposta de conversión se o traballador reúne os requisitos esixidos (fundamentalmente, que teña menos de 57 anos e polo menos 2 anos de antigüidade).

A carta de despedimento, pola súa parte, en caso de despedimento por motivo económico, deberá enunciar os motivos económicos ou os cambios tecnolóxicos invocados polo empregador (artigo L.122-14-2 do CT), do contrario, o despedimento entenderíase efectuado “sen causa real e seria”.

Finalmente, a teor do artigo L.321-2 do CT, a empresa ha de comunicar o despedimento económico a “a autoridade administrativa competente”.

b. Despedimento económico colectivo

Un despedimento económico é colectivo cando alcanza polo menos a dous traballadores e a causa do seu despedimento é común. Non obstante, para os efectos procedimentais convén distinguir entre os despedimentos de menos de 10 traballadores e os despedimentos de máis de 10 traballadores, efectuados en ambos casos nun período de 30 días.

i. Despedimento colectivo de menos de 10 traballadores: o “petit licenciement économique”.

Nas empresas en que non existan representantes do persoal, o procedemento é idéntico ó descrito en caso de despedimento económico individual (convocatoria a

unha entrevista previa, entrevista previa, notificación do despedimento e notificación á autoridade administrativa competente).

Nas empresas en que existan representantes do persoal, a consulta de tales representantes é ineludible. O empregador ha de convocar a institución representativa competente (comité de empresa ou delegados de persoal) cunha antelación mínima de 3 días, proporcionándolle “toda a información útil” (artigo L.324-4 do CT): os motivos económicos ou técnicos que determinan os despedimentos, o número de traballadores o despedimento dos cales se proxecta, as categorías profesionais afectadas, os criterios propostos para establecer a orde dos despedimentos, o calendario das extincións e as medidas sociais que van ser adoptadas.

Na sinalada reunión consultarase ó comité ou, se é o caso, ós delegados, sobre os despedimentos anunciados, sobre os criterios aplicables para determinaren os postos suprimidos e sobre as medidas de conversión susceptibles aplicación. Ó remate da reunión os representantes do persoal expresarán a súa opinión sobre o proxecto global do empregador (RAY, 1999: 221).

Trala fase de consulta cos membros do comité de empresa ou no seu caso cos delegados de persoal, o empresario convocará a unha entrevista previa os traballadores finalmente obxecto de despedimento e, trala súa celebración, notificará a extinción definitiva nos termos xa analizados.

Como no caso do despedimento económico individual, informarase á administración competente *a posteriori*, unha vez efectuados os despedimentos (artigo L.321-2). Tal comunicación ten como obxectivo evitar o disfrace dun despedimento colectivo de máis de 10 traballadores a través da realización de sucesivos despedimentos de menos de 10 traballadores (RAY, 1999: 223).

ii. Despedimento colectivo de máis de 10 traballadores: o “grand licenciement économique”.

Cando un despedimento económico colectivo afecta a máis de 10 traballadores en 30 días, esíxese o cumprimento dos seguintes requisitos: consulta dos representantes do persoal, información previa da autoridade administrativa e proposición dun plan social. A continuación analízanse, por separado, cada un dos requisitos enunciados:

- *Consulta dos representantes do persoal*: o empregador debe dirixir unha convocatoria á institución representativa proporcionando información suficiente para permitir ó comité de empresa desempeñar un papel real no procedemento. Durante a primeira reunión, pode decidirse a presenza dun experto –un contable– designado polos representantes dos traballadores. A segunda reunión terá lugar no prazo imperativo previsto (14 días se os despedimentos son inferiores a 100, 21 días cando o número de despedimentos proxectados é superior 100 e inferior a 250, 28 días cando o número de despedimentos é como mínimo de 250 traballadores). Os representantes do persoal deben debater, nas sucesivas reunións, as seguintes cuestións: criterios de orde (dos despedimentos) de previsible aplicación, motivos sobre os que se sustentan os despedimentos económicos e medidas de “acompañamento” (conversión e, de modo xeral, plan social).

- *Intervención da administración*: antes de reunirse cos representantes do persoal, o empregador debe transmitir á Administración de traballo as mesmas informacións que a aqueles. Posteriormente, trala primeira reunión, o empregador debe notificar á administración o acordado, isto é, os detalles do despedimento colectivo proxectado (artigo L.321-2 CT). Finalmente, trala segunda reunión, o empregador debe indicar á administración a lista definitiva dos traballadores o despedimento dos cales se prevé, así como as diferentes medidas sociais susceptibles de seren adoptadas.

- *Plan social*: o artigo L.321-4-1 do CT establece a obriga –para tódalas empresas de menos de 50 traballadores que pretendan efectuar máis de 10 despedimentos en 30 días- de elaborar un plan social que teña como obxecto reducir os despedimentos e facilitar a reclasificación dos traballadores. O plan social, neste sentido, atópase conformado por unha serie de medidas en materia de reclasificación, creación de novas actividades, formación dos traballadores, redistribución do tempo de traballo...

4. Indemnizacións por despedimento

Salvo falta grave, a ruptura unilateral do contrato de traballo polo empregador xera o dereito do traballador a unha indemnización por despedimento. Procede distinguir as seguintes indemnizacións, debendo o traballador optar en todo caso pola máis favorable:

- Indemnización contractual.
- Indemnización convencional.
- Indemnización legal.

Indemnización contractual é a que se prevé no contrato de traballo. Xustifican dita indemnización as dificultades que pode encontrar o traballador á hora de buscar novo emprego. Deste modo, a citada indemnización pode alcanzar cifras moi elevadas –en particular en caso de directivos- non susceptibles de rebaixa polo xuíz (PANSIER, 2000: 213).

Indemnización convencional é a prevista no convenio colectivo en vigor no momento de producirse a ruptura do contrato de traballo. Substitúe á indemnización legal cando resulta máis favorable para o traballador, sendo tarefa do xuíz a determinación do efectivo carácter máis favorable. Existen distintos tipos de indemnizacións convencionais entre as que se poden citar as indemnizacións calculadas en atención ó criterio da antigüidade así como as indemnizacións por xubilación subordinadas ó requisito da idade.

Indemnización legal, finalmente, é a contía mínima legal atribuída a un traballador en caso de despedimento –agás falta grave-, indemnización calculada en función da antigüidade na empresa, ó abeiro do salario “bruto” medio dos tres últimos meses: o artigo R.122-2 do CT establece que o traballador que estivese dous anos ó servizo dunha empresa terá dereito a unha indemnización equivalente a 20 horas de salario por ano de servizo –se fora pagado por horas- ou a 1/10 do salario mensual por ano de servizo –se fora pagado mensualmente-.

Ademais das sinaladas indemnizacións –isto é, adicionalmente- o traballador despedido sen causa real e seria ostenta o dereito a unha indemnización particular –a chamada “indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse” (artigo L.122-14-4 do CT):

- Cando a empresa conte con máis de 10 traballadores e o traballador despedido teña unha antigüidade de máis de dous anos, dita indemnización en ningún caso será inferior ó salario dos últimos 6 meses.

- nos demais supostos –cadro de persoal inferior a 10 traballadores e/ou traballador con menos de dous anos de antigüidade na empresa- o xuíz fixará o montante da indemnización en función do prexuízo real padecido polo traballador (neste caso, a indemnización denomínase “dommages et intérêts pour licenciement abusif ou rupture abusive” ou “DIRA”, expresión que cabería traducir como “danos e perdas por despedimento abusivo ou ruptura abusiva”). Entre os elementos avaliados para a determinación da sinalada contía atópanse as dificultades para encontrar un novo emprego e a conseguinte prolongada permanencia en situación de desemprego.

En último lugar en caso de despedimento “abusivo”, isto é, realizado de modo que resultase afectada a dignidade do traballador –destacan como circunstancias determinantes de tal situación a brutalidade e carácter repentino do despedimento, a expulsión pública do taller, o carácter inxurioso do discurso do empregador...- o traballador terá dereito a outra indemnización acumulable á xa outorgada por despedimento sen causa real e seria.

5. O control xudicial do despedimento: xeneralidades sobre o proceso.

Dende unha perspectiva procesual convén destacar a peculiar instancia ante o “Conseil Prud’homal” para os litixios individuais (pois as cuestións de índole colectiva substanciaranse perante o Tribunal de Grande Instance).

Os chamados “Prud’hommes” ou “xuíces do contrato de traballo” non son maxistrados profesionais senón representantes de traballadores e empresarios constituídos en órganos paritarios –os “Conseils”- repartidos por todo o territorio francés (GUERINOT, 2001; PECHER, 2002). A súa función fundamental consiste en coñecer dos litixios entre empresarios e traballadores derivados do contrato de traballo: por conseguinte, coñecerán tamén, a través dun procedemento específico caracterizado pola súa sumariedade (RAY, 1999: 240), dos despedimentos. O traballador que desexe acudir a esta “jurisdiction prud’homale”, principiará o procedemento enchendo un simple formulario na sede do Consello ou enviando, por correo certificado con acuse de recibo, os seus datos persoais e profesionais, así como unha relación dos feitos en que se sustenta a súa demanda. Se ben non se impón a asistencia de Letrado, o traballador pode acudir auxiliado por un profesional ou por un representante sindical.

6. Responsabilidades penais

Completa a protección deparada ó traballador ante un despedimento a posible esixencia ó empresario de responsabilidades penais ó incorrer este en determinadas irregularidades (RAY, 1999: 248).

Así, procede destacar a tipificación penal do delicto de obstaculización do bo funcionamento do comité de empresa –“*délit d’entrave au bon fonctionnement du comité d’entreprise*”- cando o empresario non respecte as prerrogativas legais recoñecidas ó comité: por exemplo, cando non se convoque a preceptiva reunión en caso de despedimento económico (artigo L.483-1 do Código Penal). Así mesmo, determinan a imposición de multas os despedimentos efectuados antes do transcurso dos prazos legais (artigo L.321-1.1) ou a ausencia de notificación do despedimento á administración cando así o dispoña a lei.

IV. DESEMPREGO

1. A organización da protección por desemprego en Francia

En Francia a protección por desemprego non é obra do sistema público de Seguridade Social, senón que corresponde, no nivel contributivo, a uns organismos –fundamentalmente, a UNEDIC (“*Union Nationale Interprofessionnelle pour l’emploi dans l’industrie et le commerce*”, isto é, Unión Interprofesional para o emprego na industria e o comercio: é o organismo central responsable da xestión dos fondos e do aboamento das prestacións) e 52 ASSEDICS (“*Associations pour l’emploi dans l’industrie et le commerce*” ou Asociacións polo emprego na industria e o comercio) repartidas por todo o territorio- creados por Acordo Interprofesional asinado o 31 de decembro de 1958 e, por conseguinte, dirixidos paritariamente por representantes de traballadores (pertencentes ós cinco sindicatos máis representativos: CFDT, CFE-CGC, CFTC, CGT e CGT-FO) e de empresarios (pertencentes ás organizacións empresariais máis representativas: Medef, CGPME e UPA). Ós axentes sociais corresponde polo tanto a xestión das prestacións contributivas por desemprego, isto é, a determinación das condicións ou requisitos para o aboamento das prestacións por un lado, e a fixación das porcentaxes de cotización por outro (BOUTAULT, 1999: 31, 32).

O Estado non ten presenza institucional en dita organización (no nivel contributivo), agora ben, a UNEDIC –organismo encargado de aplicar a normativa sobre desemprego, de recadar as cotizacións e de aboar as prestacións- se encontra suxeito a estreita vixilancia por parte dos poderes públicos. Neste sentido, o artigo L.352-2 do CT establece que os acordos alcanzados por representantes dos traballadores e representantes dos empresarios, a efectos de aboamento de prestacións específicas a traballadores desprovistos de emprego ou en situación de desemprego parcial, obrigarán a tódolos empregadores e traballadores incluídos no correspondente ámbito de aplicación, unicamente trala correspondente ratificación do ministro de traballo, logo do informe do comité superior de emprego regulado no artigo L.322-2 do CT.

Xunto á UNEDIC e ás ASSEDICS, compoñen a complexa armazón de organismos xestores das prestacións por desemprego os CSIA (“*Centres des services informatiques*” ou Centros dos Servizos Informáticos) encargados da xestión informática dos datos de empresarios e traballadores, e o GARP (“*Groupements des ASSEDICS da Région Parisienne*” ou Agrupación das ASSEDICS da Rexión de París), organismo que agrupa e centraliza os servizos das numerosas ASSEDICS existentes na Rexión de París. Estes organismos agrupados en torno á UNEDIC, así como a propia UNEDIC, teñen a natureza de asociacións sen ánimo de lucro reguladas pola lei de 1901. Malia isto, o seguro de desemprego constituído a través da negociación colectiva ten carácter obrigatorio e

imponse á práctica totalidade das empresas (BOUTAULT, 1999: 21, lembra que o moderno seguro de desemprego foi creado baixo o mandato do Xeneral De Gaulle co obxecto de atender o previsible desemprego conxuntural derivado da integración de Francia na Comunidade Económica Europea).

Trala aplicación de diversos mecanismos de protección –existencia de dous sistemas complementarios, un convencional e outro público ou estatal de 1959 a 1979, e sistema único xestionado polos axentes sociais pero cofinanciado polo Estado ata o ano 1984- a partir de 1984 dous sistemas distintos son os encargados de aboar as “axudas” por desemprego, aínda que non simultaneamente senón sucesivamente. O seguro por desemprego arbitrado pola UNEDIC conforma así un sistema contributivo, ó que cotizan empresarios e traballadores, que aboa as prestacións ós desempregados en virtude dos dereitos subxectivos adquiridos. O “réxime de solidariedade do Estado”, pola súa parte, substitúe ó anterior sistema cando os desempregados non reúnen as condicións establecidas para o aboamento das prestacións. Existe, por así dicilo, un sistema contributivo convencional e un sistema non contributivo ou asistencial de carácter público, ambos xestionados pola rede de organismos da UNEDIC.

A teor do artigo L.51.4 do CT “todo empregador debe asegurar contra o risco de privación de emprego todo traballador cunha prestación de servizos que deriva dun contrato de traballo (...)”. O acrónimo UNEDIC, referido unicamente ós sectores da industria e o comercio, non revela pois a extensión real da protección deparada que alcanza hoxe á práctica totalidade dos traballadores (BOUTAULT, 1999: 54).

As fontes de financiamento do seguro (contributivo) de desemprego son, con carácter absolutamente principal, as cotizacións de empresarios e traballadores. Non obstante, tamén cómpre facer mención a contribucións suplementarias e especiais xeradas ó producirse determinadas extincións do contrato de traballo, así como ás achegas do Estado, supeditadas á existencia de alarmantes situacións de desequilibrio financeiro ou á xestión de determinados servizos públicos (por exemplo: tarefas de inscrición dos demandantes de emprego¹ ou de aboamento de subsidios de financiamento público pertencentes polo tanto ó nivel non contributivo).

O montante das cotizacións a ingresar por empresarios e traballadores é calculado sobre a base das remuneracións cobradas polo traballador ou “masa salarial”. Corresponde pois ó empregador o ingreso na correspondente ASSEDIC ou, se é o caso na GARP, da súa propia cotización e da do traballador, polo que efectuará o correlativo desconto sobre o salario bruto.

Ó proceder un empresario ó despedimento dun traballador de idade xa “próxima” á xubilación e que ten dereito á prestación por desemprego, se lle impón unha contribución suplementaria chamada “Delalande”. Esta contribución aplicable ás empresas de

¹ A xestión da inscrición de demandantes de emprego pola UNEDIC é froito dun acordo ou “Convention” de 4 de xullo de 1996 (JO de 14 de marzo) entre a ANPE (Agence Nationale pour l’Emploi), organismo público ata entón encargado de dita tarefa, e a propia UNEDIC.

máis de 50 traballadores é progresiva: oscila entre 2 meses de salario bruto cando o traballador ten 50 anos a 12 meses de salario bruto cando ten 56 e 57 anos; a partir dos 58 anos tal contribución é degresiva, pois se considera que o custo para a colectividade é xa menor. O empregador, non obstante, resulta exonerado desta contribución en determinados supostos relacionados no artigo L.321-13 do CT, por exemplo en caso de falta grave do traballador. A contribución especial, pola súa parte, é debida cando en caso de despedimento económico dun traballador de menos de 57 anos o empregador non lle propuxera, como dispón a lei, adherirse a unha “convención de conversión”, dispositivo destinado a favorecer unha reclasificación máis rápida do traballador.

O Estado confía á UNEDIC a xestión de determinados subsidios cando o financiamento lle corresponde e de feito asegura: así, o “subsidio de solidariedade específica” (“allocation de solidarité spécifique”, ASS), o “subsidio de inserción” (“allocation d’insertion”, AI), os subsidios para traballadores de idade avanzada, o “subsidio formación reclasificación” (“allocation formation reclassement”, ALR)... A UNEDIC é remunerada pola xestión destes subsidios de financiamento estatal, polo que é esta unha fonte de ingresos suplementaria, neste caso de orixe pública.

En todo caso, o Estado acude en axuda do seguro de desemprego cando este padece graves dificultades financeiras mediante a entrega directa de subvencións (como sucedeu en 1982) ou figurando como aval dos seus préstamos.

2. Situacións protexidas

Non basta con carecer de emprego para atoparse en situación legal de desemprego, nin tampouco con atoparse en situación legal de desemprego para obter unha prestación ou subsidio (BOUTAULT, 1999: 82). O Dereito francés establece unha definición particular do desemprego e suxeita o reporto dunha prestación ou subsidio á concorrencia de determinados requisitos.

O organismo público francés encargado da xestión do emprego –a denominada ANPE, isto é, a “Agence Nationale pour l’Emploi” ou “axencia nacional polo emprego”- considera que se atopa en situación legal de desemprego todo aquel que reúne os seguintes requisitos:

- Carecer de emprego ou exercer unha actividade mensual de menos de 78 horas.
- Non rexeitar ofertas de emprego.
- Buscar efectivamente, de modo activo, un emprego.
- Figurar como demandante de emprego nas listas da ANPE (previa inscrición na correspondente ASSEDIC).

Os demandantes de emprego son polo demais clasificados en 8 categorías, en función da peculiar situación en que se atopan:

- Categoría 1: Persoas sen emprego, inmediatamente dispoñibles e que buscan un emprego de duración indeterminada e a tempo completo.
- Categoría 2: Persoas que buscan un emprego de duración indeterminada a tempo parcial.

- Categoría 3: Persoas que buscan un emprego de duración determinada (por exemplo, para unha temporada concreta), incluso de moi curta duración.
- Categoría 4: Persoas sen emprego non inmediatamente dispoñibles (por exemplo, por atoparse en formación).
- Categoría 5: Persoas que xa teñen un emprego pero buscan outro.
- Categoría 6: Persoas non inmediatamente dispoñibles –no sentido do artigo R.311-3-3 (1º), isto é, que realicen ou realizen unha actividade que supuxera unha ocupación de máis de 78 horas mensuais- que buscan outro emprego de duración indeterminada e a tempo completo.
- Categoría 7: Persoas non inmediatamente dispoñibles que buscan outro emprego de duración indeterminada a tempo parcial.
- Categoría 8: Persoas non inmediatamente dispoñibles que buscan outro emprego de duración determinada.

Para ser beneficiario dunha prestación por desemprego, o demandante de emprego debe así mesmo reunir certas condicións. Algunhas son esixidas pola ANPE e outras directamente pola UNEDIC.

A ANPE esixe así que o demandante de emprego se atope efectivamente inscrito como tal, que estea fisicamente apto para traballar e que proceda efectiva e permanentemente á busca dun emprego (a non realización de actos positivos ou activos de busca dun posto de traballo, o rexeitamento dunha oferta de emprego ou de formación son posibles causas de interrupción do aboamento da prestación).

A UNEDIC, pola súa banda, require en primeiro termo que o demandante de emprego traballase, e polo tanto cotizado, cando menos 4 meses os últimos 8 meses. En segundo lugar, é preciso que dito demandante de emprego non renunciase voluntariamente (salvo excepcións) ó seu último traballo.

Habida conta a esixencia dos requisitos mencionados non tódolos demandantes de emprego perciben unha prestación ou subsidio: é o caso dos demandantes de emprego encadrados na Categoría 5 que xa teñen un contrato de traballo, ou dos suxeitos pertencentes ás demais categorías que non cotizasen o suficiente (fundamentalmente, mozos que buscan o seu primeiro emprego ou persoas que non cotizaron 4 meses os últimos 8 meses). Con carácter xeral, apréciase un descenso do nivel de cobertura: en torno á metade dos demandantes de emprego perciben hoxe unha prestación ou subsidio por desemprego (BOUTAULT, 1999: 85).

3. Calidade da protección (nivel e tempo de cobertura)

A diversidade de “axudas” existentes, a heteroxeneidade das fontes de financiamento, as múltiples condicións de atribución e, en xeral, a constante evolución da protección por desemprego, aconsellan abordar a análise da calidade da protección por desemprego dende unha dobre perspectiva: o nivel contributivo e o nivel asistencial.

a. O nivel contributivo: “Assurance chômage”

A “allocation unique dégrésive” (AUD) ou “prestación única regresiva” é a prestación a que teñen dereito os desempregados que reúnan os requisitos de cotización esi-

xidos. Esta substitúe as diversas prestacións por desemprego existentes ata 1992 –por este motivo preciso denomínase prestación “única”- e caracterízase polo seu carácter regresivo, isto é, pola diminución da súa contía a medida que se prolonga a situación de desemprego. Os requisitos de acceso a dita prestación son basicamente os seguintes: estar inscrito como demandante de emprego, estar fisicamente apto para traballar, ter cotizado como mínimo 4 meses os últimos 8 meses, non ter alcanzado a idade de xubilación e non ter renunciado voluntariamente ó anterior posto de traballo.

O montante da AUD é calculado en atención ás seguintes regras: o organismo xestor –a ASSEDIC correspondente- contabiliza o salario bruto percibido os últimos 12 meses ou, se o período en activo foi inferior, os últimos 4, 6 ou 8 meses. Tal período é dividido polo número de días correspondente –por exemplo, 365, se este é de un ano- para obter o denominado “salario diario de referencia”, sobre o que se aplicará unha porcentaxe (da orde do 40,4% na actualidade) e ó que se adicionará unha contía fixa diaria, sen que en ningún caso o resultado da operación descrita poida arrostrar unha prestación diaria inferior ó 57,4% do salario diario de referencia, nin superior ó tope máximo de aplicación.

A duración da prestación analizada depende do período de cotización anterior á perda do emprego. Como xa se sinalou o período de cotización mínimo para xerar o dereito á AUD é de 4 meses os últimos 8 meses: en tal caso, a duración da prestación por desemprego é de 4 meses. Máis alá de tal período mínimo, a duración da prestación atópase en relación proporcional ó tempo efectivo de cotización. Así, os parados que cotizaran 14 meses os últimos 24 meses terán dereito á prestación total –determinada segundo as regras de cálculo máis arriba estipuladas- durante 9 meses, posteriormente terán dereito a unha prestación paulatinamente reducida nun 17% cada 6 meses ata alcanzar un nivel mínimo e o esgotamento do dereito. O período máximo durante o cal se pode aproveitar da AUD é así mesmo de 30 meses no caso dos parados de menos de 50 anos e de 60 meses no caso dos parados de máis de 55 anos. En todo caso, o aproveitamento da AUD tan só se inicia ós 8 días do despedimento ou incluso máis alá –cun máximo de 75 días- cando, á fin da súa relación laboral, o parado percíbese gratificacións extraordinarias ou indemnizacións por extinción de contrato superiores ás legalmente estipuladas.

Ademais da AUD son de destacar dos prestacións máis que en certo modo atenden a particulares situacións dos desempregados: a “*activité réduite et allocation chômage*” (ARAC) ou, literalmente, “actividade reducida e prestación por desemprego”, e a “*allocation chômeurs agés*” (ACA) ou, igualmente traducido de modo literal, “prestación desempregados maiores”. A primeira –a ARAC- é aboada a aqueles demandantes de emprego que desempeñan unha actividade a tempo parcial: trátase dunha prestación que se acumula á remuneración percibida por tal actividade (sempre que esta non supere as 136 horas por mes e non proporcione uns ingresos superiores ó 70% do antigo salario) e que ten por finalidade fomentar a aceptación por parte dos parados de ofertas de emprego a tempo parcial. O tempo máximo de aproveitamento de tal prestación é de 18 meses.

A ACA, pola súa banda, está destinada ós parados que traballaran 40 anos e consiste nunha prestación máis vantaxosa que a xenérica AUD. Poden acollerse a esta os desempregados que teñan menos de 60 anos e acrediten a cotización de polo menos 160 tri-

mestres. A ACA calcúlase do mesmo modo que a AUD pero, a diferenza desta, non se atopa suxeita a unha evolución regresiva e mantense ata a idade de xubilación.

Tamén se benefician de prestacións por desemprego os traballadores periodicamente en situación de desemprego: trátase dos traballadores chamados “saisonniers” ou “temporeiros”. Considérase que integran esta categoría os traballadores pertencentes a determinados sectores taxativamente enumerados pola normativa aplicable (os que exerzan as súas actividades en explotacións forestais ou agrícolas, en centros de lecer e vacacións...), así como todos aqueles que por terceiro ano consecutivo se encontren en desemprego no mesmo período do ano, calquera que sexa o sector en que a actividade se desempeña. Dende o 1º de maio de 1997 –data de entrada en vigor da normativa de aplicación– os traballadores sinalados ostentan o dereito a unha prestación por desemprego durante o período de inactividade, sendo a súa contía variable en función do número de días traballados os últimos 12 meses.

Finalmente, para completar este cadro xeral da protección por desemprego depurada pola UNEDIC, convén referirse á denominada “allocation de formation reclassement” (AFR) ou “prestación de formación reclasificación”. Ó destacar a inadaptación da man de obra ás novas tecnoloxías como unha das causas do desemprego, os axentes sociais no ano 1988 crean a AFR, o seu obxectivo é permitir ós desempregados mellorar ou actualizar a súa formación e así favorecer a súa inserción o mercado laboral. Para acceder á AFR o desempregado debe ostentar o dereito a percibir a prestación única regresiva ou AUD por un período superior a 7 meses e realizar a súa solicitude nos seis meses seguintes á súa inscrición como demandante de emprego. Deséxase seguir unha formación de máis de un ano deberá ademais acreditar polo menos tres anos de actividade profesional nos seis últimos anos. Tamén a formación escollida ha de reunir determinadas características: así, debe supoñer unha dedicación de polo menos 20 horas semanais e non ha de alcanzar unha duración total superior a tres anos. O montante da AFR é igual ó da AUD inicial e non ten carácter regresivo, non obstante suxeitase a uns topos mínimo e máximo e, unha vez rematada a formación, o desempregado volve a percibir a AUD segundo o montante que lle correspondera en atención ó período transcorrido dende o inicio do desemprego.

b. O nivel asistencial: “Régime de solidarité”

Analízanse a continuación as prestacións de financiamento público ou estatal aínda que, como xa se sinalou e ó igual cás anteriores, xestionadas pola UNEDIC. Estas son: a “allocation solidarité spécifique” (ASS) ou “subsídio solidariedade específica”, a “allocation d’insertion” (AI) ou “subsídio de inserción” e, finalmente, a “allocation spécifique d’attente” (ASA) ou “subsídio específico de espera”².

A “allocation de solidarité spécifique” ou ASS é aboada ós demandantes de emprego que xa esgotaron os seus dereitos no nivel contributivo. Posto que a AUD é aboada un

² Se ben, en dereito francés, se fala en todo caso de “allocation”, expresión que en lingua castelá é traducible por “prestación”, considérase neste ámbito máis oportuno empregar o termo “subsídio”, pois as “axudas” citadas atópanse no aquí denominado nivel asistencial.

período determinado, ó rematar este os desempregados perciben a ASS. Este subsidio é atribuído por un período inicial de 6 meses prorrogable se o beneficiario continúa cumprindo os requisitos esixidos. Para beneficiarse da ASS o desempregado non ten que sobordar un nivel máximo de rendas prefixado pola normativa de aplicación e ten que acreditar cinco anos de actividade asalariada durante os 10 anos que precederon a extinción do seu contrato de traballo. A ASS non está suxeita a duración máxima algunha, non obstante as condicións dos perceptores son revisadas semestralmente. A ASS é compatible coa percepción de salario sempre que as horas traballadas, e remuneradas, non superen as 750 dende o inicio do aboamento da ASS.

A “allocation d’insertion” ou AI vai dirixida a aqueles desempregados que non ostenten nin ostentasen dereito ás prestacións contributivas por desemprego, así como a persoas en situación de especial marxinación. Para acceder a este subsidio cómpre estar inscrito como demandante de emprego, non ter sido xa beneficiario de tal subsidio os últimos 12 meses e, en último termo, non sobordar o limiar de rendas prefixado. É este un subsidio de moi escasa contía, susceptible de aproveitamento 6 meses prorrogables nunha única ocasión por outros 6.

Os potenciais beneficiarios da “allocation spécifique d’attente” ou ASA, finalmente, son os desempregados de menos de 60 anos que cotizasen 40 anos por xubilación e sexan beneficiarios da ASS. Redunda na percepción dunha contía diaria que xunto á ASS permite ás persoas na situación descrita percibir unha percepción mínima fixada anualmente. Este subsidio é susceptible de renovación semestral e non se atopa suxeito a límite temporal ningún.

V. CONCLUSIÓNS.

Dende un punto de vista formal, a análise tanto do réxime xurídico do despedimento coma da regulación do desemprego botan dúas conclusións xerais: por un lado, o destacado protagonismo, a tódolos niveis, dos axentes sociais, por outro, o carácter eminentemente minucioso da normativa francesa.

Xa, entrando no fondo, isto é, dende unha perspectiva material, cabe realizar as seguintes valoracións, tamén de carácter global, do despedimento e do desemprego en dereito francés:

- O detallado procedemento imposto ó empresario que proceda á extinción dun contrato de traballo, xunto ó carácter en ocasións non taxado da correlativa indemnización por despedimento permiten cualificar a normativa francesa como xenericamente máis protectora cá española. Pois é de esperar que unha e outra particularidade en certo modo desalenten os despedimentos.

- Máis prudente aínda ha de ser a valoración, igualmente xenérica, relativa ó sistema de desemprego francés: este é en efecto similar ó vixente en España. Tan só a esixencia dun período de carencia menor e a multiplicidade de prestacións e subsidios establecidos en atención a específicas situacións dos seus beneficiarios redundan tal vez nunha máis extensa protección polo sistema francés.

1. Causalidade do despedimento

Como xa se indicou ó iniciar este estudio, a normativa francesa en materia de despedimento xira en torno a un principio xeral tamén vixente en dereito español: o carácter causal dos despedimentos. As categorías contempladas polo dereito francés, os procedementos descritos para a súa realización legal, pero tamén as garantías e medidas de protección arbitradas a favor dos traballadores descansan sobre a ineludible motivación do acto empresarial extintivo.

Tal vez a diferenza sobre este particular, entre a lexislación española e a aquí analizada, se atope no grao de realización efectiva do principio de causalidade. Obviamente, este será maior alí onde a normativa sexa máis estricta, normativa que, xa se adiantou, parece ser a francesa.

2. Protección formal e garantías

A minuciosidade ou precisión da normativa francesa xa destacada como característica xeral da regulación do despedimento e do desemprego resulta particularmente evidente en materia de protección formal fronte ó despedimento: lei e regulamento describen os pormenores de cada unha das fases que compoñen o procedemento a seguir polo empresario ó efectuar un despedimento.

Entre as particularidades contempladas pola lexislación francesa en materia de protección formal e garantías –que conforman, por así dicilo, “melloras” respecto da normativa española- convén salientar:

- A existencia dunha entrevista previa entre empresario e traballador na que o primeiro deberá expresar os motivos da decisión extintiva e o segundo poderá alegar o que estime oportuno co fin, obviamente, de eludir o despedimento.
- A cuantificación xudicial da indemnización en atención a parámetros tales como a idade do traballador ou as súas previsibles dificultades para atopar un novo emprego, isto é, o carácter non prefixado, en determinadas circunstancias, do prezo do despedimento.
- A existencia dunha particular instancia conformada non por maxistrados profesionais senón por representantes de empresarios e traballadores: o chamado “Conseil do Prud’hommes”.
- A configuración do despedimento colectivo en termos máis estritos cá lexislación española: pois é inferior o período esixido para considerar que os actos extintivos realizados conforman efectivamente un despedimento colectivo suxeito a particular procedemento.
- O establecemento dun procedemento –con criterios que teñen que ser obxecto de consulta ante os representantes dos traballadores- para a selección dos traballadores afectados polo despedimento colectivo.

3. Nivel de cobertura do paro

Principal particularidade do réxime do desemprego francés, xa se destacou no seu momento, é a súa organización e xestión por un organismo non estatal senón de natureza asociativa, dirixido paritariamente por representantes de traballadores e de empresarios.

Dita especificidade non impide sen embargo determinadas coincidencias. A principal sen dúbida consiste na organización da protección por desemprego en dous niveis de acceso sucesivo polos traballadores: o nivel contributivo e o asistencial. Non obstante, convén sinalar outras características comúns, sen dúbida menos afortunadas, tales como a desprotección daqueles que buscan o seu primeiro emprego e polo tanto non cotizaron nunca.

En todo caso a cobertura deparada polo peculiar sistema francés parece máis extensa que a proporcionada polo seu homólogo español: o período de cotización esixido para acceder á prestación contributiva básica –a AUD– é en efecto sensiblemente inferior –como se lembrará tan só 4 meses os últimos 8 meses–; así mesmo, procede destacar o carácter ilimitado do subsidio denominado ASS para todo aquel que non soborde un nivel máximo de rendas e acredite 5 anos de actividade asalariada os 10 anos que precederon a extinción do seu contrato de traballo.

BREVE REFERENCIA Ó DESPEDIMENTO E Ó DESEMPREGO EN DEREITO BELGA

I. DESCRICIÓN XERAL DO DESPEDIMENTO

O Dereito do traballo belga outorga ó despedimento un réxime xurídico diverso en función do seu carácter individual ou colectivo. Procede así distinguir, en primeiro termo, o despedimento individual e o despedimento colectivo.

Asemade, na modalidade individual é obxecto de regulación diversa o despedimento individual do traballador suxeito dun contrato de traballo por tempo indefinido e o despedimento individual do traballador suxeito dun contrato de traballo de duración determinada.

Finalmente, o motivo alegado e as concretas circunstancias en que se produza o acto extintivo levan á distinción doutras e diversas modalidades de extincións empresariais do contrato de traballo.

Xa dende un punto de vista procedimental, convén destacar que a concesión empresarial dun aviso previo ou, en defecto de, dunha indemnización compensatoria conforman dous requisitos básicos presentes na totalidade das modalidades extintivas.

II. TIPOLOXÍA DAS EXTINCIÓNS E PROCEDEMENTO

1. Despedimento individual

a. Suposto do contrato de traballo por tempo indefinido

O artigo 37.1 do Lei de 3 de xullo de 1978 sobre Contratos de Traballo dispón: “cando o contrato de traballo fora de duración indeterminada cada unha das partes pode proceder á súa rescisión mediante aviso previo”. O empregador que proceda á extinción deberá en consecuencia remitir carta de despedimento por correo certificado indicando a data de inicio e duración total do período de aviso previo concedido. Durante dito período o traballador poderá ausentarse da empresa para proceder á busca dun novo emprego: tal ausencia será de unha xornada por semana para os traballadores que durante o ano 2001 obtivesen unha remuneración bruta anual inferior a 25.277 euros; para os traballadores cunha remuneración bruta anual superior á indicada, en cambio, será de media xornada, salvo os últimos seis meses de aviso previo en que a ausencia, como no suposto anterior, poderá ser de unha xornada semanalmente.

A duración do período de aviso previo é distinta para obreiros e empregados, dependendo para os primeiros da súa antigüidade e para os segundos da súa remuneración bruta anual.

Así, no caso dos obreiros ou traballadores manuais, cando non resulte de aplicación ningunha norma sectorial, deberán respectarse os prazos legais establecidos no Convenio Colectivo de Traballo nº 75 votado o 20 de decembro de 1999 no seo do Consello Nacional do Traballo (“Convention Collective de Travail nº 75, conclue le 20

décembre 1999 au sein du Conseil National du Travail", que entrou en vigor o 1º de outubro de 2000), a este tenor:

Antigüidade	Período de aviso previo
Menos de 6 meses	Polo menos 28 días
6 meses a 5 anos	35 días
5 anos a 10 anos	42 días
10 anos a 15 anos	56 días
15 anos a 20 anos	84 días
Máis de 20 anos	112 días

Por outra banda, no caso dos empregados, o artigo 82 do LCT regula a duración do período de aviso previo nos seguintes termos: "cando a remuneración anual non supere os 25.277 euros (no ano 2002), o prazo de aviso previo que deberá conceder o empregador é de polo menos 3 meses para os traballadores que estiveran menos de 5 anos ó servizo da empresa. Este prazo aumentará en tres meses cada vez que se inicie un novo período de 5 anos ó servizo da mesma empresa (...). Cando a remuneración anual (no ano 2002) supere os 25.277 euros, os prazos a observar serán os fixados, ben por acordo entre empresario e traballador, ben polo xuíz". A fixación xudicial realizarase en atención, fundamentalmente, ás posibilidades do traballador despedido de atopar un novo emprego de características similares.

Cabe, así mesmo, a extinción unilateral do contrato de traballo de modo inmediato –isto é, sen outorgamento de aviso previo-, non obstante, isto comporta obrigatoriamente o pagamento empresarial da correspondente indemnización compensatoria do aviso previo. Neste caso, o montante da sinalada indemnización equivale á remuneración que correspondera ó traballador durante o período de aviso previo non cumprido.

b. Suposto do contrato de traballo de duración determinada

Un contrato de traballo de duración determinada extingúese de pleno dereito e sen necesidade de formalidade algunha unha vez chegado ó seu termo. Tan só a extinción anterior a este –e non debida a motivo grave, consentimento mutuo ou forza maior- é obxecto de particular regulación.

Así, a parte que proceda á ruptura do contrato de traballo de duración determinada, antes do termo inicialmente pactado e por causa diferente ás enumeradas, deberá aboar unha indemnización de contía equivalente á remuneración que cobrara o traballador no caso de que prestase os seus servizos ata o momento efectivamente previsto para a extinción, sen que tal indemnización poida superar en ningún caso o dobre da remuneración correspondente ó período de aviso previo non cumprido.

2. Despedimento por motivo grave ou por motivo urgente

O empregador ten dereito a extinguir o contrato de traballo, sen aviso previo algún, cando alegue un motivo grave (VANNES, 1996: 634).

A teor do artigo 35 da Lei de 3 de xullo de 1978, “considérase que constitúe un motivo grave, toda falta que converta, inmediata e definitivamente, en imposible toda colaboración profesional entre o empregador e o traballador”. En consecuencia, para a apreciación do motivo grave, teñen que concorrer as seguintes circunstancias:

- A falta cometida polo traballador ha de redundar nunha perda de confianza que imposibilite toda colaboración entre traballador e empresario.
- É precisa a actuación deliberada e responsable do seu autor.

Así, por exemplo, conforman un motivo grave o roubo ou o comportamento agresivo do traballador.

Dende un punto de vista formal ou procedimental, procede sinalar que o empregador deberá proceder á extinción do contrato de traballo no prazo máximo de tres días dende aquel en que a falta foi cometida. Posteriormente, nun novo prazo de tres días laborables, o empregador deberá informar ó traballador dos feitos cometidos (este segundo prazo iníciase ó día seguinte da extinción). Os motivos do despedimento serán comunicados por escrito, por correo certificado con acuse de recibo ou mediante entrega persoal de comunicación cunha copia que deberá ser asinada polo traballador e devolta ó empresario.

En caso de litixio, corresponderá ó xuíz apreciar a realidade e gravidade efectiva da falta alegada, non sendo sancionable co despedimento toda falta grave, pois a xurisprudencia vén apelando ó principio de proporcionalidade entre falta e sanción.

O traballador cun contrato de traballo que se extingue por motivo grave non ostenta dereito a indemnización algunha. Agora ben, se o xuíz non considera grave a falta alegada polo empregador, o traballador si terá dereito á correspondente indemnización compensatoria de aviso previo.

3. Despedimento por “acto equivalente a ruptura”

Como puxo reiteradamente de manifesto a xurisprudencia, as partes do contrato de traballo non poden, sen incorrer en incumprimento das súas obrigas contractuais, modificar ou revocar unilateralmente as condicións convidas. Ó modificar unha obriga contractual, o empregado realiza en efecto un acto equivalente á propia ruptura, pois manifesta implicitamente a súa vontade de non seguir colaborando profesionalmente co empregador. Entre ditos actos destacan as ausencias inxustificadas e o abandono do posto de traballo.

Con carácter xeral, a xurisprudencia admite como “acto equivalente á ruptura” ben a modificación dun elemento esencial do contrato, ben o incumprimento contractual revelador da vontade de non executar o contrato de traballo. A modificación das condi-

cións debe polo demais afectar a un elemento esencial ou convido, non ter sido aceptada tacitamente e revestir a importancia suficiente como para xustificar a ruptura.

En caso de extinción do contrato de traballo por “acto equivalente a ruptura” do traballador, o empregador pode solicitar do traballador despedido unha indemnización por ruptura irregular. O montante de dita indemnización será, na maioría dos supostos, idéntica á que obtivera o empresario en caso de extinción do contrato de traballo polo traballador sen aviso previo. Non obstante, se o xuíz non aprecia o decisivo “acto de ruptura” poderá recoñecer o dereito do traballador a unha indemnización compensatoria de aviso previo.

4. Despedimento do traballador durante o período de incapacidade temporal

A Lei de 3 de xullo de 1978 sobre contratos de traballo prevé cinco supostos distintos de despedimento durante a incapacidade temporal:

- Durante o período de proba.
- No suposto dun contrato de traballo de duración determinada de menos de 3 meses.
- No suposto dun contrato de traballo de duración determinada de máis de 3 meses.
- No suposto dun contrato de traballo de duración indeterminada cando o período de incapacidade supere os 6 meses.
- No suposto dun contrato de traballo de duración indeterminada cando o período de incapacidade non alcance os 6 meses.

Segundo o disposto no artigo 79, parágrafo 1º da Lei sobre Contratos de Traballo, “cando o contrato de traballo establece unha cláusula de proba [período de proba], a incapacidade resultante dunha enfermidade ou dun accidente permite ó empregador rescindir o contrato de traballo sen indemnización, se tivo unha duración superior a 7 días”. A lei non esixe ningunha formalidade para extinguir o contrato de traballo durante o período de proba, tras 7 días –hábeis e non hábeis- ininterrompidos en situación de incapacidade.

A mesma regra é polo demais aplicable ó suposto de contrato de traballo de duración determinada inferior a 3 meses –ou para realización de obra ou servizo determinado de previsible terminación en menos dun trimestre–

Se a duración do contrato de traballo ou o previsible prazo de execución da tarefa ou servizo encomendado excede os 3 meses e a incapacidade excede de 6 meses, o empregador pode rescindir o contrato de traballo en todo momento. Non obstante deberá facer fronte ó pagamento dunha indemnización. Dita indemnización será igual á remuneración correspondente ó tempo de servizos que ó traballador lle restara por cumprir, cun máximo de tres meses de remuneración e unha vez deducidos os importes xa aboados dende o inicio da incapacidade.

Cando as partes estean vinculadas por un contrato de traballo de duración indeterminada e o período en que o traballador se encontra en incapacidade por enfermidade ou accidente supera os seis meses, o empregado pode, en todo momento, rescin-

dir o contrato previo pagamento dunha indemnización. Esta equivalerá á remuneración correspondente ó prazo de aviso previo que cabería observar, contía da que se deducirán os importes xa aboados dende o inicio da incapacidade ou, se é o caso, a remuneración correspondente ó tempo de aviso previo outorgado.

Cando o período de incapacidade non alcanzara os 6 meses e o contrato que unise ás partes fose de duración indeterminada a ruptura unilateral do contrato de traballo polo empresario será sancionada co pagamento dunha indemnización compensatoria de aviso previo da que non se poderá deducir o aboadado dende o inicio da incapacidade.

5. O despedimento colectivo

a. Definición

Conforma un despedimento colectivo todo aquel efectuado por causas alleas ós propios traballadores, que afecte, nun período de 60 días e nunha mesma empresa –entendida como unha unidade técnica de explotación–, o seguinte número de traballadores:

- Polo menos 10 traballadores na empresas que ocupen máis de 20 e menos de 100 traballadores;
- Polo menos o 10% dos traballadores nas empresas que ocupen entre 100 e 299 traballadores;
- Polo menos 30 traballadores nas empresas que ocupen máis de 300 traballadores.

Convén sinalar que o despedimento colectivo pode inserirse nun proceso de cesamento total da actividade empresarial (neste caso, conforme a normativa de aplicación: a Lei de 28 de xuño de 1966, sobre indemnización dos traballadores despedidos en caso de peche da empresa; o “arrêté” de 20 de setembro de 1967 polo que se procede ó desenvolvemento dos artigos 3, apartado 4, 5, 15, apartado 2º e 17 da Lei de 28 de xuño de 1966). En dereito belga considérase que existe cesamento da actividade empresarial ou peche da empresa ben cando se reduce nun 25% o número de traballadores ocupados respecto da anualidade anterior, ben cando cesa definitivamente a actividade principal da empresa ou dunha das unidades productivas que a compoñen.

b. Procedemento

A empresa que efectúe un despedimento colectivo deberá seguir o seguinte procedemento (artigo 66 da Lei de 1º de febreiro de 1998):

- a. Comunicación ós representantes do persoal no “consello de empresa” da intención de proceder, eventualmente, a un despedimento colectivo. Esta comunicación deberá realizarse por escrito e nela deberán constar os motivos do despedimento, o número de traballadores o despedimento dos cales se proxecta e o período durante o cal os despedimentos van ser realizados. Unha copia desta comunicación deberá así mesmo ser enviada á administración laboral (en concreto, ó chamado “directeur du bureau subrégional de l’emploi”).

- b. Negociación dun “plan social” ó longo de diversas reunións do “consello de empresa” nas que se efectuarán, nun clima de diálogo, proposicións e contra-proposicións por empresa e representantes dos traballadores.
- c. A intención definitiva de proceder ó despedimento colectivo –tralo período de negociación descrito- será notificada á administración laboral. Unha copia de dita notificación será enviada ó “consello de empresa”, outra será exposta na empresa e outra, finalmente, será enviada a cada un dos traballadores afectados polo despedimento colectivo.
- d. Unha vez exposta na empresa a copia da notificación de intención definitiva, os representantes do persoal gozan dun prazo de 30 días para comunicar ó empregador cantas observacións consideren oportunas en canto ó procedemento seguido.
- e. Xa tomada a decisión de proceder ó despedimento colectivo, o empregador deberá proceder a unha segunda notificación á administración laboral que, necesariamente, deberá conter mencións relativas ós seguintes extremos: nome e enderezo da empresa, natureza das súas actividades; número de traballadores ocupados; motivos para proceder ás extincións; número de traballadores despedidos; especificación do seu sexo, categoría profesional, antigüidade; período sobre o cal se van realizar os despedimentos. Darase ademais traslado dunha copia desta notificación ós representantes dos traballadores.
- f. Os representantes dos traballadores poderán, chegado este punto do procedemento, realizar as súas observacións á administración laboral.
- g. Tras esta segunda notificación á administración laboral –descrita na letra e- o empregador deberá agardar un prazo de 30 días durante o cal non poderá proceder ó despedimento colectivo. Dito prazo, polo demais, é susceptible de prórroga pola administración laboral ata un máximo de 60 días se así o estima conveniente.
- h. Ó rematar o prazo indicado –de 30 ou, como máximo, 60 días- a empresa poderá realizar o despedimento colectivo.

O incumprimento polo empresario do procedemento descrito –en particular, incumprimento total ou parcial dos trámites de información e negociación- xera a facultade do traballador de contestar, en determinados casos, as circunstancias nas que o seu despedimento foi efectuado. Este dereito, non obstante, atópase condicionado á previa notificación ó empresario, polos representantes dos traballadores, dos sinalados incumprimentos procedimentais no prazo de 30 días trala publicación da decisión de despedimento colectivo na empresa. O traballador deberá entón manifestar o incumprimento de tales requisitos por correo certificado nun prazo de 30 días trala data do seu despedimento.

En dito suposto, en caso de despedimento efectuado con aviso previo, o prazo de aviso previo suspenderase ata o momento en que a empresa cumprise os requisitos legais tras retomar *ab initio* o procedemento. Por outro lado, en caso de despedimento con efecto inmediato, o traballador poderá solicitar a súa readmisión nos 30 días laborables tralo seu despedimento. O empregador deberá proceder á súa reincorporación e pagarlle a remuneración correspondente ó período abranguido entre o despedimento e a readmisión; pola súa parte, o traballador deberá restituír a indemnización compensatoria de aviso previo que percibise. En caso de non readmisión, o empregador deberá

seguir pagando o salario do traballador ata que transcorresen 60 días dende a válida notificación do proxecto de despedimento.

Así mesmo, cómpre salientar a posible incursión dos empresarios, en caso de incumprimento do procedemento descrito, en responsabilidade administrativa (*vid.* artigos 1º, 14 e 11 da Lei de 30 de xuño de 1971) ou incluso penal.

c. Indemnizacións

O procedemento de aplicación en caso de despedimento colectivo inclúe unha negociación cos representantes dos traballadores que remata coa sinatura dun acordo empresarial en que se precisa o “acompañamento social” de que se beneficiarán os traballadores despedidos. Non obstante, estes terán en todo caso dereito a un período de aviso previo ou a unha indemnización compensatoria de aviso previo do mesmo modo que en caso de despedimento individual. E, ademais, se lles recoñecerá a indemnización prevista polo artigo 8 do convenio colectivo de traballo nº 10 acordado no seo do Consello Nacional de Traballo o 8 de maio de 1973: “o montante da indemnización (que se suma ás prestacións por desemprego) é igual á metade da diferenza entre a remuneración neta de referencia e as prestacións por desemprego ás que estes traballadores teñen dereito”.

III. DESEMPREGO

1. Organización da protección por desemprego en Bélxica: “assurance chômage” e “minimex”

Dende o Decreto-Lei de 28 de decembro de 1944, polo que se organizou o réxime xeral da Seguridade Social dos traballadores asalariados, “a indemnización a favor dos parados demandantes de emprego está integrada nun réxime xeral de seguros sociais obrigatorios” (AA.VV., 1999: 268).

Múltiples organismos participan na organización de dita protección por desemprego (COMMISSION EUROPÉENNE, 2000: 12, 13):

- En primeiro termo, o Ministerio do Emprego e do Traballo que ostenta competencia directa sobre esta materia.
- En segundo lugar, con competencias en materia de recadación das cotizacións e reparto dos medios financeiros ós organismos encargados do pagamento de prestacións atópase o chamado “Office National de Sécurité Sociale” (oficina nacional da seguridade social).
- En terceiro lugar, con competencias en materia de pagamento das prestacións por desemprego atópanse o “Office National de l’Emploi” ou “ONEM” (Oficina Nacional do Emprego), a “Caisse Auxiliaire de paiement des allocations chômage” (Caixa auxiliar de pagamento das prestacións por desemprego), o “Bureaux da caisse auxiliaire” (oficina da Caixa auxiliar), e, finalmente, as organizacións sindicais representativas autorizadas como organismos de pagamento das prestacións por desemprego.

O “Office National de Sécurité Sociale” é un organismo público, o seu principal cometido é a recadación das cotizacións (non só por desemprego) e a atribución dos medios económicos ás institucións encargadas da xestión das diversas ramas que compoñen a Seguridade Social Belga (AA.VV., 1999: 268). Dito organismo, así como as institucións que o compoñen, son xestionados paritariamente por un Comité composto por un número igual de representantes de empregadores e de traballadores e presidido por unha personalidade independente, xeralmente un parlamentario ou un maxistrado. O Comité ten autonomía en materia de xestión –pois se lle reconece poder de decisión en materia de administración– non obstante as competencias lexislativa e regulamentaria obviamente corresponden ó parlamento e ó executivo.

Mentres, o “Office National de l’emploi”, composto por oficinas rexionais (Oficina da Rexión de Bruxelas, Oficina da Rexión valona e Oficina da Rexión flamenca), xestiona o desemprego reconecendo os dereitos correspondentes ós interesados, encárganse do aboamento efectivo das prestacións –directamente ós parados– a organización sindical autorizada á que se afilia o desempregado ou a caixa auxiliar de pagamento das prestacións por desemprego á que o parado realice a súa petición.

O sistema de seguro de desemprego obrigatorio descrito –a chamada “assurance chômage”– en ocasións resulta insuficiente, isto é, non alcanza a tódolos parados. Para estes suxeitos, situados á marxe da rede protectora da Seguridade Social por non cumprir as condicións requiridas para cobrar as súas prestacións, creouse, por lei de 7 de agosto de 1974, o “mínimo de medios de existencia” ou “minimex”, prestación financiada con cargo ós centros públicos municipais de axuda social (AA.VV., 1999: 269).

2. Situacións protexidas

Segundo a lexislación aplicable (“Arrêté royal” de 25 de novembro de 1991 sobre normativa de desemprego e “Arrêté ministeriel” de 26 de novembro de 1991 sobre as modalidades de aplicación da normativa de desemprego) atópanse integrados no campo de aplicación da denominada “assurance chômage”:

- Tódolos traballadores encadrados no sistema de Seguridade Social.
- Os mozos que ó rematar á súa formación non encontran emprego.

Isto é, un demandante de emprego pode ter dereito á prestación por desemprego “quer ó abeiro das prestacións de traballo efectuadas como traballador asalariado, quer ó abeiro dos estudos ou dunha aprendizaxe concluídos, ou quer porque xa fose aceptado no paro anteriormente (ó abeiro dunha das dúas condicións anteriores)” (AA.VV., 1999: 270).

Procede destacar como particularidade da lexislación belga en materia de condicións de admisión a posibilidade dos mozos menores de 30 anos de beneficiarse de prestacións “de espera” unha vez concluídos os seus estudos cando nunca traballaron ou non o fixeron o tempo suficiente para acceder ás prestacións por desemprego clásicas (dita posibilidade introduciuse por Decreto Real orgánico de 20 de decembro de 1963).

Finalmente, procede pechar esta análise do campo de aplicación da “Assurance chômage” sinalando que o Dereito belga distingue, por así dicilo, tres tipos de parados (AA.VV., 1999: 272):

- Os parados que poden xustificar cargas familiares e a perda da única renda (cabezas de familia).
- Os parados que só xustifican a perda da única renda (cohabitantes).
- Os parados que non pertencen a ningunha destas categorías (os chamados parados sos).

3. Calidade da protección

É preciso distinguir dous tipos básicos de protección:

- Desemprego total.
- Desemprego parcial.

Ademais dos supostos sinalados serán tamén aboadas prestacións en situacións particulares: caso dos traballadores maiores e prexubilados.

Finalmente farase mención á posibilidade de suspensión do desemprego recoñecida pola lexislación belga en caso de paro de longa duración.

a. Desemprego total

Poderán acceder ás prestacións por desemprego total ou completo os parados que reúnan as seguintes condicións (AA.VV., 1999: 270):

- Que fosen privados involuntariamente do seu traballo e da súa remuneración.
- Que perdesen un emprego a tempo completo.
- Que estean inscritos como demandantes de emprego.
- Que estean dispoñibles no mercado de traballo.
- Que sexan aptos para o traballo;
- Que non chegasen á idade da xubilación.
- Que se presenten para cumprir as formalidades de control organizadas, por conta da Oficina Nacional do Emprego, polas autoridades municipais.

O período de carencia en principio esixido pola lexislación belga para acceder ás correspondentes prestacións (o denominado “stage” non esixido ós mozos) varía en función da idade do desempregado entre 312 días de traballo os últimos 18 meses e 624 días de traballo os 36 últimos meses.

Outras particularidades das prestacións aboadas en situación de desemprego total a destacar son:

- Non se supedita o seu aboamento á obtención dun nivel máximo de ingresos.
- Coa soa excepción do paro de longa duración, no Dereito belga as prestacións concédense sen limitación algunha de duración.
- Calcúlanse ó abeiro do último salario, aínda que sempre ata un certo teito.

As concretas prestacións recoñecidas pola lexislación belga ós parados en situación de desemprego total son:

- “Allocations de chômage” ou prestacións por desemprego, a contía depende das particulares circunstancias de cada desempregado: así, os parados denominados “cabezas de familia” perciben o 60% da última remuneración, ata o límite dun teito fixado, durante toda a duración do paro; os parados denominados “sos” perciben o 60% da última remuneración durante o primeiro ano, e o 40% despois deste período; os parados denominados “cohabitantes”, no sentido indicado máis arriba, perciben o 55% da última remuneración durante o primeiro ano, e logo o 25% durante os seguintes 6 meses, inmediatamente antes de caer na axuda do “minimex” (salvo excepcións).
- “Allocations d’attente sur base des études antérieures et allocations de transition pendant l’obligation scolaire à temps partiel” ou prestacións de espera ó abeiro de estudos anteriores e prestacións de transición mentres perdura a obriga escolar a tempo parcial, a súa contía tamén depende da existencia ou non de cargas familiares e neste caso da idade do desempregado, pois dita prestación vai dirixida a persoas moi novas.
- “Allocations de chômage avec complément d’ancienneté octroyées après la première année aux chômeurs âgés (plus de 50 ans) qui justifient d’au moins 20 ans de passé professionnel”, isto é, prestacións por desemprego con complemento de antigüidade outorgadas tralo primeiro ano ós parados de máis de 50 anos que acrediten polo menos 20 anos de actividade asalariada. A súa contía tamén varía en función da existencia ou non de cargas familiares.

b. Desemprego parcial

Os traballadores a tempo parcial poderán obter prestacións por desemprego cando o réxime de traballo ó que se sometese sexa en media de 18 horas de traballo por semana ou corresponda polo menos á metade do horario completo (AA.VV., 1999: 271).

En tales supostos a prestación á que terá dereito o traballador será do 60% do salario de referencia, como no caso anterior, suxeito a un tope máximo fixado anualmente.

c. Desempregados en idade avanzada

Os parados de máis de 55 anos, ou de máis de 50 anos e cunha capacidade de traballo limitada (a incapacidade mínima requirida é do 1%), poden, tras 2 anos en situación de desemprego, solicitar o estatuto de “parado de idade avanzada”. Tales parados de idade avanzada quedan dispensados da inscrición como demandantes de emprego e non se atopan suxeitos ós correlativos controles da Oficina nacional de emprego. Se ben o pagamento das súas prestacións se realiza con cargo ó orzamento do seguro de desemprego, non quedan recollidos nas estatísticas sobre desemprego (AA.VV., 1999: 275).

d. Paro de longa duración

O Dereito belga contempla a posibilidade de suspender o aboamento das prestacións “ós que estean parados dende fai moito tempo e sobre os que é cousa admitida que non están dispostos a volver a traballar”. Ditas circunstancias considéranse acreditadas

en atención a criterios tales como a superación do dobre da duración media do paro na rexión. Non obstante, deberán tamén terse en conta outras circunstancias tales como a idade do parado ou o seu sexo.

En todo caso, esta medida non afecta ós parados de máis de 50 anos de idade, ós que demostren que buscaron activamente un emprego, a aqueles cunha unidade familiar que non teña rendas suficientes, nin tampouco a aqueles que forman parte da categoría de parados “sos” ou de parados “cabezas de familia” (AA.VV., 1999: 276).

Máis que unha suspensión por longa duración –como parece deducirse da expresión empregada polo lexislador-, en realidade, trátase dunha suspensión por incumprimento dos deberes correspondentes a todo demandante de emprego, en particular a busca efectiva e activa dun posto de traballo.

IV. CONCLUSIÓNS

Da regulación deparada polo Dereito belga ó despedimento procede destacar sen dúbida o carácter central –como garantía básica- atribuída ó aviso previo ou, en defecto de, á súa indemnización substitutiva. Esta figura, de escasa relevancia na lexislación española, ostenta protagonismo absoluto na belga.

En materia de desemprego, forzoso é recoñecer o maior desenvolvemento ou carácter máis extenso do sistema belga, por dous motivos fundamentalmente:

- A cobertura dos mozos que buscan o seu primeiro emprego.
- O carácter ilimitado das prestacións por desemprego.

A diferenza do que sucede en España, e en numerosos países europeos, non existe en Bélxica unha dobre canle de protección –contributivo e asistencial- senón tan só un pero temporalmente ilimitado (salvo o suposto excepcional de suspensión do paro de longa duración). Eso si, as contías recoñecidas ós parados tal vez resulten inferiores ás recoñecidas por outros sistemas. Bélxica parece ter optado por un seguro social de duración indefinida, aínda a costa da aplicación sobre o salario de referencia duns tipos máis baixos que no resto dos países europeos.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.,

- *Droit de l'emploi*, Dalloz (Paris, 1997).

- *Dialéctica empleo-desempleo y Derecho social*, Bosch (Barcelona, 1999).

BOUTAULT, J.,

L'assurance chômage en France (UNEDIC-ASSEDIC), PUF (Paris, 1999).

COMMISSION EUROPÉENNE,

La protección social dans les États membres de l'UE et de l'espace économique européen, Situation au 1^o janvier 2000, Office des publications officielles des Communautés européennes (Luxembourg, 2000).

COUTURIER, G.,

Droit du travail, 3^a ed., Presses Universitaires de France (Paris, 1996).

FAVENNEC-HERY, V. F.,

Licenciement: le dénouement de l'imbroglia probatoire, DS, 1990, núm. 178.

FIESCHI-VIVET, P.,

Droit du travail, 3^a ed., Sirey (Paris, 1999).

GUERINOT, S.,

Aller aux Prud'hommes, Dalloz, Colección Dalmas Express (Paris, 2001).

JAVILLIER, J-A.,

Droit du travail: manuel, 3^a ed., Librairie Générales de Droit et de Jurisprudence (Paris, 1990).

LLE BIHAN-GUENOLE, M.,

Droit du Travail, Hachette (Paris, 1999).

LYON-CAEN, G., PELISSIER, J.,

Droit du Travail, 5^a ed., Dalloz (Paris, 1990).

LYON-CAEN, G., PELISSIER, J., SUPLOT, A.,

Droit du travail, 18^a ed., Dalloz (Paris, 1996).

PANSIER, F-J.,

Droit du Travail, 2^a ed., Litec (Paris, 2000).

PECHER, M.,

Guide des prud'hommes, Editions l'Atelier/VO Editions (Paris, 2002).

PELISSIER, J.,

Lle nouveau droit du licenciement, 2^a ed., Sirey (Paris, 1980).

PUIGELIER, C.,

Droit du travail: les relations individuelles, 2ª ed., Armand Colin (Paris, 2000).

RAY, J-E.,

Droit du travail: droit vivant, 8ª ed., Liaisons (Paris, 1999).

VANNES, V.,

Le contrat de travail: aspects théoriques et pratiques, Bruylant (Bruxelles, 1996).

VERDIER, J-M., COEURET, A., SOURIAC, M-A.,

Droit du Travail, 11ª ed., Dalloz (Paris, 1999).

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO. FRANCIA

Normas reguladoras	Lei núm.73-680, de 13 de xullo de 1973, Lei núm. 75-5, de 3 de xaneiro de 1975, Lei núm. 86-797, de 3 de xullo de 1986, Lei núm. 89-549, de 2 de agosto de 1989, Lei núm. 2002-73, de 17 de xaneiro de 2002. Tódalas normas citadas, xunto ós seus respectivos desenvolvementos regulamentarios, atópanse codificadas no Código do Traballo.
Principios inspiradores	Carácter causal: o “dereito a despedir” correspondente ó empresario é un dereito “causal”. A lexislación francesa supedita a lícita extinción empresarial do contrato de traballo á concorrencia dunha das causas legalmente descritas.
Tipos de extinción	Despedimento por motivo persoal: categoría asimilable ó despedimento disciplinario non definida expresamente pola lei, é todo aquel que non é económico Despedimento por motivo económico: “constitúe un despedimento por motivo económico o despedimento efectuado por un empregador en atención a un ou varios motivos non inherentes á persoa do traballador, derivados dunha supresión ou transformación de posto ou dunha modificación substancial do contrato de traballo, como consecuencia, en particular, de dificultades económicas ou de mutacións tecnolóxicas”.
Procedemento de despedimento	Esíxese a concorrencia dun requisito de fondo, a chamada “causa real e seria”, e dun requisito de forma que se manifesta nun procedemento composto polas seguintes fases fundamentais: convocatoria do traballador a unha entrevista, entrevista entre empresario e traballador co obxecto de que o primeiro explique ó segundo os motivos do despedimento e á vez considere as eventuais explicacións do traballador, notificación do despedimento. O despedimento económico, na súa dobre vertente individual ou colectiva, é obxecto dun procedemento específico.
Particularidades procesuais	Para os litixios individuais existencia dunha particular instancia os “Prud’hommes” composta por representantes dos traballadores e representantes dos empresarios.
Cualificación do despedimento	- Despedimento xustificado. - Despedimento sen causa real e seria ou improcedente. - Despedimento nulo.
Custo da indemnización	O Código de traballo prevé unha indemnización legal calculada en función da antigüidade na empresa, sobre a base do salario medio percibido os tres meses anteriores ó despedimento. Non obstante, cabe o establecemento de indemnizacións superiores por convenio ou no propio contrato de traballo. Adicionalmente, en caso de despedimento sen causa real e seria, o xuíz poderá fixar unha indemnización en función do prexuízo real padecido polo traballador e polo tanto non taxada: indemnización denominada “dommages et intérêts pour licenciement abusif ou rupture abusive”.
Configuración do despedimento colectivo	Distinción entre o “gran” despedimento colectivo e o “pequeno” despedimento colectivo, en función do número de traballadores afectados. En xeral, configuración do despedimento colectivo en termos máis estritos cá lexislación española: pois, é inferior o período esixido para considerar que os actos extintivos realizados conforman efectivamente un despedimento colectivo suxeito a particular procedemento.

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO. BÉLXICA

Normas reguladoras	Lei de contrato de traballo.
Principios inspiradores	Carácter causal.
Tipos de extinción	Despedimento individual coas seguintes distincións para os efectos de procedemento principalmente: suposto do contrato de traballo por tempo indefinido, suposto do contrato de traballo de duración determinada, despedimento por motivo grave ou por motivo urxente, despedimento por “acto equivalente a ruptura”, despedimento do traballador durante o período de IT. Despedimento colectivo: conforma un despedimento colectivo todo aquel efectuado por causas alleas ós propios traballadores, que afecte, nun período de 60 días e en unha mesma empresa –entendida como unidade técnica de explotación–, a un número determinado de traballadores.
Procedemento de despedimento	Dependerá do tipo de despedimento efectuado e do tipo de contrato afectado. Non obstante, con carácter xeral, consta das seguintes fases: remisión da carta de despedimento, concesión dun período de aviso previo.
Particularidades procesuais	
Cualificación do despedimento	Tres posibles cualificacións similares ás existentes en Dereito español.
Custo da indemnización	Será equivalente ó período de aviso previo non cumprido, período de duración diversa atendendo a parámetros tales como a antigüidade do traballador na empresa ou a remuneración percibida e, en determinados supostos, obxecto de fixación xudicial. En caso de contrato de duración determinada a indemnización por despedimento será equivalente á remuneración correspondente ó período que restara por cumprir ata o remate do contrato cun tope máximo.
Configuración do despedimento colectivo	En termos similares que o Dereito interno aínda que o período de referencia é inferior: 60 días.

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESEMPREGO. FRANCIA

Organismos encargados da xestión	UNEDIC e ASSEDICS, organismos creados por Acordo Interprofesional asinado o 31 de decembro de 1958 e, por conseguinte, dirixidos paritariamente por representantes dos traballadores e representantes dos empresarios.
Financiamento do sistema	Con carácter principal, as cotizacións de empresarios e traballadores. Non obstante, tamén cómpre facer mención a contribucións suplementarias e especiais xeradas ó producirse determinadas extincións do contrato de traballo, así como ás achegas do Estado.
Niveis de protección	O nivel contributivo: "Assurance chômage". O nivel asistencial: "Régime solidarité".
Situacións protexidas	Atópase en situación legal de desemprego todo aquel que reúne os seguintes requisitos: 1. Carecer de emprego ou exercer unha actividade mensual de menos de 78 horas; 2. Non rexeitar ofertas de emprego; 3. Buscar efectivamente, de modo activo, un emprego; 4. Figurar como demandante de emprego nas listas da oficina pública establecida ó efecto (ANPE).
Tempo de cobertura	No nivel contributivo: o período máximo durante o cal se pode aproveitar da AUD é de 30 meses no caso dos parados de menos de 50 anos, e de 60 meses no caso dos parados de máis de 50 anos. No nivel asistencial: percepción da ASS por tempo ilimitado para todo aquel que non soborde un nivel máximo de rendas e acredite 5 anos de actividade asalariada os 10 anos que precederon a extinción do seu contrato de traballo
Prestacións	<u>A "prestación xenérica":</u> A "allocation unique dégressive" (AUD): é a prestación a que teñen dereito os desempregados que cotizasen polo menos 4 meses os últimos 8 meses. <u>As "prestacións específicas":</u> A "activité réduite et allocation chômage" (ARAC): é aboada a aqueles demandantes de emprego que desempeñan unha actividade a tempo parcial. A "allocation chômeurs agés" (ACA): está destinada ós parados que teñan menos de 60 anos e acrediten a cotización de ó menos 160 trimestres. A "allocation de formation reclassement" (AFR): está destinada a desempregados que participen a cursos de formación.
Subsidios	A "allocation de solidarité spécifique" (ASS): é aboada ós traballadores que esgotasen os seus dereitos no nivel contributivo. Non está suxeita a duración máxima algunha, pero o perceptor ten que acreditar que non soborde un determinado nivel de rendas e 5 anos de actividade asalariada durante os 10 anos que preceden a extinción do seu contrato de traballo. A "allocation d'insertion" (AI): vai dirixida a aqueles desempregados que non ostenten nin ostentasen dereito ás prestacións contributivas por desemprego, así como a persoas en situación de especial marxinación. É sus-

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESEMPREGO. FRANCIA (cont.)

ceptible de aproveitamento durante 6 meses prorrogables nunha única ocasión por outros 6.

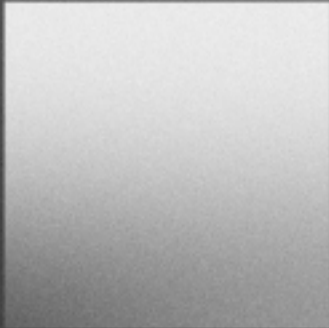
A “allocation spécifique d’attente” (ASA): os seus beneficiarios son os desempregados de menos de 60 anos que cotizasen 40 anos por xubilación e perciban a ASS.

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESEMPREGO. BÉLXICA

Organismos encargados da xestión	O Ministerio do Emprego e do Traballo: ostenta competencia directa sobre esta materia. “Office National de Sécurité Sociale”: ten competencias en materia de recadación das cotizacións (non só as de desemprego) e reparto dos medios financeiros ós organismos encargados do pagamento de prestacións. “Office National de l’Emploi”, “Caisse Auxiliaire de paiement des allocations chômage”, “Bureau da caisse auxiliaire”, organizacións sindicais representativas autorizadas: teñen competencias en materia de pagamento das prestacións por desemprego.
Financiamento do sistema	Cotizacións de empresarios e traballadores e financiamento público –con cargo ós centros municipais de axuda social- para os subsidios.
Niveis de protección	Nivel contributivo: a “assurance chômage”: atópanse integrados no campo de aplicación da denominada “assurance chômage” tódolos traballadores encadrados no sistema de Seguridade Social así como os mozos que ó rematar a súa formación non atopan emprego. Nivel asistencial: o “minimex”.
Situacións protexidas	Con carácter xeral: Perda do emprego. Mozos que non encontran o seu primeiro emprego.
Tempo de cobertura	Procede destacar dúas particularidades: - Anticipo do tempo de cobertura respecto do establecido na lexislación española: os mozos menores de 30 anos poden beneficiarse de prestacións de “espera” unha vez concluídos os seus estudos cando nunca traballaron ou non o fixeron o tempo suficiente para acceder ás prestacións por desemprego clásicas. - As prestacións concédense sen limitación ningunha de duración, tan só cabe a suspensión en caso de incumprimento dos deberes correspondentes a todo demandante de emprego, en particular a busca activa e efectiva dun posto de traballo.
Prestacións	“Allocations chômage”: para traballadores privados involuntariamente do seu traballo e da súa remuneración, que perdesen un emprego a tempo completo, que estean inscritos como demandantes de emprego, que estean dispoñibles no mercado de traballo, que sexan aptos para o traballo, que non alcanzasen a idade de xubilación, que se presenten para cumprir as formalidades de control. “Allocations d’attente a súa base des études antérieures et allocations de transition pendant l’obligation scolaire à temps partiel” para mozos que remataron os seus estudos ou aínda os están cursando a tempo parcial. “Allocations de chômage avec complément d’ancienneté octroyées après a première année aux chômeurs âgés (plus de 50 ans) qui justifient au moins 20 ans de passé professionnel”, isto é, prestacións por desemprego con

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESEMPREGO. BÉLXICA (cont.)

	complemento de antigüidade, outorgadas tralo primeiro ano ós parados de máis de 50 anos que acrediten ó menos 20 anos de actividade asalariada.
Subsidios	“Minimex” ou “mínimo de medios de existencia”, para aqueles traballadores situados á marxe da rede protectora da Seguridade Social por non cumprir as condicións requiridas para cobrar as súas prestacións.



O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO EN EUROPA

CAPÍTULO QUINTO:
O DESPEDIMENTO E O DESEMPREGO
EN PORTUGAL

I. INTRODUCCIÓN

1. O parecido entre lexislacións e as diferencias

En relación coa normativa legal do despedimento en Europa debemos distinguir o despedimento individual do despedimento colectivo. Mentres que o primeiro presenta diverxencias en cada lexislación nacional que regulan a materia, sobre o segundo ROCELLA sostén que existe un modelo europeo común (ROCELLA, 199: 41).

A lexislación portuguesa sobre o despedimento está inspirada fundamentalmente na normativa española e francesa. De todos modos, un punto de coincidencia da maioría das lexislacións nacionais se refire á distinción entre o despedimento individual por motivos subxectivos e o que se debe a causas obxectivas. En relación cos primeiros, os diferentes ordenamentos xurídicos recollen motivos subxectivos similares e refírense ó despedimento como sanción disciplinaria. Sen embargo, mentres que en España a lei establece as causas de despedimento disciplinario, en Italia tales motivos proveñen da negociación colectiva.

Na regulación do despedimento por causas obxectivas existen maiores diferencias. Así en Italia e en Alemaña o concepto de despedimento disciplinario extráese da xurisprudencia o que dá lugar a unha concepción ampla que inclúe os casos de supresión do posto de traballo. Polo contrario en España a lei delimita algunhas causas de despedimento obxectivo, por exemplo as fundadas na enfermidade do traballador ou na súa falta de adaptación ás innovacións tecnolóxicas. Ademais, tanto en España como en Francia, este tipo de despedimentos responden a causas económicas, o que segundo ROCELLA, fai que se aproximen os despedimentos individuais e os despedimentos colectivos, ata o punto de que nestes países a diferenza entre ambos a determina o número de traballadores despedidos (ROCELLA, 1997: 41- 42). Tal é o caso de Portugal onde ambos tipos de despedimento se regulan no Capítulo VII da Lei dos despedimentos e da contratación por tempo determinado, Decreto Lei 64-A/89 de 27 de febreiro de 1989.

En relación coa obriga de xustificar o despedimento, hai unanimidade en que ten que estar sempre xustificado, en caso contrario devén nulo de pleno dereito. Así, en Alemaña, que foi o primeiro país en legislar sobre esta cuestión, cando a empresa teña máis de dez traballadores, o despedimento será nulo se non foi “xustificado socialmente”. En Francia esíxese “un motivo real e serio”, en Italia “un motivo xustificado” e en España o despedimento ten que vir determinado por “forza maior ou causa obxectiva”. A lexislación inglesa tamén pena coa nulidade ó despedimento deste tipo que non fose xustificado. En Bélxica, non se esixe a inclusión dos motivos, sen embargo o despedimento considérase abusivo cando non se debe á ineptitude do traballador ou ás necesidades da empresa. En Holanda será o tribunal o que valore se existe motivo suficiente e razoable para o despedimento concreto.

Na maioría deses países, cando a entidade empregadora non probe o motivo do despedimento, o xuíz poderá propoñer a restablecemento da relación laboral ou fixar unha cantidade económica con carácter indemnizatorio, que oscila segundo cada lexislación nacional entre cinco ou seis meses e doce meses de salario, ou como no caso de España que pode chegar ós corenta e dous meses de salario. Malia que esta é a regra

xeral, existen diferencias entre as distintas lexislacións nacionais á hora de sancionar o despedimento ilexítimo. Así en Italia, as empresas con máis de quince traballadores deberán readmitir ó traballador despedido e, só se este último o prefire, cabe a indemnización económica que será de quince veces a última mensualidade; nas empresas máis pequenas a indemnización oscila entre dous e medio e seis mensualidades da última retribución. En Alemaña a readmisión estará condicionada pola proba xudicial da empresa sobre a imposibilidade de que esta se leve a cabo, neste caso procede a indemnización económica. No Reino Unido preveuse a readmisión, aínda que o xuíz poderá substituíla por unha indemnización. O mesmo sucede en Francia e en España onde a readmisión só se prevé para casos de despedimentos discriminatorios ou de lesión a dereitos fundamentais.

Nestes países as organizacións sindicais teñen un papel destacado no procedemento de despedimento.

Polo que se refire á Europa do leste, a lexislación que existía encóntrase en proceso de transformación. Ata agora existían dous tipos de despedimento. Por un lado, o despedimento inmediato por culpa do traballador ou por motivos disciplinarios, e por outro o despedimento con aviso previo, por motivos obxectivos relativos á empresa ou ó traballador. O período de aviso previo era, por norma xeral, breve. Así oscilaba sobre ós quince días, aínda que en Polonia chegaba ata tres meses e en Hungría ata seis meses. Este tipo de despedimento debía de ter sempre motivación e no caso de que esta non fose suficiente, procedíase á readmisión inmediata do traballador, sen posibilidade de indemnización económica substitutiva. Nestes procesos de despedimento os sindicatos ostentaban un importante papel, polo menos formalmente.

Outros países como Estados Unidos, Xapón ou Suíza son menos estrictos en relación coa motivación do despedimento. En América Latina tamén existe a obriga de motivar este tipo de despedimento, por exemplo en México ou Brasil.

Polo que atinxe ó despedimento colectivo, na Unión Europea a Directiva 98/59/CEE é a norma máis relevante. A regulación da Directiva refírese a dereitos de información e consulta ós traballadores antes de que o despedimento se leve a cabo; esta obriga imponse ó empresario. No procedemento poderá intervir, ademais dos representantes dos traballadores, a Autoridade Administrativa no caso de que na fase de consultas non acordase. O Convenio 158 OIT de 1982 tamén establece un marco de protección procedimental. Resulta de moita importancia a Recomendación OIT número 166/82 porque obriga ós empresarios a establecer medidas de acompañamento ó despedimento colectivo e refírese ós criterios de elección que teñen que seguirse para determinar a que tipo de traballadores lles afecta o despedimento.

2. Descrición xeral do despedimento en Portugal

O despedimento en Portugal configúrase como un acto unilateral, con carácter receptivo, en canto que ten que poñerse en coñecemento da outra parte, e que pretende a extinción do contrato de traballo *ex nunc* (LOBO, 1999: 480).

A clasificación do despedimento pode facerse segundo o suxeito que promove a extinción laboral, ben o empresario ou o traballador. Outra clasificación frecuente dis-

tingue entre o despedimento inmediato e sen indemnizacións, que se debe a que o traballador incorreu nunha falta grave ou disciplinaria a cal fai imposible a continuación da relación laboral (equiparase á resolución dos contratos no dereito común), e o despedimento con protección, trátase de extincións xustificadas por unha causa obxectiva (económica, técnica, organizativa ou de produción), cun período de aviso previo e con dereito a indemnización (Boletín de información sociolaboral internacional, nº. 58, 2000). Tamén cabe diferenciar despedimentos lícitos e despedimentos ilícitos, estes últimos poden invalidar a extinción da relación laboral o que motiva a reintegración do traballador na empresa ou, polo menos, unha indemnización. Por último, é importante distinguir entre despedimentos individuais e despedimentos colectivos (LOBO, 1999: 480).

En relación co despedimento individual, a lei distingue varios supostos de terminación da relación laboral: o acordo mutuo (*mutuo acordo*); a finalización do tempo polo que foi contratado o traballador (*caducidade*); a extinción unilateral promovida polo traballador (con xusta causa ou sen ela), entre estas modalidades destaca o abandono do posto de traballo, que se define de forma xeral como a ausencia non autorizada ó traballo durante polo menos quince días; o despedimento promovido polo empresario, que ten que estar sempre xustificado por unha conduta do traballador que dá lugar ó incumprimento grave das súas responsabilidades e impide a continuación da relación laboral; o despedimento durante o período de proba, neste caso o empresario pode levar a cabo o despedimento do traballador en calquera momento e sen xustificación ningunha; a extinción da relación laboral por causas obxectivas de tipo económico, comercial, tecnolóxico ou estrutural e, por último, pola inadecuación do traballador ó posto de traballo.

No caso de que a extinción da relación laboral responda a causas subxectivas xustificadas, o empresario debe comunicar ó traballador a súa intención de despedirle, indicado os motivos en que se basea. O comité de empresa tamén ha de coñecer tal decisión e, no caso de que o traballador afectado sexa representante sindical, ha de enviarse copia ó sindicato correspondente. A partir do recibo da notificación, o traballador conta con cinco días para opoñerse ó despedimento. O empresario ha de aportar entón toda proba que, para tal efecto, sexa solicitada polo traballador. A documentación recompilada é enviada ó comité de empresa (e ó sindicato, cando sexa relevante) para que emita a súa opinión. Esta resolución comunícase ó empresario, tralo cal este pode darlle efecto ó despedimento.

Se se trata dun despedimento por causas obxectivas, o empresario ten que poñer en coñecemento do comité de empresa, ou do comité sindical en defecto de, a súa intención, indicando os motivos que o xustifican e o nome do traballador afectado. Dende tal notificación, o traballador e o comité de empresa dispoñen de quince días para opoñerse ou propoñer alternativas á decisión do empresario. Ademais poden solicitar á Inspección de traballo que interveña para avaliar as condicións do despedimento. O empresario, transcorridos cinco días, pode poñer fin á relación laboral comunicándollo ó traballador e indicando os motivos que xustifican a súa decisión.

Estes mesmos requisitos son esixidos para o despedimento por inadecuación ó posto de traballo. En ambos casos o período mínimo legal de notificación é de sesenta días, agás que se trate dun despedimento orixinado polo comportamento do traballador, situación na que a extinción do vínculo laboral producirase inmediatamente trala fin do

procedemento disciplinario. Nesta situación os períodos de notificación varían segundo o convenio colectivo aplicable.

En relación co despedimento colectivo, a lei defíneo como a extinción do vínculo contractual, por iniciativa do empresario, que afecta como mínimo a dous traballadores, nunha empresa con cincuenta ou menos empregados, ou a cinco como mínimo, nunha empresa con máis de cincuenta traballadores. As causas dos despedimentos son o peche da empresa, a clausura dunha ou máis unidades de produción, a redución dunha ou varias seccións de produción por causas estruturais, tecnolóxicas ou, en xeral, por motivos económicos (European industrial relations review, nº. 224, 1992).

Para levar a cabo un despedimento colectivo o empresario, en primeiro lugar, ha de comunicar a súa intención ó comité de empresa ou, en defecto de, ó comité sindical. Esta notificación debe de ir acompañada por unha explicación dos motivos económicos ou técnicos que aconsellan que se leve a cabo o despedimento. Ademais ha de indicar que seccións ou departamentos se ven afectados, que criterios se utilizaron para seleccionar ós traballadores que se pretende despedir e, en último lugar, que número de empregados se verán afectados pola medida. No caso de que os traballadores carezan dun organismo de representación na empresa, o empregador debe enviar esta notificación a cada traballador afectado que, no prazo de sete días, poden formar un comité de representación que non pode estar composto por máis de tres ou cinco membros, segundo que o despedimento afecte a cinco traballadores ou máis.

No prazo de quince días dende a data da notificación, comeza a fase de información e negociación entre o empresario e os representantes dos traballadores. Estas negociacións estarán arbitradas por un representante do Ministerio de Traballo que procurará que as medidas adoptadas sexan correctas e leven a un consenso entre as partes. Se no prazo de trinta días non existe acordo, o empresario debe informar por escrito ós traballadores indicando as medidas e a data de efectos do despedimento que non poderá ser adoptado antes de sesenta días. No caso de que non se notifique con tal antelación, a empresa pode indemnizar ós traballadores polos días que resten. Tamén ten que poñer isto en coñecemento do ministro de Traballo e do comité de empresa ou do comité sindical onde non exista o primeiro.

Os traballadores afectados contan cun prazo de cinco días dende a data da fin da relación laboral para solicitar a suspensión de tal medida e cun prazo de noventa días para solicitar que se declare ilícito.

3. A Lexislación positiva sobre o despedimento

a. Regulación do despedimento na Constitución portuguesa

A Constitución da República de Portugal de 2 de abril de 1974 na Parte I dedicada a Dereitos e Deberes Fundamentais, no Título II sobre Dereitos, Liberdades e Garantías, recolle o Capítulo III que se titula dos Dereitos, Liberdades e Garantías dos traballadores. En concreto o artigo 53 garante ós traballadores a seguridade no emprego e prohibe os despedimentos sen xusta causa ou por discriminación política ou ideolóxica.

Tamén dentro do texto constitucional o Título III sobre Dereitos e Deberes económicos, sociais e culturais, no Capítulo I, que se ocupa dos Dereitos e Deberes económicos, o artigo 58.1 enuncia de modo xeral o dereito de todos ó traballo e o artigo 59.1, e) reconece que os traballadores, sen distinción de idade, sexo, raza, cidadanía, territorio de orixe e conviccións políticas ou ideolóxicas, teñen dereito á asistencia material cando involuntariamente se encontren en situación de desemprego. No Capítulo II dedicado ós Dereitos e Deberes sociais, o artigo 63.3 *in fine* determina que o sistema de Seguridade Social ha de protexer ós traballadores en situacións de desemprego e en tódalas situacións de falta ou diminución de medios de subsistencia ou de capacidade para o traballo.

b. Regulación do despedimento na normativa ordinaria

i. Antecedentes

A *Lei dos despedimentos e da contratación por tempo determinado*, Decreto Lei 64-A/89 de 27 de febreiro de 1989, modificou substancialmente a anterior normativa sobre o despedimento en Portugal ó substituír ó antigo Decreto Lei 372-A/75.

O Decreto Lei de 1975 establecía como requisito básico para considerar lícito un despedimento a existencia dunha “xusta causa”. O concepto de xusta causa viña definido por unha lista sobre formas de mala conducta (desobediencia inxustificada, molestar a outros traballadores, etc), sen embargo non se incluían motivos como a falta de adaptación do traballador ós cambios tecnolóxicos ou a necesidade do empresario de extinguir postos de traballo por causas obxectivas de tipo económico, técnico, organizativo ou de produción.

En 1976, o artigo 53 da Constitución reitera a necesidade da “xusta causa” para que o despedimento sexa lícito. Nese mesmo ano promúlgase o Decreto Lei 78/76 que permite a extinción do contrato de traballo sen probar unha “xusta causa” sempre que nel se fixase unha data para a súa fin. Esta norma pretendía dar resposta ó excesivo desemprego e ás demandas de cambio que esixía a sociedade. O que ocorreu foi que o contrato con termo determinado, antes infrecuente, pasou a ser a forma usual de contratación.

A partir de 1979 os distintos gobernos intentan reformar a normativa laboral co fin de buscar un equilibrio entre a flexibilidade no despedimento e o uso do contrato de traballo por tempo determinado, con maiores restriccións para a súa utilización. O proxecto de lei (o quinto dende o 27 de febreiro) que pretendía aprobar o goberno recollía como posible causa de despedimento a ineptitude para o posto de traballo, o que, segundo os sindicatos, podía ter como consecuencia despedimentos selectivos sen causas obxectivas. Malia isto, o goberno elevou ó Parlamento este proxecto de lei e en abril aprobouse. As centrais sindicais recorreron perante o Tribunal Constitucional que o 26 de maio do mesmo ano declarou que esa norma violaba dereitos dos traballadores recollidos na Constitución (*European industrial relations review*, nº. 224, 1992). O goberno revisou o proxecto de lei e finalmente promulgouse o 28 de xuño de 1989. O Decreto Lei de 1989 respondía ás expectativas do goberno para eliminar a excesiva rixidez e protectionismo do dereito laboral portugués e adaptar a economía para o Mercado Único Europeo do que formaría parte en 1993. Así chegamos ó Decreto Lei 64-A/89 que na actualidade é a principal norma que regula o despedimento en Portugal. Esta lei ten

moita importancia porque establece como motivos de despedimento causas obxectivas de tipo económico, técnico, organizativo ou de produción. Esta norma complétase co Decreto Lei 400/91 de 16 de outubro de 1991 que regula de maneira específica a causa de fin do contrato por “inadaptación” do traballador ó posto de traballo.

ii. O Decreto Lei 64-A/89 de 27 de febreiro de 1989

A Exposición de Motivos da *Lei dos despedimentos e da contratación por tempo determinado*, Decreto Lei 64-A/89 de 27 de febreiro de 1989, destaca como obxectivos da norma conseguir un maior desenvolvemento económico do país para formar parte do Mercado Único Europeo, compatibilizar a seguridade e estabilidade no emprego coa modernización nos medios técnicos e reducir o número de contratos por tempo determinado.

Polo que atinxe ó réxime do despedimento, quere cambiar as antigas estruturas que impoñen obrigas ás empresas demasiado custosas e ríxidas que fan que, en moitos casos, periga a súa propia subsistencia.

A Lei respecta os principios constitucionais que prohiben o despedimento arbitrario e que aseguran a reincorporación do traballador despedido ilicitamente. Neste último caso a entidade empregadora debe pagar as retribucións vencidas ata a data da sentenza que declare a improcedencia da extinción do contrato de traballo. Sen embargo, esta cantidade restrinxirase en función de posibles remuneracións que reciba o traballador polo exercicio dunha actividade profesional posterior ó despedimento. O lexislador sinala que con esta medida se pretende evitar unha dobre protección e aproximar o máis posible o prexuízo sufrido e a indemnización. Para os representantes sindicais e os membros dos comités de empresa preveuse un réxime especial de protección e garantías específicas, como a prohibición de utilizar o proceso do despedimento para obstruír o seu labor de representación dos traballadores.

O punto máis destacable da Lei é a introducción de causas obxectivas relacionadas co funcionamento eficaz das empresas como xustificante para a extinción da relación laboral, aínda que sen descoidar a seguridade e estabilidade no emprego a través de garantías substantivas e procesuais para os traballadores.

Así, o despedimento colectivo aplicárase para procurar a viabilidade da empresa e, por suposto, en situacións de desequilibrio económico- financeiro. En atención á Directiva comunitaria 75/129/CEE, modificada pola Directiva 92/56/CEE, o proceso do despedimento colectivo estará protagonizado por empresarios e traballadores que se someterán a unha rolda de consultas e intentarán encontrar solucións e alternativas conxuntas ó despedimento.

Esta Lei elimina a autorización administrativa (antes requisito imprescindible no proceso de despedimento colectivo), sen prexuízo de que poida intervir a Administración de Traballo para conciliar os intereses de ambas partes implicadas.

Os problemas que xurdan resolveranse na xurisdicción laboral e non na administrativa (como ata agora); con isto preténdese dar maior protección ós traballadores polas garantías específicas deste procedemento.

A empresa ten que fixar os criterios segundo os cales seleccionará ós traballadores afectados polo despedimento colectivo, sen prexuízo do que dispoña a regulación específica do despedimento colectivo. Ademais o montante económico indemnizatorio debe de estar a disposición dos traballadores que pretende despedir.

A Lei tamén establece que se adoptarán mecanismos de financiamento (a través do sistema bancario) para as empresas que por dificultades económicas graves, non poidan cumprir cos requisitos para un proceso de despedimento colectivo; esta norma prevé a extinción da relación laboral en situacións de desaparición do posto de traballo.

A Exposición de Motivos remata sinalando que este réxime consagra garantías substantivas e procesuais para a defensa dos traballadores ó referirse ós límites que ten que respectar o empregador cando extingue a relación laboral.

No Capítulo I esta Lei enuncia os principios xerais da súa regulación. Así o artigo 1º establece que no seu ámbito de aplicación están incluídos tódolos contratos de traballo agás os que exclúa o Decreto Lei nº 49 408, de 24 de novembro de 1969, que aprobou o réxime do contrato individual de traballo.

O artigo 2º refírese á natureza imperativa desta lei. No apartado 1 sinala que, salvo disposición en contrario, este réxime legal non pode ser modificado ou alterado por instrumentos de regulación da negociación colectiva ou do contrato individual de traballo. A continuación, o apartado 2 é máis taxativo e revoca as disposicións actuais que regulen a negociación colectiva opoñéndose ó disposto nesta norma.

O artigo 3º enuncia as formas de extinción do contrato de traballo. No apartado 1 prohibíense os despedimentos sen xusta causa (en concordancia co artigo 53 da Constitución). No apartado 2 enuméranse as causas de remate da relación laboral que son o cumprimento do prazo do contrato de traballo, revogación por acordo das partes, despedimento promovido polo empresario con causas obxectivas ou subxectivas, a extinción do contrato promovida polo traballador, a rescisión por calquera das partes durante o período de proba, e, por último, a extinción dos postos de traballo por causas obxectivas de orde estrutural, tecnolóxico ou conxuntural relativas á empresa.

II. TIPOLOXÍA DAS EXTINCIÓNS

1. O cumprimento

No Capítulo II a Lei ocúpase da primeira causa de extinción da relación laboral que cita o artigo 3º, é dicir, o cumprimento do prazo do contrato de traballo. O artigo 4º establece que as causas do cumprimento son as xerais do dereito e, sendo máis concreto, sinala en primeiro lugar, cando se cumpra a data do contrato se se trata dun por tempo determinado regulado no capítulo VII. A letra b) refírese á imposibilidade sobrevida, absoluta e definitiva do traballador a prestar o seu traballo ou da entidade empregadora a recibilo. Na última letra sinala a xubilación ou a invalidez do traballador como causa de cumprimento do contrato.

En relación co cumprimento por vellez, o artigo 5º establece que se o traballador, sabéndoo el e o seu empregador, continua prestando os seus servizos nos trinta días

seguintes a cumprir a idade de xubilación, a súa relación laboral queda suxeita ó réxime definido polo artigo 44º sobre renovación do contrato, coas particularidades de que non ten que constar por escrito o prazo do contrato (como esixe o artigo 44º.1), a relación laboral estará en vigor durante seis meses, sendo renovable por períodos iguais e sucesivos, sen suxeición ós límites máximos do artigo 44º.2 (a renovación non pode realizarse máis de dúas veces e a duración do contrato, en tal caso, terá como límite tres anos consecutivos); por último, o cumprimento do contrato está suxeita ó aviso previo de sesenta días, se é por iniciativa do empresario, ou de quince días, se é por iniciativa do traballador. No apartado 2 este artigo sinala que cando o traballador cumpra setenta anos de idade e o seu contrato non se extinga segundo o artigo 4º c), este queda suxeito ó réxime do contrato por tempo determinado do Capítulo VII, aínda que coas especialidades enumeradas no apartado 1 c) deste artigo.

En relación co cumprimento do contrato por morte ou por extinción da entidade empregadora, o artigo 6º.1 sinala que a morte do empresario provoca a extinción do contrato de traballo, agás se os sucesores do falecido continúen a actividade para a que o traballador foi contratado ou se se verifica a transmisión do establecemento, neste caso aplícase o disposto no artigo 37º do Réxime Xurídico do Contrato Individual de Traballo, aprobado polo Decreto Lei 49 408, de 24 de novembro de 1969.

No caso de que non se verifique a transmisión, o apartado 2 deste artigo recoñece ó traballador o dereito a unha compensación económica correspondente a un mes de salario por cada ano de antigüidade ou a fracción correspondente, cantidade pola que debe de responder o patrimonio empresarial e extínguense os contratos segundo os termos anteriores.

O cumprimento, en termos xerais, constitúe un modo de extinción da relación laboral por forza de lei sen que sexa necesaria unha declaración de vontade que busque tal resultado. Unicamente en determinados casos será necesario emitir unha declaración que testemuñe determinado feito (declaración do peche definitivo da empresa ou unha declaración de invalidez definitiva do traballador).

A indemnización nos casos de cumprimento enténdese que é obrigatoria cando o feito que determina a extinción da relación laboral poida ser imputado á empresa. O Decreto Lei 64-A/89 incluso recoñece tal indemnización en situacións ás que o empregador é alleo, en concreto o artigo 6.1 refírese á extinción por morte do empresario individual e o artigo 6.2 establece que o traballador afectado terá dereito a unha compensación correspondente a un mes de remuneración por cada ano de antigüidade ou fracción, pola cal responde o patrimonio da empresa.

A extinción do contrato nos casos dos contratos a termo ou a prazo require unha mención especial. O principio xeral é que o termo resolutivo fai cesar os efectos do negocio xurídico a partir do momento en que tal prazo se cumpra (artigo 278 Código Civil portugués), polo tanto en Dereito laboral constitúe unha modalidade extintiva do contrato de traballo (LOBO: 1999, 468).

A Lei nº. 1952 de 10 de Marzo de 1937 referíase para os efectos dos contratos de traballo a termo no seu artigo 13 establecendo que “os contratos celebrados por un tempo determinado ou por un tempo necesario para executar certo servizo non poden, sen

xusta causa, ser denunciados unilateralmente antes de expirar o prazo convencional ou estar concluído o servizo”.

Con posterioridade a Lei do Contrato de Traballo de 24 de novembro de 1969 (Decreto Lei nº. 49 408), no seu artigo 10 recollía a posibilidade de que se estableceran contratos a termo, certo ou incerto, sempre que constase por escrito. O prazo máximo que establecía o artigo 108 da Lei era dun período de catro anos. No caso de que se cumprise o prazo fixado no contrato, segundo o artigo 100 a relación laboral extinguíase sen dereito a indemnización. Sen embargo, se unha das partes decidía poñer fin á relación laboral antes de que se esgotase o prazo do contrato, o artigo 110 obrigaba ó responsable a asumir unha indemnización polo valor das retribucións vencidas ata ese momento (LOBO, 1999: 469).

Máis tarde, co fin de flexibilizar o réxime dos contratos de traballo e dinamizar o mercado laboral trala prohibición de despedimento sen xusta causa, o Decreto Lei nº. 781/76, de 26 de outubro establece un réxime do contrato a termo con maior protección para o traballador que a Lei do Contrato de Traballo de 1969 pero extremadamente utilizada polos empresarios (calculábase que máis do setenta por cento dos contratos eran a termo) (LOBO, 1999: 469).

Esta Lei, que só permitía contratos de prazo determinado (artigo 1.1), distinguía entre contratos de duración igual ou superior a seis meses ou inferior a seis meses. Os primeiros podían celebrarse incluso para cubrir necesidades permanentes da empresa sempre que non pretenderan “eludir as disposicións que regulaban os contratos sen prazo determinado” (artigo 3.2); o contrato convertíase en indefinido ó pasar tres anos. Polo que atinxe ós de duración inferior a seis meses, estes podían celebrarse “cando se verificase a natureza transitoria do traballo a prestar, cando se trate dun servizo determinado ou dunha obra concretamente definida” (artigo 1.2). Ademais tiña que constar por escrito unha indicación “tan precisa como fora posible” (artigo 6.2) sobre o traballo a desempeñar. En caso de que faltase tal xustificación ou se considerase insuficiente, segundo o artigo 8.2, o contrato considerábase celebrado por seis meses.

Actualmente o Decreto Lei 64-A/89, que regula os contratos a termo nos artigos 41 ó 56 ambos incluídos, esixe unha motivación taxativa na extinción do prazo e ofrece unha ampla protección ó traballador. Os contratos a termo son o medio que ten a empresa para aumentar o seu número de empregados durante un tempo, transcorrido o cal o contrato extingúese, aínda que non automaticamente xa que é necesaria unha comunicación da empresa ó traballador expresando a súa vontade de non renovarlle o contrato. O artigo 41.1 enumera os casos nos que se admite o contrato a termo. Trátase dunha lista de supostos pechada que segundo LOBO non obedece a criterios precisos e o lexislador arríscase a deixar fora situacións igual de atendibles (LOBO, 1999: 469). Ademais, no apartado seguinte, a Lei pena coa nulidade ós contratos a termo celebrados fóra dos casos previstos no apartado 1. Ese mesmo autor establece dous grandes grupos de casos: os de carácter obxectivo e os de carácter subxectivo (LOBO, 1999: 469). No primeiro encóntranse a excepcional actividade da empresa (artigo 41.1,a), as actividades eventuais (artigo 41.1,b), a execución excepcional dunha tarefa ocasional ou servizo determinado definido con precisión e sen carácter duradeiro (artigo 41.1,d), o comezo dunha nova actividade de duración incerta e o inicio dunha empresa ou establecemento (artigo 41.1,e), os traballos de construción civil, obras públicas, montaxes

e reparacións industriais e outros de análoga natureza e temporalidade (artigo 41.1,f) e, por último, a realización de proxectos, incluíndo a concepción, a investigación, o endeurezo e a fiscalización, que non estean incluídos na actividade corrente da empresa (art. 41.1,g).

Os casos de carácter subxectivo non están ligados á oferta de emprego da empresa senón que teñen que ver coa especial promoción de emprego de certo tipo de desempregados. Neste grupo inclúense a substitución temporal do traballador que, por calquera motivo, non poida desempeñar as súas funcións ou se encontre pendente de xuízo en relación coa licitude do seu despedimento (artigo 41.1, a) e a contratación de traballadores en busca do seu primeiro traballo ou de desempregados de longa duración ou das nosas situacións previstas na lexislación especial de política de emprego (artigo 41.1, h).

Os requisitos formais prevense no artigo 42. A Lei esixe forma escrita, firma de ambas partes e indicacións que pretenden facilitar o control e o cumprimento dos requisitos substantivos e legais do contrato. Estas indicacións son o nome ou denominación e residencia ou sede dos contratantes, a categoría profesional ou funcións acordadas e a retribución do traballador, o local e o horario de traballo, a data de inicio do traballo, o prazo estipulado con indicación do motivo xustificativo ou, no caso de contratos de termo indeterminado, a actividade, tarefa ou obra a execución da cal se xustifique a respectiva colocación ou nome do traballador substituído e, en último lugar, a data de celebración do contrato. No apartado 2 sinálase que a falta de que figure a data de comezo da prestación de servizos, esta enténdese que será a do momento de celebración do contrato. A relación laboral terá carácter indefinido, segundo o apartado 3, no caso de que falte a redacción por escrito, a sinatura das partes, o nome ou denominación de ambas, a duración e o motivo que xustifique o contrato ou, de maneira simultánea, a data de inicio de prestación de servizos e a data de celebración do contrato.

No artigo seguinte prevese un período de proba de trinta días durante os que calquera das partes, sen xustificación, pode rescindir o contrato, sen que exista indemnización de ningún tipo. No apartado 2 o prazo de aviso previo redúcese a quince días no caso de contratos cun termo inferior a seis meses ou, no caso de que se trate de contratos de termo incerto, cando se prevexa que a duración do mesmo non vai ser superior a tal límite.

A Lei regula no artigo 55 a extinción do contrato no período de proba. Así establece que durante o período de proba, salvo acordo escrito en contrario, calquera das partes pode rescindir o contrato sen aviso previo e sen necesidade de invocar xusta causa, sen que haxa dereito a indemnización ningunha. No apartado 2 delimita a duración do período de proba. En primeiro lugar sinala unha duración de sesenta días para a xeneralidade dos traballadores ou, en empresas de vinte ou menos traballadores, noventa días; para os traballadores que exerzan cargos de complexidade técnica, elevado grao de responsabilidade ou funcións de confianza, o período de proba amplíase a cento oitenta días e, se se trata de persoa de alta dirección ou superior, elévase a douscentos corenta días. A duración do período de proba, en tódolos casos, pode ser reducida por convenio colectivo ou polo contrato individual de traballo (art.55.3).

A Lei, na sección II e sección III do Capítulo VII, distingue dúas especies de contrato a prazo, os de termo determinado e os de termo indeterminado. En relación cos primeiros, trátase de contratos previstos para durar un tempo determinado e terminar un día concreto, este prazo ten que figurar expresamente no contrato (artigo 44.1). Estes contratos poden ser renovados dúas veces como máximo, neste caso a duración do contrato renovado non poderá ser superior a tres anos consecutivos (artigo 44.2); ademais se considera como un único contrato aquel que sexa obxecto dunha renovación (artigo 44.4). Segundo o apartado 3 deste artigo, a duración do contrato nos casos de comezo dunha actividade ou un novo establecemento (artigo 41.1,e) non poderá ser superior a dous anos, haxa ou non renovación. No caso de que se excedan os límites de duración establecidos neste artigo, contando a antigüidade do traballador dende o inicio da relación laboral, o contrato convértese nun contrato indefinido (artigo 47).

Os contratos de tempo determinado poden estipularse en tódolos casos en que se admite o réxime de prazo, por un período igual ou superior a seis meses. No caso de contratos cun prazo inferior a seis meses, o artigo 45.1 limita a posibilidade de contratos por tempo determinado ós casos de substitución doutro traballador e de execución dunha tarefa ocasional ou servizo determinado definido e non duradeiro [art. 41.1, letras a) e d)]; no suposto de que se non sexa por estas razóns, o artigo 45.3 prevé que se considerará celebrado por seis meses. En todo caso, segundo o artigo 45.2, nos casos nos que se admita a celebración dun contrato por un tempo inferior a seis meses, a súa duración non pode ser inferior á prevista para a tarefa ou servizo a desempeñar.

A renovación pode estar prevista no contrato ou producirse automaticamente, cando o empresario non comunique, oito días antes de que remate o prazo estipulado, de forma escrita, a súa vontade de non renovoalo (art. 46.1 e 2). O cumprimento do contrato confire ó traballador o dereito a unha indemnización correspondente a dous días de salario por cada mes completo de duración (art. 46.3). A extinción, por motivo non imputable ó traballador, dun contrato de duración determinada que durase máis de doce meses, impide unha nova admisión, por tempo determinado ou indeterminado, para o mesmo posto de traballo antes de que transcorresen tres meses (art. 46.4).

En relación cos contratos por tempo indeterminado, sábese que ten que chegar un momento no que se concrete o termo, o que ocorre é que non se sabe concretamente cando ocorrerá. A duración do contrato será a necesaria para a substitución do traballador ausente ou a fin da actividade, tarefa ou obra cunha execución que xustifica a súa celebración (art. 49).

No artigo 48 sinálanse os supostos nos que se admite a celebración do contrato con termo incerto: no caso de substitución temporal dun traballador, actividades eventuais, de construción civil, obras públicas, montaxes, reparacións e desenvolvemento de proxectos especiais [art. 41.1, letras a), c), f), e g)].

O contrato caduca cando, sendo previsible a concorrencia do feito que marca o seu termo, a empresa o comunique ó traballador, cun aviso previo de sete, de trinta ou de sesenta días, segundo o contrato durase ata seis meses, de seis meses a dous anos, ou un período superior (artigo 50.1). A inobservancia deste aviso previo obriga á entidade empregadora ó pagamento dunha retribución correspondente ó período de aviso que falta (artigo 50.3). nos casos de actividades eventuais, de construción civil, obras públi-

cas, montaxes, reparacións e desenvolvemento de proxectos especiais [art. 41.1, letras c), f) e g)] que dean lugar á contratación de varios traballadores, este aviso previo ten que facerse sucesivamente, a partir da verificación da diminución gradual da respectiva ocupación, como consecuencia da normal redución da actividade, tarefa ou obra para a que foron contratados (art. 50.2). En todo caso, segundo o artigo 50.4, a extinción do contrato confire ó traballador o dereito a unha indemnización correspondente a dous días de salario por cada mes completo de duración da relación laboral.

O contrato convértese en indefinido se o traballador continua prestando os seus servizos transcorrido o prazo de aviso previo ou, a falta deste, pasados quince días dende a terminación da actividade, servizo ou obra para a que fose contratado ou dende o regreso do traballador substituído (art. 51.1). Para o cómputo dos prazos anteriores ha de terse en conta a antigüidade do traballador dende o inicio da relación laboral (art. 51.2).

A Sección IV refírese a disposicións comúns para ambas formas do contrato a termo. O artigo 52.1 determina para estes contratos a aplicación das cautelas xerais establecidas para a extinción dos contratos. No caso de que a extinción se declare ilícita, por tanto sen xusta causa, o empresario será condenado a pagar as retribucións que o traballador deixou de percibir dende a ruptura da relación laboral ata o termo certo ou incerto estipulado ou ata a data da sentenza, se aquel termo era posterior (art. 52.2,a); en todo caso deste montante han de deducirse as cantidades procedentes de rendementos de traballo por actividades iniciadas con posterioridade á extinción do contrato (art. 52.3). Nestes casos de extinción ilícita, segundo o artigo 52.2,b), o empresario deberá readmitir ó traballador, sen prexuízo da súa categoría, no caso en que o termo do contrato sexa posterior á sentenza.

No suposto de extinción con xusta causa por iniciativa do traballador, este ten dereito a unha indemnización correspondente a mes e medio de salario por cada ano de antigüidade ou fracción, ata o límite do valor das remuneracións vencidas (art. 52.4). Se a extinción se promove polo traballador pero sen xusta causa, este debe de avisar previamente ó empresario cunha antelación de trinta días, se o contrato tivese unha duración igual ou superior a seis meses, ou de quince días, se o contrato tivese unha duración inferior (art. 52.5). No caso de contratos de termo incerto, para o cálculo do aviso previo atenderase ó tempo de duración efectiva do contrato (art. 52.7). Se o traballador incumpre estes prazos ha de aboar á entidade empregadora, en concepto de indemnización, o valor da remuneración correspondente ó período de aviso previo que falte.

Por outro lado, ata o termo da vixencia do respectivo contrato, o traballador ten dereito preferente para incluírse no cadro de traballadores indefinidos, antes que se proceda á contratación de persoal externo á empresa para o exercicio de funcións idénticas a aquelas para as que foi contratado. No caso de non respectar esta preferencia, a empresa deberá de aboar ó traballador unha indemnización correspondente a mes e medio de salario (art. 54).

En todo caso, o empresario está obrigada a comunicar ó comité de empresa, no prazo de cinco días hábiles, a admisión de traballadores en réxime de contrato a termo, baixo pena de multa [arts. 53.1 e 60.1,a)].

2. A revogación por acordo das partes

A revogación por mutuo acordo do contrato de traballo está contemplada na regulación laboral portuguesa dende a Lei do Contrato de Traballo (Decreto Lei nº. 49 408) de 24 de novembro de 1969.

Actualmente o Capítulo III do Decreto Lei 64-A/89, de 27 de novembro é o que se ocupa da extinción da relación laboral por acordo de ambas partes implicadas, empresario e traballador. Segundo LOBO a revogación é unha manifestación do principio de vontade: así como a partes se puideron vincular libremente ás obrigas contractuais, do mesmo modo eles mesmos poden poñerlle fin cunha declaración negocial neste sentido (LOBO, 1999: 473).

O artigo 7º límítase a recoñecer esta posible forma de extinción do contrato e remíttese ó artigo seguinte para a súa regulación.

O artigo 8º esixe que este acordo ha de constar nun documento asinado por ambas partes e cada un se quedará cunha copia do mesmo. En dito documento ha de constar expresamente a data de celebración do acordo e a do inicio da produción dos respectivos efectos. As partes poden acordar, en ese mesmo instrumento, outros efectos, sempre que non sexan contrarios á lei. Así ocorre que moitas veces, co fin de evitar o procedemento do despedimento, o traballador está motivado en consentir unha revogación pola promesa dunha indemnización por parte do empresario. Isto é o que denomina LOBO “un despedimento negociado” (LOBO, 1999: 473).

O apartado 4 contempla a posibilidade de que no acordo (conxuntamente con este ou noutro documento) as partes establezan unha compensación económica para o traballador que se entenderá que consiste, agás disposición legal en contrario, nos créditos liquidados e vencidos na data de cesación do contrato ou esixibles en virtude desta cesación.

En ocasións, o acordo de revogación enmascara unha xubilación anticipada. Isto soe ocorrer cando as empresas contan con instrumentos propios que incentivan a xubilación (concesión de pensións complementarias de xubilación, normalmente xestionados por Fondos de Pensións) (LOBO, 1999: 473). Nestes casos a extinción do vínculo laboral ten como obxectivo obter a xubilación pola empresa. A xubilación está así aparelada ó acordo rescisorio que determina a cesión do vínculo ata entón existente (LOBO, 1999: 474). Con isto prodúcese un efecto novatorio, xa que a intención das partes se dirixe directamente á substitución (como recolle o Código Civil portugués no seu artigo 857) da relación laboral pola nova situación de xubilación (LOBO, 1999: 476). En realidade trátase de que o traballador opte pola vía da xubilación motivado por este “premio” que lle concede a empresa.

En relación coa prexubilación ocorre algo similar. Ata o ano 1991 a lei só contemplaba vantaxes fiscais e parafiscais. Co Decreto Lei nº. 261/91, de 25 de xuño regulouse esta figura de maneira bastante completa (LOBO, 1999: 477). A prexubilación defínese no artigo 3 deste Decreto Lei, como a situación de suspensión ou redución da prestación de traballo por acordo de ambas partes, na que o traballador con idade superior ou igual a cincuenta e cinco anos mantén o dereito a recibir do empresario unha prestación

pecuniaria mensual. O traballador pode desempeñar outro oficio ou negocio propio (art. 5.2), aínda que atendendo á boa fe non debería entrar en concorrencia coa entidade empregadora (LOBO, 1999: 478).

3. O despedimento con causa obxectiva: eliminación do posto de traballo

Na sección II do Capítulo V regúlase a extinción do contrato de traballo por supresión do posto de traballo. Neste mesmo Capítulo, a sección I ocúpase do despedimento colectivo, o que revela un paralelismo entre ambas modalidades de despedimento, coa diferenza do número de traballadores que se ven afectados (LOBO, 1999: 514).

A lei refírese en concreto á extinción do posto do posto de traballo como causa obxectiva de despedimento. O art. 26.1 establece que a extinción do posto de traballo por motivos económicos ou de mercado, tecnolóxicos ou estruturais relativos á empresa, determina a cesación da relación laboral. Enténdese que existen motivos económicos ou de mercado cando hai unha efectiva redución da actividade da empresa provocada pola diminución da venda de bens ou servizos pola imposibilidade sobrevida, práctica ou legal, de colocar eses bens ou servizos no mercado. En relación cos motivos tecnolóxicos, trátase de alteracións nas técnicas ou nos procesos de fabricación ou automatización dos equipos de produción, de control ou de movemento de cargas, como información de servizos ou automatización dos medios de comunicación. Por último, os motivos estruturais son o cambio de actividade ou substitución de produtos principais e o peche definitivo da empresa, ou de varias seccións que provoque un desequilibrio económico- financeiro por cambio de actividade ou por substitución de produtos principais (art. 26.2).

Con esta regulación o lexislador non pretende establecer causas taxativas de xustificación do despedimento, senón que pretende dar unha cobertura xeral segundo a necesidade de postos necesarios na empresa atendendo á realidade económica da mesma. O tribunal ten que verificar que os motivos alegados pola empresa para a rescisión do contrato son certos, aínda que respectando os límites que impón o propio poder de dirección empresarial (LOBO, 1999: 520).

A extinción do contrato de traballo polas causas anteriores só pode ter lugar dende que, acumulativamente, se dean os requisitos que establece a lei no art. 27. Estes son, en primeiro lugar, que os motivos invocados non sexan imputables á culpa do empresario ou do traballador (art. 27.1, a). A xustificación desta causa é que se a culpa da extinción se imputa á empresa, esta non poderá extinguir o posto de traballo; se se debe ó traballador, o despedimento que procede terá carácter disciplinario (LOBO, 1999: 515).

O segundo motivo que cita o art. 27.1,b) é que sexa practicamente imposible a subsistencia da relación de traballo. A continuación, no apartado 3 deste mesmo artigo sinala que a subsistencia da relación de traballo se volve practicamente imposible dende que, extinguido o posto de traballo, a entidade empregadora non dispoña doutro que sexa compatible coa categoría do traballador ou, existindo este, aquel non acepte a alteración do obxecto do contrato de traballo.

O terceiro requisito é que non se verifique a existencia de contratos a termo para as tarefas correspondentes ás do posto de traballo extinguido (art. 27.1,c). Con este pre-

cepto ponse de manifesto a preferencia da Lei por contratos de tempo indefinidos (LOBO, 1999: 516).

En cuarto lugar, o art. 27.1, d), recalcando o obvio, refírese a que non sexa aplicable o réxime do despedimento colectivo.

En último lugar, condiciónase a validez do despedimento á posta a disposición do traballador da indemnización correspondente (art. 27.1,d).

No apartado 2 deste mesmo artigo establécense os criterios que terá que observar a empresa, polo orde que establece a lei, co fin de concretar o posto de traballo a extinguir cando exista unha sección ou estrutura equivalente cunha pluralidade de postos de traballo de contido funcional idéntico. En primeiro lugar, a menor antigüidade no posto de traballo, o seguinte é a menor antigüidade na categoría profesional, en terceiro lugar, a categoría profesional de clase inferior e, por último, a menor antigüidade na empresa. Con estes criterios obxectivos e de fácil control, o lexislador pretende evitar que o empresario poida extinguir ó seu antollo a relación laboral cun traballador concreto.

O proceso de despedimento comeza cunha comunicación escrita da entidade empregadora ó comité de empresa ou, en defecto de, ó comité sindical ou intersindical respectivo, sobre a súa necesidade de extinguir o posto de traballo e, en consecuencia, a rescisión do contrato laboral do traballador que o ocupe (art. 28.1). Os traballadores que nos tres meses anteriores á data desta comunicación fosen trasladados a un determinado posto de traballo que é extinguido, teñen dereito a recuperar o posto de traballo anterior, con garantía da mesma remuneración, agás que este tamén fose extinguido (art. 27.3).

Os traballadores afectados pola extinción do posto de traballo de que se trate tamén teñen que recibir comunicación escrita da empresa, ó igual que o sindicato representativo dos mesmos, cando sexan representantes sindicais (art. 28.2). A comunicación á que se refiren os apartados 1 e 2 deste artigo 28, debe de ir acompañada da indicación dos motivos invocados para a extinción do posto de traballo, con identificación da sección ou unidade equivalente ás que afecta e das categorías profesionais dos traballadores afectados.

No prazo de quince días o comité de empresa poderá deducir oposición fundamentada na non verificación dos motivos invocados ou dos requisitos necesarios, ou cando non fose respectado o proceso de selección legalmente previsto (art. 29.1). Tamén poderá propoñer alternativas para atenuar os efectos do despedimento. Dentro do mesmo prazo, os traballadores afectados poden contestar ó seu despedimento (art. 29.2).

A Inspección de Traballo, a petición do comité ou dos traballadores concretos, pode intervir para fiscalizar os criterios de selección social e comprobar a inexistencia de contratos a termo ou dun proceso de despedimento colectivo (art.29.3). A Inspección de Traballo, no prazo de sete días, dende a data de recepción do requirimento para que interveña nos termos anteriores, elaborará un informe sobre a materia suxeita á súa fis-

calización, o cal será enviado a quen reclamou os seus servizos e á entidade empregadora (art. 29.4).

No art. 30.1 establécese que transcorridos cinco días dende o prazo de quince ó que se refire o artigo anterior, o empresario comunicará por escrito ó comité de empresa ou, en defecto de, ó comité sindical ou intersindical e, obviamente, ó traballador afectado a súa decisión fundamentada explicando o motivo da extinción do posto de traballo. Ademais explicará que se verifican os requisitos previstos nas letras a) e d) do art. 27, xustificando a inexistencia de alternativas á cesación do posto de traballo extinguido ou a mención da recusación da aceptación das alternativas propostas. Tamén indicará a cantidade da compensación económica, o lugar e a forma de pagamento, a proba de que obedeceu o criterio de selección, se houbo oposición en canto ás prioridades dos traballadores a despedir e, en último lugar, ten que indicar a data da extinción do contrato. Esta decisión tamén ha de comunicarse, mediante copia ou transcripción, ós servizos rexionais da Inspección de Traballo (art.30.2).

O artigo 33.1 establece que o traballador pode pedir a suspensión xudicial da extinción do contrato no prazo de cinco días hábiles, contados dende a recepción da comunicación fundada da empresa sobre a decisión de extinguir o seu contrato.

No caso de que a extinción non se axuste á lei, esta, en lugar de referirse á ilicitude, fala directamente de “nulidade”, aínda que o artigo 32.3 di que as consecuencias xurídicas serán as previstas no artigo 13 para o despedimento declarado ilícito.

Así, a “nulidade” da extinción do contrato de traballo só pode ser declarada polo tribunal, a través dunha acción promovida polo traballador con ese fin (art. 32.2). O tribunal entrará a valorar a extinción do contrato de traballo verificando se existe algún vicio en relación coa existencia do fundamento invocado, se faltan os requisitos previstos no art. 27.1, se se violaron os criterios legais para a selección do posto afectado tal e como recolle o art. 27.2, se faltan as comunicacións previstas no art.28, así como a ausencia do pagamento da indemnización correspondente á que se refire o art. 31. O tribunal, xa que logo, ha de controlar que a decisión está fundada en dereito e non é arbitraria, sen embargo non ha de entrar a valorar se a xestión empresarial é ou non a máis correcta. Non é de apreciación xudicial, ó contrario que ocorre noutras lexislacións, unha ponderación concreta entre as vantaxes da empresa pola extinción do posto de traballo e a situación do traballador despedido, nos termos dun xuízo de adecuación. Os cadros de referencia da iniciativa da empresa son as do interese xeral no mantemento do nivel de estabilidade no emprego e, polo tanto, do conxunto dos empregados (LOBO, 1999: 520).

A Lei contempla para o traballador despedido unha específica tutela co fin de minorar os prexuízos pola perda do seu posto de traballo. O artigo 31 en relación con estes dereitos dos traballadores remítese ó disposto nos artigos 21, 22 e 23.1 e 2 desta Lei, que tratan esta cuestión para os casos de despedimentos colectivos. En primeiro lugar estaría o aviso previo co que se pretende dar tempo ó traballador para preparar a súa saída da empresa e comezar a buscar un novo traballo. O período mínimo é de sesenta días, aínda que o empresario pode obvalo, neste caso ha de indemnizar ó traballador polo tempo que reste (art. 21). Co fin de que o traballador poida encontrar outro emprego, ten dereito a un crédito horario de dous días de traballo por semana que o traballa-

dor distribuíra segundo o seu criterio, aínda que comunicándollo previamente ó empresario (art. 22).

En segundo lugar a lei establece unha indemnización para o traballador despedido correspondente a un mes de salario por cada ano de antigüidade ou fracción correspondente, non podendo ser inferior a tres meses (art. 13.3, por remisión do art. 23.1). No artigo 32.1, d) establécese unha especial garantía de percepción desta indemnización, ó considerar ilícito o despedimento cando esta cantidade non se poña a disposición do traballador, incluso no prazo de aviso previo.

En último lugar, se durante o período de aviso previo que lle deu o empresario, o traballador encontra outro traballo, este rescinde o seu contrato, avisando con só tres días de antelación, sen que por isto perda o seu dereito á indemnización que lle corresponde (art. 23.2).

4. O despedimento por inadaptación ó posto de traballo

Este tipo de despedimento foi regulado no Decreto Lei nº.400/91, de 16 de outubro. Trátase dunha norma independente, aínda que complementaria, da Lei dos Despedimentos que é o Decreto Lei 64-A/89, de 27 de febreiro, na que se regulan as demais formas de extinción da relación laboral.

A Lei do Contrato de Traballo de 1969 recolleu, da Lei nº1952, que a inadaptación do traballador para as funcións encomendadas supón causa de despedimento. Despois tanto o Decreto Lei nº372-A/75, de 25 de xuño, como o Decreto Lei nº84/76, de 28 de xaneiro, admitían o despedimento por unha manifesta inadaptación e imposibilidade de preparación do traballador ás modificacións tecnolóxicas que afectan ó posto de traballo. Dende 1976 deixou de ter cabida este motivo como causa de despedimento ata o actual Decreto Lei nº400/91.

O artigo 1 fai un recoñecemento xenérico da inadaptación ó posto de traballo como causa válida para a extinción do contrato de traballo. É no artigo seguinte onde o lexislador describe as situacións de inadaptación ou circunstancias nas cales a forma do traballador de exercer as súas funcións fagan practicamente imposible a subsistencia da relación de traballo. A inadaptación está constituída por algunha das situacións obxectivas que describe o artigo 2.1: a redución reiterada da produtividade, avarías reiteradas nos medios afectos ó posto de traballo e, por último, riscos para a seguridade e a saúde do propio ou restantes traballadores ou, en xeral, de terceiros. No apartado 2 a lei refírese a traballadores que ocupen cargos de alta dirección, no sentido de que existe inadaptación ó posto de traballo cando non fosen cumpridos os obxectivos previamente fixados e formalmente aceptables.

Para que sexa posible a extinción do contrato de traballo cómpre que, acumulativamente, se dean as condicións que fixa o artigo 3.1. Estas son: que fosen introducidas modificacións no posto de traballo resultantes de novos procesos de fabricación, de novas tecnoloxías ou equipos baseados en diferente ou máis complexa tecnoloxía; tales innovacións han de producirse nun período de seis meses anteriores á comunicación da empresa ós organismos representantes dos traballadores da necesidade de extinguir o contrato de traballo (a esta comunicación refírese o art.4.1). En segundo lugar, que fose

subministrada a formación profesional adecuada ás modificacións introducidas no posto de traballo, suficiente para superar un control pedagóxico da autoridade competente ou da entidade por esta acreditada. Ademais é necesario que se facilitara ó traballador, despois desta formación, un período de adaptación suficiente no posto de traballo; no apartado 3 deste mesmo artigo, a lei considera período suficiente de adaptación ó que teña unha duración igual á metade do número de horas de formación subministrada. En cuarto lugar, que a empresa non dispoña doutro posto de traballo que sexa compatible coa cualificación profesional do traballador ou, de existir este, aquel non acepte a alteración do obxecto do contrato de traballo. É preciso que esta situación de inadaptación non veña determinada pola falta de condicións de seguridade, hixiene e saúde no traballo imputable á entidade empregadora; por último, que sexa posta a disposición do traballador a indemnización correspondente.

En relación coa extinción de contrato de altos directivos á que se refire o artigo 2.2, esta só pode ter lugar dende a introducción de novos procesos de fabricación, de novas tecnoloxías ou de equipos baseados nunha diferente ou máis complexa tecnoloxía que implique a modificación nas funcións relativas ó posto de traballo que ocupa e, aínda así, ha de verificarse que a inadaptación non se debe a falta de condicións de seguridade, hixiene e saúde no traballo imputables á empresa e que se puxo a disposición do traballador a indemnización correspondente.

No apartado 4 deste mesmo artigo trátase o caso de traballadores que, nos tres meses anteriores á data da comunicación da extinción do seu contrato (á que se refire o art.4.1), fosen trasladados para ocupar un posto de traballo en relación co cal se verificou a inadaptación, teñen dereito a recuperar o posto de traballo anterior, con garantía do mesmo salario, salvo que este se extinguiuse.

En realidade, se poñemos en relación as situacións de inadaptación e as condicións para a extinción do contrato de traballo, observamos que non se trata de causas obxectivas nin puramente subxectivas, senón que está interrelacionado co posto de traballo e co traballador concreto, sendo necesario que haxa unha modificación recente do posto de traballo resultante de novos procesos de fabricación, de novas tecnoloxías ou de novos equipamentos e unha inadaptación do traballador a ese posto de traballo (LOBO, 1999, 523).

En relación co proceso do despedimento, o artigo 4, apartado 1 e apartado 2, establece que para os efectos previstos nos artigos anteriores, a empresa debe de comunicar, por escrito, ó traballador e ó comité de empresa ou, en defecto de, ó comité inter-sindical ou sindical respectivo, a necesidade de extinguir o contrato de traballo. A comunicación deberá de ir acompañada da indicación dos motivos invocados para a cesación do contrato, a indicación das modificacións introducidas no posto de traballo, dos resultados da formación subministrada e do período de adaptación concedido e, en último lugar, a empresa ha de indicar a inexistencia dun posto de traballo vacante que sexa compatible coa cualificación profesional do traballador [art.4.3, a), b) e c)].

Dentro do prazo de quince días dende a comunicación anterior, a estrutura representativa dos traballadores debe emitir a súa consideración sobre os motivos invocados para a extinción do contrato (art.5.1). Nese mesmo prazo o traballador pode opoñerse á extinción contractual ofrecendo os medios de proba que considere pertinentes (art.5.2).

Transcorridos cinco días, en caso de extinción do contrato de traballo, a empresa emitirá a súa decisión fundamentada por escrito, na que constará (art. 6.1): o motivo da extinción do contrato de traballo, a confirmación dos requisitos (modificación no posto de traballo por innovacións tecnolóxicas nos últimos seis meses), a existencia de condicións de adaptación (accións de formación e período de adaptación), a inexistencia de posto de traballo alternativo, a indicación do montante da indemnización e do lugar e a forma de pagamento e, por último, a data de extinción do contrato. No apartado 2 do artigo 6 establécese a obriga de comunicar esta decisión ó traballador, ó comité de empresa e, se é o caso, ó sindicato representativo do afectado; tamén procederá comunicación ós servicios rexionais da Inspección de Traballo.

A ilicitude do despedimento só pode ser declarada por un tribunal en acción intentada polo traballador con esta finalidade (art.8.2). O tribunal, para apreciar a ilicitude da extinción contractual, ha de ter en conta a inexistencia do fundamento invocado, a falta dos requisitos (modificacións do posto de traballo por motivos tecnolóxicos, a concesión da compensación debida e de oportunidades de formación, de adaptación ó traballo en condicións adecuadas, a inexistencia de posibilidades doutro emprego) e a ausencia de comunicacións (art. 8.1). O traballador tamén pode pedir unha providencia cautelar de suspensión xudicial do despedimento no prazo de cinco días útiles dende a comunicación do despedimento (art. 9.1). Segundo o apartado 2 do artigo 9, esta providencia cautelar segue os termos prescritos para o despedimento con xusta causa, porque debe ser decretada se o xuíz verifica a falta de existencia do proceso necesario ou das formalidades esenciais, ou se, valoradas as circunstancias relevantes, se pode concluír, con alta probabilidade, que non existen os fundamentos invocados ou outros requisitos legalmente previstos. Ademais outro modo de protección do traballador despedido é que as accións de impugnación do despedimento que se leven a cabo por representantes sindicais ou membros do comité teñen natureza urxente (art. 8.4).

A empresa, sen embargo, na acción de impugnación xudicial da extinción da relación laboral, a penas pode invocar feitos distintos dos referidos no artigo 6, imputándoselle a proba dos mesmos (art.8.3).

A Lei remítase ó artigo 13 do Decreto Lei nº64-A/89, de 27 de febreiro, sobre o réxime xurídico da extinción do contrato individual de traballo e do cumprimento do contrato a termo, para determinar as consecuencias da ilicitude do despedimento. Estas son o pagamento das retribucións deixadas de percibir polo traballador dende a data do despedimento ata a data da sentenza e a reintegración do traballador na empresa, salvo que este optase pola indemnización correspondente.

A Lei intenta diminuír os inconvenientes causados ó traballador pola perda do seu posto de traballo por causas de inadaptación. Así intenta que se poña á súa disposición un emprego compatible coa súa categoría profesional e, en caso de que non sexa posible e se produza o despedimento, este ten que ir precedido de aviso e de posta a disposición das indemnizacións debidas xa que o traballador despedido por inadaptación ten o mesmo sistema de protección que o que ve extinguido o seu posto de traballo (art.7 que se remite ós artigos 21, 22, 23.1.2.3 e artigos 57 e 58 do Decreto Lei nº64-A/89, de 27 de febreiro).

5. O despedimento disciplinario

En Portugal o despedimento disciplinario denomínase “despedimento con xusta causa subxectiva”. En todo caso, trátase dunha extinción do vínculo laboral fundada nun incumprimento culposo do traballador ou noutra situación de igual gravidade, na que o empresario, ó ser a parte contractual lesionada, pode poñer fin inmediatamente ó contrato, sen necesidade de aviso previo nin obriga de pagar calquera tipo de indemnización ó despedido (LOBO, 1999, 490).

O artigo 9 do Decreto Lei nº. 64-A/89, de 27 de febreiro recolle expresamente esta forma de cesación do vínculo baseada no incumprimento culposo ou noutra situación grave que provoque o traballador. Polo tanto non se trata da “xusta causa” á que se refire o artigo 53 da Constitución portuguesa. Esta xusta causa “subxectiva” prodúcese ante unha situación anormal na que a única saída é a extinción da relación laboral. Os despedimentos fundados sobre esta base son extraordinarios e non representan máis ca unha minoría.

A xusta causa así entendida presenta dúas perspectivas. A negativa, en tanto que constitúe un medio de extinción da relación laboral, é dicir, unha maneira de rematar coa viabilidade futura do contrato de traballo. A perspectiva positiva, porque dende unha óptica disciplinar, convértese en fundamento de exercicio do poder empresarial (do *ius puniendi* do empresario). De tódolos xeitos, o criterio básico da xusta causa vén determinado pola imposibilidade práctica e inmediata da relación de traballo.

Malia que LOBO fala da xusta causa como unha cláusula xeral ou de concepto incerto, este mesmo autor destaca o intento do lexislador por clarificar situacións nas que existe xusta causa (LOBO, 1999: 491). En primeiro lugar a lei refírese a “un comportamento culposo do traballador” e ademais ha de tratarse dun “comportamento que pola súa gravidade e consecuencias” converta “inmediata e practicamente imposible a subsistencia da relación de traballo”. A imposibilidade práctica e inmediata tradúcese nun modo sintético de referirse a unha situación na que a emerxencia do despedimento ten un interese preeminente sobre as garantías do despedimento (LOBO, 1999: 494). Isto é así porque cando o empresario fai valer a rescisión por xusta causa, queda desvinculado totalmente da relación laboral sen que o traballador poida facer valer unha protección ordinaria como é o aviso previo ou a indemnización.

No artigo 9.2 exemplifícanse comportamentos do traballador que constitúen xusta causa de despedimento. Son:

- a) A desobediencia ilexítima das ordes dos superiores;
- b) Violación dos dereitos e garantías dos traballadores da empresa;
- c) Provocación repetida de conflitos con outros traballadores da empresa;
- d) Desinterese repetido polo cumprimento, coa dilixencia debida, das obrigas inherentes ó exercicio do seu cargo ou posto de traballo;
- e) Grave lesión dos intereses patrimoniais da empresa;

f) Práctica intencional, no ámbito da empresa, de actos lesivos da economía nacional;

g) Faltas non xustificadas ó traballo que determinen directamente prexuízos e riscos graves para a empresa ou, independente de calquera prexuízo ou risco, cando o número de faltas inxustificadas, en cada ano, sexa superior a cinco seguidas ou dez interpoladas;

h) Falta culposa da observación das normas de hixiene e seguridade no traballo;

i) No ámbito da empresa, prácticas de violencia físicas, de inxurias ou outras ofensas penadas pola lei sobre traballadores da empresa, elementos sociais da entidade patronal non pertencentes ós mesmos órganos, os seus delegados ou os seus representantes;

j) Secuestros e en xeral crimes contra a liberdade das persoas referidas na letra anterior;

k) Incumprimento ou oposición ó cumprimento de decisións xudiciais ou actos administrativos definitivos ou executorios;

l) Reducións anormais da produtividade do traballador;

m) Falsas declaracións relativas á xurisdicción de faltas.

Para que un despedimento inmediato sexa válido non é suficiente que a conducta descrita se encadre nun destes supostos porque non conteñen unha especificación dos graos e intensidade dos acontecementos concretos. Así, é importante valorar a frecuencia dos actos reprochados e a gravidade dos prexuízos causados.

En relación co proceso do despedimento, este comeza cunha notificación escrita da empresa ó traballador, na que lle comunica que ha incorrido en determinadas infraccións e a súa intención de proceder ó despedimento. Ademais a empresa ha de xuntar unha descrición das circunstancias e os feitos que lle son imputables e que poñen de manifesto a culpa do traballador, a “nota de culpa” (art. 10.1). É moi importante que a “nota de culpa” teña carácter descritivo xa que isto posibilita a defensa do traballador. Na mesma data, a entidade empregadora enviará copia de ambos documentos ó comité de empresa e, en caso de que o traballador afectado sexa representante sindical, ó sindicato correspondente (art. 10.2 e 3). O prazo legal para exercer o poder disciplinar é de sesenta días dende que se cometa a infracción segundo o artigo 31.1 da Lei do Contrato de Traballo (Decreto Lei nº49 408, de 24 de novembro de 1969). Este período suspéndese cando o empresario comunica ó traballador as circunstancias e os feitos que lle son imputables, así como a apreciación da súa culpa en tales acontecementos (art.11).

O traballador dispón de cinco días hábiles, dende que recibe a comunicación, para responder á “nota de culpa”, a través dun escrito cos elementos que considere relevantes para o esclarecemento dos feitos e a súa participación nos mesmos, podendo xuntar documentos e solicitar as dilixencias probatorias que se consideren pertinentes para

chegar á verdade (art. 10.4). Pola súa parte, a empresa directamente ou a través de instructor que teña nomeado, procederá obrigatoriamente ás dilixencias probatorias requiridas polo traballador no seu escrito de defensa, a non ser que as considere patentemente dilatorias ou impertinentes, debendo, nese caso, alegalo de maneira fundamentada e por escrito (art. 10.5). A propia lei establece un máximo de tres testemuñas por cada feito descrito na “nota de culpa” e de dez en total (art. 10.6).

Concluídas as dilixencias probatorias, ha de notificarse copia integral das mesmas ó comité de empresa e, no caso de que se trate dun traballador que é representante sindical, ó sindicato respectivo, que pode, no prazo de cinco días hábiles, xuntar ó proceso o seu criterio fundamentado (art. 10.7). Transcorrido ese prazo, a empresa dispón de trinta días para emitir a decisión que ha de estar fundamentada e constar en documento escrito (art. 10.8). nesta decisión deben de ponderarse as circunstancias do caso, a adecuación do despedimento ó a culpa do traballador, así como o criterio que expuxera o comité de empresa. Non poden ser invocados feitos que non se recollan na “nota de culpa”, nin referidos na defensa escrita do traballador, salvo que atenúen ou dirimen a responsabilidade (art. 10.9). A decisión fundamentada debe ser comunicada, por copia ou transcripción, ó traballador, ó comité de empresa e, no caso de que se trate dun traballador que é representante sindical, ó sindicato correspondente (art.10.10).

A empresa, coa nota de culpa, pode suspender preventivamente ó traballador, sen perda de retribución. Se se trata dun representante sindical ou membro do comité de empresa, a suspensión non obsta a que este poida ter acceso ós locais e ás actividades que abrangan o exercicio normal destas funcións (art. 11.1 e 2).

O traballador, no prazo de cinco días hábiles dende a recepción da decisión do artigo 10.10, pode requirir xudicialmente a suspensión do despedimento (art. 14), que será decretada polo tribunal se ó oír ás partes e ponderadas as circunstancias conclúe que o proceso é nulo ou que non existe xusta causa de despedimento (arts. 38 a 45 do Código do Proceso do Traballo portugués). No caso de que o traballador despedido sexa representante sindical ou membro do comité de empresa, a suspensión só será decretada se o tribunal pode constatar unha seria probabilidade de que se verifique xusta causa para o despedimento (art. 14.3).

A ilicitude do despedimento só pode ser declarada polo tribunal en acción promovida polo traballador (art. 12.2). As accións de impugnación de despedimento de representantes sindicais ou de membros do comité de empresa teñen natureza urxente (art.12.6). O despedimento é ilícito se non estivo precedido polo proceso respectivo ou este fose nulo, se se basea en motivos políticos, ideolóxicos ou relixiosos, aínda que se invocase outro motivo, ou no caso de que fose declarada improcedente a xusta causa invocada (art. 12.1).

En relación co proceso disciplinar, se este carece de determinados elementos decretarase a suspensión cautelar do despedimento (art. 42.2 do Código Procesual do Traballo portugués), o que implica a invalidez do mesmo. Segundo o artigo 12.3 o proceso pode ser declarado nulo se falta a comunicación da intención de proceder ó despedimento ou da “nota de culpa”, se non se deu audiencia a traballador para que poida responder á “nota de culpa” e levar a cabo as dilixencias probatorias oportunas ou, por último, se a decisión de despedimento ou os seus fundamentos non constaran en documento escrito.

Para a apreciación de xusta causa, o tribunal ha de atender, dentro da estrutura empresarial, ó grao de lesión dos intereses da entidade empregadora, ó carácter das relacións entre as partes ou entre o traballador e os seus compañeiros e ás demais circunstancias relevantes do caso (art. 12.5). Xa que logo, o xuíz ha de valorar se o despedimento que quere levar a cabo o empresario (o cal está investido do poder disciplinario) responde a unha circunstancia que fai imposible a subsistencia da relación de traballo e non é un simple acto de liberalidade empresarial.

No caso de que o despedimento se declare ilícito, a empresa será condenada, ben a aboar as cantidades deixadas de percibir polo traballador, dende a data do despedimento ata a data da sentenza ou ben, a readmitir ó traballador na empresa, sen prexuízo da súa categoría e antigüidade (art. 13.1). A lei prevé que desta indemnización se deduzan as retribucións correspondentes ó período transcorrido dende a data do despedimento ata trinta días antes da data de proposición da acción, se esta non se propuxo nos trinta días seguintes ó despedimento e, tampouco se fará cargo o empresario, dos rendementos de traballo percibidos polo traballador en actividades iniciadas posteriormente ó despedimento (art. 13.2). É posible que en substitución desta reintegración, o traballador opte por unha indemnización correspondente a un mes de salario por cada ano de antigüidade ou fracción, non podendo ser inferior a tres meses, computándose para estes efectos todo o tempo transcorrido ata a data da sentenza (art. 13.3).

Para rematar, hai que sinalar a previsión do artigo 15 en relación ó despedimento disciplinario nas pequenas empresas. Así, as empresas cun número de traballadores non superior a vinte, no proceso de despedimento están dispensadas das formalidades previstas no artigo 10, apartados 2 a 5 e apartados 7 a 10. Con todo, constitúe unha garantía o recibimento do traballador pola empresa, o cal poderá substituírse, se no prazo de cinco días hábiles contados dende a notificación da “nota de culpa”, o traballador presenta as alegacións por escrito, podendo requirir proba testifical. En todo caso, a decisión do despedimento ha de estar fundamentada e debe comunicarse por escrito. Se se trata dun traballador que é representante sindical, o seu despedimento segue os trámites do proceso xeral de despedimento disciplinario do artigo 10.

6. O despedimento colectivo

A regulación do despedimento colectivo en Portugal está influída pola Directiva 75/129/CEE modificada pola Directiva 92/56/CEE. En concreto o Decreto Lei 64-A/89, de 27 de febreiro de 1989 o regula na Sección I do Capítulo V que é o mesmo que se ocupa do despedimento individual con causa obxectiva por amortización do posto de traballo. Esta sistemática cremos que se debe a que en ambos tipos de despedimento as modificacións estruturais, tecnolóxicas ou conxunturais son moi relevantes e poden provocar o despedimento a través da desaparición do posto de traballo concreto.

O artigo 16 define o despedimento colectivo como a extinción de contratos individuais de traballo promovida pola empresa que, simultaneamente ou de xeito sucesivo nun período de tres meses, afecta polo menos a dous ou a cinco traballadores, segundo se trate, respectivamente, de empresas con dous a cincuenta traballadores ou máis de cincuenta empregados. Ademais esta circunstancia fundaméntase nun peche definitivo da empresa, ou dunha ou varias seccións da mesma ou nunha redución do persoal determinada por motivos estruturais, tecnolóxicos ou conxunturais.

O proceso do despedimento colectivo comeza cunha comunicación escrita da empresa dirixida ó comité de empresa ou, en defecto de, ó comité sindical ou intersindical que represente ós traballadores afectados (art. 17.1). No caso de que estes organismos non existan, a empresa notificarallo a cada un dos traballadores que poidan verse afectados polo despedimento. Estes poden designar, de entre eles, no prazo de sete días hábiles contados dende a data de expedición daquela notificación, unha comisión representativa cun máximo de tres ou cinco integrantes, segundo o despedimento afecte a cinco ou máis traballadores (art.17.4).

En todo caso, a comunicación da empresa ha de acompañarse dunha descrición os medios técnicos e humanos da empresa (dos respectivos medios económicos, financeiros ou técnicos, un cadro do persoal e a súa distribución na estrutura organizativa da empresa), unha indicación do número, das categorías profesionais e dos criterios utilizados para seleccionar ós traballadores afectados polo despedimento. Por último tamén ha de sinalarse o transcurso temporal no que pretende levarse a cabo o despedimento e os métodos de cálculo de calquera eventual indemnización xenérica (art.17.2). Na mesma data debe de enviarse unha copia da comunicación e dos documentos antes sinalados ós servicios do Ministerio de Emprego e Seguridade Social competentes na área das relacións colectivas de traballo (art. 17.3).

Nos quince días posteriores á data da comunicación da intención de proceder ó despedimento colectivo levarase a cabo a fase de informacións e negociacións entre a empresa e a estrutura representativa dos traballadores coa finalidade de obter un acordo sobre a dimensión e efectos das medidas a aplicaren e sobre outras alternativas que reduzan o número de traballadores a despedir (art.18.1). Tamén participarán neste proceso os servicios do Ministerio de Emprego e da Seguridade Social para asegurar a regularidade da instrucción substantiva e procesual e para promover a conciliación entre os intereses de ambas partes (art. 19.1). Así o artigo 18.1 sinala como medidas alternativa ó despedimento a suspensión ou a redución da prestación de traballo, a reconversión e reclasificación profesional e, por último, as xubilacións anticipadas e as prexubilacións. A empresa e a estrutura representativa dos traballadores poden acudir a estas negociacións asistidos de peritos (art.18.4). De tales reunións levantarase acta de todo o debatido (art.18.5). A petición de calquera das partes ou por iniciativa dos servicios do Ministerio de Emprego e da Seguridade Social, os servicios rexionais do emprego e da formación profesional e o centro rexional de seguridade social definirán as medidas de emprego, formación profesional e de seguridade social aplicables de acordo coa estrutura prevista na lei para as solucións que se fosen a adoptar (art.19.2).

Con acordo ou sen el, transcorridos trinta días dende a data na que a empresa informou da súa intención do despedimento colectivo, esta debe de comunicar, por escrito, a cada traballador afectado a súa decisión, mencionando expresamente o motivo e a data de extinción do seu respectivo contrato (art. 20.1), ademais das actas das negociacións ou, en caso de que non existan, documento explicativo que o xustifique (art. 20.4). Así mesmo enviará copia desa comunicación ós servicios rexionais correspondentes do Ministerio de Emprego e Seguridade Social e ó organismo representativo dos traballadores (arts. 20.2 e 4).

En relación co prazo de extinción do contrato, este non pode ser inferior a sesenta días dende o momento desa comunicación. A inobservancia deste aviso previo implica

que a empresa pagará a retribución correspondente ó prazo que falte (art.21). Durante o período de aviso previo o traballador ten dereito a utilizar un crédito de horas correspondente a dous días de traballo por semana, sen prexuízo do salario. O traballador distribúe este crédito horario aínda que debe comunicarlle a súa decisión á empresa antes de utilizar ese tempo (art. 22).

O traballador despedido ten dereito a unha indemnización de un mes de salario por cada ano de antigüidade ou fracción, sen que poida ser inferior a tres meses, computándose para estes efectos todo o tempo transcorrido ata a data da sentenza (art. 23.1). No suposto de que o traballador se encontre no período de aviso previo e queira rescindir a súa relación laboral, cunha advertencia ó respecto de tres días hábiles de antelación, pode facelo sen prexuízo do dereito á indemnización (art. 23.2). A lei prevé unha protección especial para os representantes dos traballadores, no sentido de que, se estes se encontran desempeñando activamente as súas funcións, teñen preferencia para manter o seu posto de traballo, baixo pena da indemnización que para tal efecto establece o artigo 24.2 do Decreto Lei nº215-B/75, de 30 de abril, que establece como límite mínimo unha cantidade equivalente a doce meses de salario.

O despedimento colectivo será ilícito sempre que fose efectuado en calquera das seguintes situacións: sen realizar as comunicacións previas que esixe a lei, se faltase a negociación prevista no artigo 18.1, se non se observara o prazo de aviso previo, con ausencia de posta a disposición do traballador a indemnización debida no prazo establecido, por último, se se declarasen improcedentes os fundamentos invocados (art. 24.1). Os traballadores afectados polo despedimento colectivo poden solicitar a suspensión xudicial do mesmo se se encontran nalgunha das situacións descritas, para o cal ten un prazo de cinco días hábiles contados dende a data de extinción do contrato de traballo. No prazo de noventa días dende esa data, os traballadores poden impugnar o despedimento con fundamento nalgunha das circunstancias referidas no artigo 24.1 (art. 25). As consecuencias da ilicitude son as previstas no artigo 13, é dicir, readmisión do traballador na empresa ou indemnización equivalente (art. 24.2).

7. Extinción do contrato de traballo por iniciativa do traballador.

O Capítulo VI ocúpase dunha causa específica de extinción do posto de traballo, cal é a rescisión da relación laboral promovida polo traballador. A lei diferencia dous supostos: a rescisión con xusta causa (regulada na Sección I) e a rescisión con aviso previo (regulada na Sección II).

O artigo 34 faculta ó traballador para facer cesar inmediatamente o contrato no caso de que concorra xusta causa. A rescisión debe de facerse por escrito, con indicación dos feitos que a xustifican e nos quince días seguintes ós acontecementos que a motiven (art. 34.2).

A lei enumera os acontecementos que considera xusta causa para a extinción do contrato no artigo 35. Son:

a) A ausencia, con culpa, do pagamento puntual do salario correspondente. No apartado 2 tamén se refire á falta, sen culpa, do pagamento puntual do salario.

- b) A violación, con culpa, das garantías legais ou convencionais do traballador.
- c) A aplicación dunha sanción abusiva.
- d) A ausencia, con culpa, das condicións de hixiene e seguridade no traballo.
- e) A lesión culposa dos intereses patrimoniais do traballador.
- f) As ofensas á integridade física, liberdade, honor ou dignidade do traballador, punibles pola lei, practicadas pola empresa ou os seus representantes lexítimos.
- g) Por último, dun modo máis xenérico, o apartado 2 refírese a outras circunstancias de xusta causa de extinción como a necesidade do cumprimento das obrigas legais incompatibles coa continuación da prestación de servizos (neste caso o traballador debe de notificarllo á empresa coa máxima celeridade posible) e a alteración substancial e duradeira das condicións de traballo como consecuencia do exercicio lexítimo dos poderes da empresa.

A apreciación da existencia de xusta causa corresponde ó tribunal (art.35.4), que ha de atender á estrutura empresarial, ó grao das lesións, ó carácter das relacións entre a empresa e o traballador ou entre este e os seus compañeiros e as demais circunstancias que se mostren relevantes.

A rescisión do contrato por xusta causa invocada polo traballador confírelle a este unha indemnización de un mes de salario por cada ano de antigüidade ou fracción, non podendo ser inferior a tres meses, computándose para estes efectos todo o tempo transcorrido ata a data da sentenza (art. 36). Así mesmo, se a xusta causa se declara inexistente, a empresa ten dereito a unha indemnización (art. 37) calculada segundo o artigo 39 que se remite ó artigo 36.3 da lei do Contrato Individual de Traballo, aprobado por Decreto Lei nº 49 408, de 24 de novembro de 1969, o cal establece que o traballador ha de restituír as cantidades correspondentes ós danos causados, cun límite de tres anos.

Outro modo que ten o traballador de rescindir o contrato de traballo, independentemente da xusta causa, é a través de comunicación escrita á empresa cunha antelación mínima de trinta ou sesenta días, segundo teña, respectivamente, dous ou máis anos de antigüidade. No convenio colectivo ou no contrato individual correspondente pódese aumentar este prazo de aviso previo ata seis meses, en relación a traballadores con funcións de representación da empresa ou con funcións directivas ou técnicas de elevada complexidade ou responsabilidade (art. 38). O artigo 39 establece que no caso de que o traballador incumpra, total ou parcialmente, os prazos de aviso previo, está obrigado a pagar á empresa unha indemnización de valor igual ó salario correspondente ó período en falta, sen prexuízo da responsabilidade por danos e prexuízos eventualmente causados por esta falta de aviso previo ou emerxentes das obrigas asumidas (cláusula penal), segundo determina o artigo 36.3 da lei do Contrato Individual de Traballo (Decreto Lei nº 49 408, de 24 de novembro de 1969).

Por último, o artigo 40 regula outro modo de extinción do contrato de traballo por iniciativa do traballador, o abandono do traballo. A lei considera abandono do traballo a ausencia do traballador do seu posto, acompañada de feitos que con toda probabili-

dade revelen a intención de non regresar. Sendo máis concreta, determina que esa ausencia ha de ser, polo menos, de quince días hábiles continuados, sen que a empresa reciba ningunha comunicación indicando o motivo que xustifique o seu comportamento. En todo caso, o traballador pode eludir esta presunción se demostra que existía un motivo de forza maior que lle impedía poñerse en contacto coa empresa.

De todos modos, o traballador que abandonase o seu posto de traballo debe indemnizar á empresa polos prexuízos eventualmente causados, ó igual que no caso de falta de aviso previo (art. 40.4).

A extinción efectiva do contrato só pode ser invocada pola empresa despois de que esta intentase poñerse en contacto co traballador, a través de documento escrito, con acuse de recibo, dirixida ó último enderezo coñecido do traballador (art. 40.5).

III. A PROTECCIÓN CONTRA O DESPEDIMENTO E O PROCEDEMENTO

1. Cuestións xerais

O Decreto Lei nº 480/99 de 9 de xuño, que entrou en vigor o 1 de xaneiro de 2000, é o que na actualidade regula as cuestións procedimentais do dereito laboral en Portugal, entre as que se encontra o procedemento de despedimento. Esta norma modifica o anterior Código procesual de Dereito Laboral aprobado polo Decreto Lei nº 272-A/81, de 30 de setembro.

Na exposición de motivos da norma vixente explícase que esta regulación responde ás innovacións introducidas na lexislación procesual civil e nas relacións xurídico laborais. Así, en relación coa lexislación civil, non é fácil distinguir cando esta é complementaria ou subsidiaria do Dereito Laboral por iso reclámase a introducción de preceptos que compatibilicen e aclaren ambas realidades. Ademais hai que ter en conta que os tribunais laborais forman parte dos tribunais ordinarios.

Esta nova norma elimina as referencias a “axentes do Ministerio Público” e utiliza a expresión “Ministerio Público”. Outra expresión que desaparece é “organismo sindical” que supoñía unha reminiscencia do Estado corporativo vixente cando se aprobou o Código do Proceso do Traballo de 1963, o cal constitúe unha matriz para o actual proceso do laboral, tal e como recolle a exposición de motivos do Decreto Lei nº 272-A/81, de 30 de setembro.

Por último, na mesma liña de preocupacións e dirixido polo principio de unidade no sistema, elimínanse preceptos vixentes no Código de 1982 porque, ó non ser específicos do ámbito laboral, estaban expresamente contemplados na revisión do Código Civil e, en relación co principio de subsidiariedade, preténdense evitar repeticións inútiles e xeradoras de dificultades para os profesionais do Dereito.

Outras modificacións que se considera necesario introducir na estrutura do proceso laboral e a súa tramitación refírense, en primeiro lugar, á capacidade xudicial que se fixa en dezaseis anos co fin de harmonizar a idade mínima de admisión ó traballo e a norma procesual. Ademais se condensa nun só acto a lexitimidade nas accións relativas á anulación e a interpretación de cláusulas de convenios colectivos, que ata agora foi

regulada, non só no Código, tamén no Decreto Lei nº 519-C/79, de 29 de decembro, norma con natureza de dereito substantivo, circunstancia que era fonte de discusións doutrinais e xurisprudenciais.

Por outro lado, esclárese e ampliáanse as facultades de exercicio das accións sindicais en representación e substitución dos traballadores. Sen embargo, tal ampliación está condicionada á previa autorización dos traballadores representados ou substituídos, á súa condición de afiliados da estrutura sindical interveniente e á violación dos concretos dereitos individuais en causa. Por esta vía retómase a regulación proposta no Código Procesual de Dereito do Traballo de 1979.

En canto á intervención do Ministerio Público considérase xustificada en atención ós motivos do conflito e distínguese a intervención feita a título de representación daquelas nas que reviste un carácter de verdadeiro patrocinio xudicial. A lei para o caso da representación opta por unha representación xenérica para abranguer tódalas persoas e entidades previstas no respectivo estatuto e noutras normas que permitan a intervención estatal; deste xeito resólvense os problemas suscitados polas omisións que unha enumeración presuntamente exhaustiva implicaría. En relación co patrocinio xudicial, que está reservado para os avogados, a intervención do Ministerio Público interprétase como unha garantía maior para os traballadores que se encontren en situacións moi desvantaxosas e de enorme interese social e laboral.

Unha innovación moi importante desta norma respecto á de 1981 é que se suprimiu o principio que obrigaba á acumulación inicial de todo o que se demandaba. Este principio xustificábase con base na seguridade xurídica que proporcionaba. Aínda así se ponderou o valor garantístico deste fronte ó valor doutros dereitos dos traballadores de natureza irrenunciable e onde a efectividade podería quedar invalidada por un simple lapso do propio titular.

En canto ó procedemento para a suspensión dun despedimento individual, esta Lei introduce modificacións que tenden a diferenciar os casos en que haxa invocación de proceso disciplinar do resto, o que ten reflexo no nivel de oposición e nos medios de proba admisibles xa que no segundo caso, en principio, son admisibles medios de proba de calquera natureza. Ademais o xuíz pode determinar oficiosamente a práctica doutras probas.

Por outro lado, é importante resaltar que existe unha simbiose entre a forma ordinaria e sumaria. Esta fusión é unha novidade no proceso común que ocasiona a introducción dunha audiencia de partes despois da petición inicial e antes da contestación, tendente a permitir unha máis fácil conciliación a través dun acordo equitativo, ó ser previsible unha maior dispoñibilidade da partes para o consenso e tendo en conta que todo se desenvolverá coa presenza mediadora do xuíz.

En canto ós medios de proba e do respectivo momento da súa proposición refórzase a tendencia do enxuízamento polo tribunal singular.

Por outro lado, establécese que a alegación e interposición dos recursos en segunda instancia é aplicable o réxime establecido no Código Procesual Civil, co que se supe-

ran as diverxencias xurisprudenciais que isto ocasionara e proporciona maior seguridade xurídica en canto ó procedemento a adoptar.

No proceso executivo preténdese dar máis celeridade reunindo nun único acto a notificación do requirimento executivo e a súa efectividade. O elenco de títulos con carácter executivo é ampliado por remisión ó que establece o Código Procesual Civil e as leis especiais en que estean previstos, así a norma reconece como específicos do ámbito laboral os autos de conciliación obtidos en audiencia.

En canto ó proceso especial de impugnación do despedimento colectivo introdúcese precisións respecto ó estatuto dos asesores técnicos, en tanto que son esenciais para formar a convicción do xulgador sobre a validez do despedimento. Tamén merece unha mención especial o procedemento para a impugnar unha decisión disciplinar xa que na nova norma o tribunal carece de facultades para modificar esa medida e unicamente ten funcións de control e garantía de legalidade, limitándose a manter ou anular a respectiva decisión disciplinar.

2. O procedemento

O Código do Proceso Laboral (Decreto Lei nº 480/99, de 9 de novembro) regula no Título IV o proceso de declaración e o Capítulo I (único capítulo trala eliminación do Capítulo II que regulaba o proceso sumario) refírese ó proceso común, comezado coa Sección I sobre a tentativa de conciliación.

Así, o artigo 51 establece que obrigatoriamente realizárase a tentativa de conciliación cando estea prescrita neste Código. No apartado 2 sinala que o intento de conciliación está presidido polo xuíz e ten como obxectivo poñer fin ó litixio mediante un acordo equitativo. No caso de que haxa avinza, os termos do acordo fanse constar, por regra xeral, nunha transacción xudicial, aínda que caben outras vías como o desistimento ou a concesión. De tódolos xeitos ningunha destas formas de terminación do conflito produce efectos de cousa xulgada e corresponde ó xuíz verificar a capacidade das partes e da legalidade do resultado da conciliación, que expresamente fará constar no auto (art. 52). Este auto de conciliación debe conter detalladamente os termos do acordo en relación coas prestacións, os respectivos prazos e os lugares para o seu cumprimento. Así mesmo ten que facer referencia a tódalas circunstancias reclamadas na demanda (art. 53.1 e 2). No caso de que non exista acordo, o auto do xuíz reflectirá os motivos que, segundo as partes, xustifican a persistencia do litixio (art. 53. 3).

A continuación, na Sección II, a lei ocúpase da vista preliminar do asunto polo xuíz. Así o artigo 54 establece que recibida a demanda, se o xuíz considera que existen deficiencias ou puntos escuros, ha de instar ó actor a completalos ou esclarecelos. Unha vez que isto se solucionase, o xuíz convoca a audiencia á partes, que se realizará no prazo de quince días. Esta convocatoria farase a través dunha notificación para o actor e por medio dunha citación persoal para o demandando, que no caso de que xustifique a súa imposibilidade para comparecer, terá que facerse representar a través de mandatario xudicial con poderes especiais para confesar, desistir ou transixir. Con esa citación ó demandado se lle entrega duplicado da petición inicial e copia do documentos que a acompañen. No caso de que a falta á audiencia sexa inxustificada, o ausente está suxeito ás sancións previstas no Código do Proceso Civil para a mala fe.

A audiencia das partes comeza cunha exposición sucinta do actor sobre os fundamentos de feito e de dereito da demanda. Despois intervéñen o demandado e o xuíz intenta conciliar ás partes, nos termos dos artigos 51 e 53, é dicir, poñer fin ó litixio alcanzando unha solución equitativa para ambas partes (art. 55). Se na conciliación non hai acordo, a audiencia prosigue e o xuíz debe de ordenar a notificación inmediata ó actor para que conteste no prazo de dez días. Así mesmo determinará a práctica das actuacións que mellor se axusten ó fin do proceso, así como as adaptacións que considere necesarias despois de oídas a partes. Por último, debe de fixar a data da audiencia final (art. 56).

No caso de que o demandante, habendo sido debidamente citado, non conteste en prazo se considera que acepta como certos os feitos que lle imputa o actor. Despois o xuíz emitirá sentenza que poderá limitarse á identificación das partes e a unha fundamentación baseada na simple adhesión ós feitos alegados polo actor (art. 57). Se o Ministerio Público é o representante do demandante debe declarar no prazo inicial para a contestación que asume tal representación. Ademais é posible que se prorrogue o prazo por dez días cando este teña que requirir información ou esperar a resposta a unha consulta a instancias superiores (art. 58). Unha vez que o demandante contesta ou transcorreu o prazo para isto, a súa resposta é notificada ó actor (art. 59). Tamén é posible que se produza reconvenção neste caso o prazo para a resposta alóngase ata quince días (art. 60).

A Sección III ocúpase do saneamento do proceso e da audiencia preliminar. En relación co saneamento, o artigo 61 establece que unha vez concluídos os escritos de demanda e contestación das partes o xuíz procederá a pedir a aclaración do que considere necesario e decidir sobre a procedencia de excepcións dilatorias ou de nulidade. A práctica destas actuacións pode facer precisa unha audiencia preliminar que deberá realizarse no prazo de vinte días dende que esas dilixencias conclúsen (art. 62).

A instrucción do proceso régúlase na Sección IV. Comeza co artigo 63 que establece que as partes, conxuntamente co escrito de demanda e contestación respectivamente, deben aportar as probas documentais, o número das testemuñas e solicitar a práctica de calquera outro medio de proba que consideren necesario. A lei contempla a posibilidade de que a proposición das testemuñas se cambie ata vinte días antes da data da audiencia final, en tal caso haberá de notificarse á parte contraria para que faga uso da mesma facultade no prazo de cinco días (art. 63). A norma limita o número de testemuñas a dez en total e a tres para cada acto que se intente probar (arts. 64 e 65).

A Sección V regula o xulgamento da causa. O artigo 68 establece que a instrucción e o xulgamento corresponden ó xuíz individual agás nos casos que se supere unha determinada cantidade (tres millóns de escudos ou cantidade equivalente en euros) nesta circunstancia, dende que calquera das partes o solicite e ningunha requirise o recurso á audiencia, pasa a ocuparse un tribunal colectivo. Cando a decisión admita recurso ordinario, as partes poden pedir o recurso da audiencia ou o xulgador determinala de oficio. Este recurso e a intervención do tribunal colectivo deben ser solicitadas nos cinco días posteriores á fin do prazo para presentar o último escrito de demanda ou de contestación ou na audiencia preliminar, se ha lugar a esta. Unha vez que se notificou ás partes e que se constituiu o tribunal, declárase aberto o procedemento, debendo iniciarse polo xuíz cun intento de conciliación das partes. Esta audiencia só pode ser adiantada, por

unha única vez, se existe acordo entre as partes e fundamento legal (art. 70). Así é patente que no foro laboral o lexislador procura e facilita a resolución amigable dos litixios.

O actor e o demandante deben comparecer persoalmente na data fixada polo xuíz. Se algunha das partes faltase inxustificadamente e non se tivese representante legal, considéranse probados os feitos alegados pola que comparece; no caso de que ambas faltaran sen xustificación e careceran de representante legal oportuno, os feitos alegados polo actor convértense en firmes (art. 71).

No acto de xuízo oral o primeiro en intervir é o avogado do actor. Tanto este como o da outra parte teñen como límite unha hora para expoñer as súas alegacións sobre os feitos e sobre a materia de dereito. Se durante a práctica da proba xorden feitos que o tribunal considera relevantes para a decisión da causa, debe ampliar a base instructora ou, en todo caso, tomalos en consideración. No caso de que fose ampliada a instrucción, as partes poden propoñer probas que serán practicadas inmediatamente ou, se isto é imposible, no prazo de cinco días. O tribunal, incluso despois de que conclúise a fase de alegacións, pode ampliar a materia de feito, sempre que sexa relevante para a decisión final e, en calquera momento, pode requirir a comparecencia dun técnico xudicial (art. 72).

A regulación da sentenza está na Sección VI que comeza co artigo 73 onde establece un prazo de vinte días para que esta se emita. A lei sinala incluso que se a simplicidade das cuestións de dereito o permite a sentenza pode ser redactada inmediatamente neste caso limitárase a unha identificación das partes e a unha sucinta fundamentación de feito e de dereito.

O artigo 74 recolle a posibilidade de que o xuíz condene *extra vel ultra petitum* nos supostos de temeridade e de dereitos irrenunciabes que se conteñan en preceptos legais ou en instrumentos de regulación colectiva. En todo caso, cando se trate dunha condena pecuniaria, o xuíz debe fixar na sentenza a cantidade concreta á que ha de facer fronte o demandado (art. 75). Unha vez que cumprise a sentenza ha de xuntar ó proceso documento acreditativo que o libere da súa obriga (art. 76).

A alegación de motivos de nulidade da sentenza constará expresa e separadamente no requirimento de interposición do recurso e, no caso de que non caiba recurso, interpoñerase a través de requirimento dirixido ó xuíz que emitiu a sentenza. A competencia para decidir sobre estas alegacións corresponde a un tribunal superior ou, segundo os casos, ó mesmo xuíz que sempre pode suplir a nulidade antes da admisión do recurso (art. 77).

O artigo 78 refírese a supostos especiais nos que se produce cosa xulgada. Así se remite ó artigo 3 (litisconsorcio), onde a sentenza constituiu cousa xulgada en relación con tódolos traballadores, e ó artigo 5 (lexitimación das asociacións sindicais e patronais), suposto no que a cousa xulgada afecta ó traballador que renunciou á intervención no proceso.

O réxime legal dos recursos encóntrase na Sección VII. A lei eliminou as referencias ás clases de recursos xa que non existe ningunha diferenza respecto do réxime civil. De maneira xenérica, hai que sinalar que os recursos son ordinarios ou extraordinarios,

conforme a decisión impugnada sexa tramitada no xulgado ou en instancias distintas. Son recursos ordinarios o de apelación, o de *revista* e ou de *agravo*; son extraordinarios o de revisión e o de “oposición de terceiros”.

O artigo 78 enuncia os casos en que sempre é admisible recurso, con independencia da contía. En primeiro lugar refírese ás accións para determinar a contía profesional, o despedimento do traballador, a súa reintegración na empresa e a validez ou subsistencia do contrato de traballo. En segundo lugar menciona os procesos emerxentes de accidente de traballo ou de enfermidade profesional e, por último, os nos procesos relacionados con institucións de previsión social, subsidio familiar e asociacións sindicais (art. 79). O prazo de interposición do recurso de *agravo* é de dez días, o do recurso de apelación é de vinte días e se o recurso ten por obxecto que se volva a apreciar unha proba *gravada*, os prazos anteriores ampliáranse dez días (art. 80).

O requirimento da interposición do recurso ha de conter a alegación do recorrente, así como a identificación da decisión recorrida, especificándose, se fora preciso, a parte dela á que se restrinxen o recurso. A parte contraria dispón dun prazo igual ó da interposición do recurso, contado dende a notificación do requirimento do recorrente, para presentar as súas alegacións nas que pode impugnar a admisibilidade ou o prazo en que se interpuxera o recurso, así como a lexitimidade do recorrente (art. 81). O xuíz admitirá e elevará o recurso se a decisión é recorrible e se foi interposto en tempo e con lexitimidade do recorrente. No caso de que o xuíz non eleve o recurso, o recorrente pode reclamar, ante o que o xuíz, segundo a súa valoración, mandará elevalo inmediatamente ou escoitará á parte contraria, salvo se foi impugnada só a admisibilidade do recurso, situación na que o presidente do tribunal superior decidirá a cuestión no prazo de cinco días (art. 82).

A apelación ten un efecto simplemente devolutivo, sen necesidade de declaración. Con todo o apelante poderá obter o efecto suspensivo se no requirimento de interposición do recurso solicita que a outra parte preste caución na cantidade debida por medio dun depósito efectivo na Caixa Xeral de Depósitos ou a través de fianza bancaria. O xuíz fixará un prazo, non superior a dez días, para a prestación da caución, transcorrido o cal, sen que esta se produza, a sentenza pode ser executada en calquera momento. O recurso de *agravo* nalgúns casos elévase inmediatamente (art. 84) supostos nos que ten efecto suspensivo (art. 83).

A lei remítese ás normas procesuais civís para o réxime aplicable á resolución dos recursos, con especialidades para o recurso de *revista* e o de *agravo*. En todo caso o artigo 87 establece que o Ministerio Público, aínda que non sexa representante de ningunha das partes, conta cun prazo de dez días para emitir as súas consideracións sobre o asunto.

IV. DESEMPREGO

1. Situacións protexidas

O Decreto Lei 119/99, de 14 de abril regula o réxime xurídico da protección por desemprego. Trátase dun sistema garantístico porque a súa normativa ten un forte carácter tutelar e imperativo (PALMA, nº. 99, 2000).

Esta norma define o desemprego como toda situación de inexistencia total e involuntaria de emprego do beneficiario da prestación que ten capacidade e dispoñibilidade para o traballo (art. 6.1). O requisito da inexistencia total de emprego enténdese cumprido nos casos en que o beneficiario exerce unha actividade cuns rendementos que non superan mensualmente o cincuenta por cento do salario mínimo interprofesional (art. 6.2). No artigo 15 establécese que os beneficiarios da prestación deben encontrarse en situación de desemprego involuntario, con capacidade e dispoñibilidade para o traballo e inscritos como demandantes de emprego no centro de emprego da súa área de residencia.

A reparación do desemprego, no caso de traballadores comprendidos no réxime xeral, consiste na concesión de prestacións. Os traballadores que estean integrados noutros sistemas terán que atender á regulación de protección social que este estableza (art. 5).

O desemprego considérase involuntario sempre que a extinción do contrato de traballo sexa consecuencia dunha decisión unilateral da empresa, de que caducase o contrato, da rescisión do contrato con xusta causa por iniciativa do traballador e de situacións de extinción do contrato por mutuo acordo celebrado con empresas que se encontraran nun proceso de redución de cadro de persoal, reestruturación, recuperación da empresa ou en xeral calquera outro motivo que permita recorrer a un despedimento colectivo (art. 7.1). Isto será de aplicación ós militares en réxime de voluntariado ou de contrato cando a relación de traballo cese, coas adaptacións correspondentes ó seu réxime especial (art. 7.6). Tamén se considera desemprego involuntario a situación do traballador xubilado por invalidez que, con posterioridade ó exame de revisión da incapacidade, é declarado apto para o traballo (art. 7.2).

En relación coa capacidade e a dispoñibilidade para o traballo, o artigo 8 define a capacidade como a aptitude para ocupar un posto de traballo. A dispoñibilidade tradúcese nas seguintes obrigas asumidas polo traballador: suxeición a un control polos centros de traballo, a aceptación de emprego conveniente, de traballo socialmente necesario e da formación profesional que lle sexa proporcionada, aceptación dun réxime persoal de emprego, nos termos da norma que lle sexa aplicable e, por último, buscar emprego activamente polos seus propios medios. Considérase emprego conveniente aquel que acumulativamente consista en tarefas susceptibles de seren desempeñadas polo traballador atendendo ás súas aptitudes físicas, intelectuais e a súa formación e experiencia profesionais, que respecte as remuneracións mínimas e demais condicións establecidas na lei ou no instrumento de regulación colectiva aplicable e, como último requisito, que non cause ó traballador ou á súa familia un prexuízo grave. O traballo socialmente necesario será aquel que ha de desempeñarse no ámbito de programas ocupacionais cun réxime que está regulado nunha normativa especial e que están organizados por entidades públicas ou privadas sen ánimo de lucro e que repercuten en beneficio da colectividade (art. 9). As prestacións de desemprego teñen como obxectivo compensar ós beneficiarios da falta de remuneración e promover a creación de emprego (art. 10).

As modalidades das prestacións por desemprego son o subsidio por desemprego, o subsidio social de desemprego e o subsidio de desemprego parcial (art. 11.1).

Os titulares do subsidio de desemprego serán aqueles que se encontren nesta situación de maneira involuntaria, é dicir, nos casos que recolle o artigo 7 (traballadores cunha extinción de contrato que sexa allea á súa vontade e xubilados por invalidez que recuperan a capacidade para o traballo) e que reúnan a carencia necesaria, así como ós traballadores de cooperativas, sempre que non lle sexa imputable a extinción do seu contrato (art.12). O período de carencia necesario para acceder ó subsidio de desemprego é de cincocentos corenta días de traballo por conta allea (co correspondente rexistro de remuneracións), nos vintecatro meses anteriores á data do desemprego e, para causar dereito ó subsidio social de desemprego, é de cento oitenta días de traballo por conta allea (co correspondente rexistro de remuneracións), nos doce meses anteriores á data do desemprego (art. 16). Para a verificación dos prazos de carencia dos traballadores agrícolas e de servizo doméstico só se poden computar os rexistros de remuneracións por equivalencia á entrada de contribucións, ata un máximo de cento vinte días (art. 17.3).

A protección a través do subsidio social de desemprego ten lugar nas situacións en que non sexa atribuíble o subsidio de desemprego e nos casos en que os beneficiarios esgotasen os períodos de concesión do subsidio de desemprego (art. 11.2). O recoñecemento do subsidio social de desemprego depende, ademais, dos recursos económicos do beneficiario no momento en que se produce a situación de desemprego ou no intervalo de tempo que fixe a lei para a presentación de probas, segundo se trate dun recoñecemento inicial ou dunha prórroga do que xa viña gozando (art. 18.1).

Os recursos económicos valoraranse en función dos rendementos mensuais *per capita* da unidade familiar, sen que poidan superar o oitenta por cento do salario mínimo interprofesional para causar dereito ó subsidio. A lei considera rendementos para estes efectos as remuneracións provenientes do traballo, por conta allea ou por conta propia, as pensións, os valores líquidos por investimentos en capital e as cantidades por pensións de alimentos fixadas xudicialmente a favor do solicitante do subsidio (art. 18.2.3).

A unidade familiar segundo o artigo 19 estará integrada, ademais de polo propio beneficiario, polo cónxuxe, os descendentes, os ascendentes propios e afíns, sempre que convivan con el e estean baixo a súa dependencia económica (art.19.1). A norma considera que existe dependencia económica nos casos en que eses familiares non reciban rendas mensuais superiores ó valor da pensión social ou o dobre deste valor, se están casados (art.19.3).

O recoñecemento do dereito ás prestacións de desemprego ós ex-pensionistas de invalidez depende de que se verifique a situación de desemprego e, para acceder ó subsidio social de desemprego, que se comprobe a escaseza dos seus recursos económicos (art. 20).

En canto á protección do subsidio de desemprego parcial, concédese nas situacións en que o beneficiario, mentres recibe o subsidio por desemprego, celebre un contrato de traballo a tempo parcial (art. 11.3) aínda que a titularidade desta prestación non exime da obriga de aceptar un emprego conveniente a tempo completo (art. 8.3).

O artigo 21 establece as condicións para a atribución do desemprego parcial que serán, acumulativamente, que o beneficiario estea recibindo subsidio de desemprego, que celebre un contrato a tempo parcial, que a remuneración dese traballo sexa inferior ó montante do subsidio de desemprego e que o número de horas de traballo sexa superior ó vinte por cento e inferior ó setenta e cinco dun período normal de traballo a tempo completo.

Por outro lado a *Portaria* (Decreto) 481- A/99, de 30 de xuño, no artigo 6 establece que a asistencia a cursos de formación profesional promovidos pola entidade empregadora e subministrados no tempo de traballo a tempo parcial, non extingue o dereito ó subsidio de desemprego parcial.

En todo caso, a titularidade do dereito ás prestacións por desemprego é recoñecida ós beneficiarios residentes no territorio nacional (art. 12.4).

Por outra banda, o artigo 13.3 nega o dereito ás prestacións de desemprego ós traballadores que, no momento do desemprego, teñan a idade legal para acceder á pensión de vellez e cumprisen o respectivo período de carencia.

No Capítulo VI a lei regula especialidades para a flexibilización da idade de acceso á prestación por vellez. O artigo 44 establece que nas situacións de desemprego de longa duración, despois de esgotado o período de concesión dos subsidios de desemprego ou do subsidio social, se recoñece o dereito á anticipación da idade de acceso á pensión de vellez. Adiántase a sesenta anos para beneficiarios que teñan cincuenta e cinco anos ou máis na data do desemprego e recoñécese ós cincuenta e cinco anos para aqueles con idade igual ou superior a cincuenta anos e vinte anos de carencia, como mínimo, no momento que se produce o desemprego. En todo caso haberá que ter en conta a redución no montante da prestación segundo o establecido no Decreto Lei nº. 9/99, de 8 de xaneiro e no Decreto Lei nº. 329/93, de 25 de setembro.

A lei tamén recoñece que a concesión do subsidio social pode ser prolongada ós beneficiarios que teñan unha idade igual ou superior a cincuenta anos ata que alcancen a idade para o acceso á pensión por vellez (art. 45). Tamén establece a posibilidade de que os beneficiarios que esgotaran o período de subsidio por desemprego e non poidan acceder a un subsidio social por non satisfacer a condición dos recursos, poidan rexistrar as remuneracións por equivalencia á entrada de contribucións ata que poidan acceder á pensión por vellez (art. 46).

A Lei 43/96, de 3 de setembro regula un suposto específico de protección por desemprego, as *bordadeiras de casa* (as costureiras que exerzan a súa profesión no seu domicilio, de xeito habitual e estean rexistradas no Instituto de bordado, tapicerías e artesanado da madeira). Trátase dunha prestación para traballadoras (é un sector moi feminizado) onde a principal especialidade é que esixe que estean de alta no Instituto do bordado nos últimos tres anos e establece unha cantidade mínima para o subsidio; no demais remítese á regulación xeral das prestacións por desemprego.

Outra situación protexida con regulación especial é a que establece o *Despacho Normativo* (Regulamento) 35/84, de 13 de febreiro, que complementa ó Decreto Lei nº. 183/77, de 5 de maio, na redacción do Decreto Lei nº. A 297/83, de 24 de xuño, para

supostos equiparados ó desemprego involuntario. Trátase de casos nos que as empresas paralizan totalmente a súa actividade sen que os traballadores fosen formalmente despedidos ou suspendidos, sendo a súa situación na práctica, idéntica ó verdadeiro desemprego. Por outro lado, como non houbo extinción do contrato de traballo, as subvencións que reconece a lei para aqueles que as soliciten, teñen a natureza de adianto dos salarios en débeda. Así, a institución da Seguridade Social que se faga cargo destas cantidades se subroga no dereito dos traballadores fronte á empresa en relación co montante adiantado.

O Decreto Lei nº. 206/87, de 16 de maio regula unha serie de medidas de política de emprego e sociolaborais a adoptar no ámbito de procesos de reestructuración empresarial. A norma amplía a duración do período de concesión das prestacións de desemprego ós períodos máximos que permite o Decreto Lei n. 79-A/89, de 13 de marzo, que foi derogado polo Decreto Lei 119/99, de 14 de abril, onde se establece o réxime xeral das prestacións en desemprego. Ademais reduce os períodos de carencia para acceder ó subsidio por desemprego e ó subsidio social por desemprego.

2. Calidade da protección (nivel e tempo de cobertura)

O Decreto Lei 119/99, de 14 de abril regula no Capítulo IV a cuestión da contía das prestacións por desemprego.

Segundo o artigo 22 o montante diario do subsidio de desemprego corresponde ó sesenta e cinco por cento da base reguladora do beneficiario. Esta base obtense dividindo o total das remuneracións percibidas nos primeiros doce meses que preceden ó segundo mes anterior á data do desemprego; para obter esta cantidade teranse en conta as pagas extraordinarias. Ademais a lei delimita a contía do subsidio establecendo que non pode ser superior ó triple do salario mínimo interprofesional nin inferior a dita cantidade, agás que a base reguladora do beneficiario non alcance ó salario mínimo interprofesional, neste caso o subsidio será igual á súa base reguladora (art. 23).

A contía diaria do subsidio social de desemprego será proporcional ó salario mínimo interprofesional. Así corresponde un cen por cen desta cantidade para beneficiarios con cargas familiares e un oitenta por cento para os que carezan delas. Para calcular a base reguladora só se terán en conta os salarios e pagas extraordinarias dos últimos seis meses (art. 24). Durante o período en que se estea percibindo o subsidio social por desemprego a súa contía revisarase en función das alteracións das súas cargas familiares (art. 25).

No caso de ex-pensionistas de invalidez o cálculo da contía, tanto do subsidio por desemprego como do subsidio social por desemprego, calcúlase segundo os criterios anteriores co límite do valor da pensión de invalidez que viñan percibindo (art. 26).

A contía do subsidio de desemprego parcial será a diferenza entre a cantidade do subsidio de desemprego aumentada nun vintecinco por cen (o que equivalería ó cen por cen da base reguladora) e o salario polo traballo a tempo parcial (art. 27).

A lei contempla, no artigo 28, a posibilidade de que o beneficiario que presente un proxecto para crear un emprego propio, reciba as prestacións por desemprego nun único pagamento de maneira global.

O valor de ditas prestacións actualízase anualmente co incremento que marque a lei para o salario mínimo interprofesional (art. 29).

O Capítulo V do Decreto Lei 119/99, do 14 de abril, regula a duración das prestacións por desemprego.

Como regra xeral a lei establece que as prestacións por desemprego comezarán a percibirse dende a data de requirimento. Cando se esgote o período polo que se concede o subsidio de desemprego, empezará a percibirse a prestación do subsidio social de desemprego se se verifica a condición de escaseza de recursos. En canto ó subsidio de desemprego parcial, este empezará a percibirse o primeiro día de vixencia do contrato de traballo a tempo parcial (art 30.1, 3 e 4).

No caso dos ex –pensionistas de invalidez, a prestación de desemprego repórtase dende o primeiro día do mes seguinte a aquel no que lle foi comunicada ó beneficiario a declaración de capacidade para o traballo (art 30.2).

A duración da prestación por desemprego determínase en función da idade do beneficiario na data da solicitude. Así, o subsidio de desemprego e o subsidio social de desemprego terán a duración de doce meses para beneficiarios con idade inferior a trinta anos, dezaoto meses para os que teñan trinta anos ou máis, pero en todo caso menos de corenta, e vintecatro meses para beneficiarios con idade superior a corenta anos e inferior a corenta e cinco, xa que neste caso a duración alcanza trinta meses (art. 31.1 e 2). Ademais, se na data da solicitude da prestación o beneficiario tiña unha idade igual ou superior a corenta e cinco anos, auméntase a duración en dous meses por cada grupo de cinco anos con cotizacións ó réxime xeral, nos últimos vinte anos (art. 31.3).

Cando o subsidio social de desemprego é concedido por esgotamento do subsidio por desemprego, a duración deste redúcese á metade dos prazos anteriormente sinalados (art. 32).

A duración do subsidio de desemprego parcial ten como límite o período polo que foi concedido o subsidio de desemprego que se encontraba en curso (art. 33).

As prestacións por desemprego suspéndense por razóns inherentes á situación do beneficiario ante a Seguridade Social, por motivos da súa situación laboral ou profesional, ou como consecuencia dos deberes impostos pola lei. En relación coa situación do beneficiario ante a Seguridade Social, o pagamento destas prestacións suspéndese polo recoñecemento do dereito a subsidios de maternidade, de paternidade e por adopción (art. 36). As situacións inherentes á posición laboral ou profesional do beneficiario que suspenden o pagamento destas prestacións refírense ó desenvolvemento de actividade profesional por conta propia ou por conta allea, a recibir cursos de formación con compensación remuneratoria e a percibir remuneracións polos días festivos que non se aproveitasen durante a vixencia do contrato de traballo (art. 37). Por último, en canto ós deberes impostos pola lei, suspenden as prestacións por desemprego a prestación do

servicio militar ou do servicio social substitutorio e a detención en establecemento penitenciario (art. 38). En todo caso, suspéndese o pagamento destas prestacións durante o período que o beneficiario estea ausente do territorio nacional (art. 37.5).

O reinicio do pagamento das prestacións por desemprego terá lugar cando cesen as circunstancias que determinaron a suspensión e o beneficiario o poña en coñecemento da entidade correspondente para que esta o verifique, ou ben, cando esa institución da Seguridade Social teña coñecemento oficioso da nova situación, a falta de notificación expresa do beneficiario (art. 39).

En relación coa extinción das prestacións por desemprego, a lei agrupa en tres os supostos en que esta se produce. En primeiro lugar, situacións do beneficiario ante os sistemas de protección social ós que estea vinculado; trátase da fin do período polo que se concederon as prestacións, pasar a ser pensionista por invalidez, ter alcanzado a idade e reunir a carencia necesaria para acceder á pensión de xubilación e, no caso do subsidio social por desemprego, o aumento dos recursos económicos da unidade familiar (art. 41).

En segundo lugar, circunstancias que teñen relación coa situación laboral do beneficiario, onde a prestación se encontraba en suspenso; trátase de casos nos que se exerce unha actividade profesional por conta allea ou por conta propia durante un período de tempo (cincocentos corenta días ou dous anos, respectivamente), ou ben se ausentase do territorio nacional durante máis de tres meses e non se verifique o exercicio de actividade profesional algunha ou, en último lugar, que transcorresen cinco anos dende que se produciu a situación do desemprego (art. 42).

Para rematar, en terceiro lugar, extinguen o dereito ás prestacións determinadas actuacións do beneficiario; trátase da renuncia a un emprego conveniente, a un traballo socialmente necesario ou a un curso de formación profesional; así como a segunda falta de comparecencia non xustificada do beneficiario no centro de emprego respectivo e que este utilice medios fraudulentos en relación coa atribución, a cantidade ou o período de concesión das prestacións (art. 43).

3. Dinámica (nacemento e vicisitudes)

O recoñecemento das prestacións por desemprego esixe que o beneficiario estea inscrito como demandante de emprego no centro de emprego da súa residencia e que presente unha solicitude da prestación no prazo de noventa días consecutivos a contar dende a data do desemprego, neste mesmo centro ou no instituto da Seguridade Social que lle corresponda (art. 61).

Considérase data do desemprego o día seguinte a aquel no que se verificou a extinción do contrato de traballo, agás nos casos de pensionistas por invalidez que recuperan as súas condicións para o traballo, que será cando se lle comunique a declaración na que consta tal circunstancia (art. 62).

A lei establece casos nos que o prazo de noventa días, para presentar a solicitude da prestación, se suspende (art. 63). Isto ocorre nos supostos de incapacidade por enfermidade que se se prorroga máis de trinta días no período de noventa días, require o reco-

ñecemento do sistema de verificación de incapacidades. Tamén se suspende cando o beneficiario estea de baixa por maternidade, paternidade ou adopción, cando se encontre realizando o servizo militar ou a prestación social substitutoria, cando estea exercendo funcións de interese público manifesto e cando estea detido nun centro penitenciario.

Ademais da solicitude, a lei esixe que o beneficiario presente unha declaración da empresa na que se faga constar a situación do desemprego e a data do despedimento, ademais doutra certificación do instituto de emprego da súa residencia, en relación coa súa capacidade e dispoñibilidade para o traballo (art. 65). A empregadora está obrigada a entregarlle esa declaración no prazo de cinco días dende que se solicite (art. 52). No caso de que a empresa non aporte esa documentación, o traballador pode solicitar a intervención da Inspección de Traballo que, no prazo de trinta días dende ese momento, fará as pescudas necesarias para constatar esas circunstancias (art. 67.1).

Nos casos do subsidio social de desemprego, resultante de que o beneficiario esgotou o período de concesión do subsidio de desemprego e do subsidio de desemprego parcial, non se require a solicitude expresa, senón que a lei esixe que no prazo de noventa días dende que se cause o dereito, se presenten os medios de proba que xustifiquen a concesión da prestación correspondente (art. 64). Para que se conceda o subsidio social de desemprego constitúen proba a declaración sobre os compoñentes da unidade familiar e os documentos relacionados cos rendementos económicos desta, se ben poderá aportarse calquera outro medio proba cando sexa solicitado polas institucións da Seguridade Social (art. 68).

O instituto de emprego da residencia habitual do beneficiario, despois de verificadas e anotadas as condicións para conceder as prestacións de desemprego que sexan da súa competencia, entrega ó traballador unha carta de control que verifique a súa situación de desemprego. Ademais esta debe comunicar á respectiva institución da Seguridade Social calquera feito susceptible de influír no mantemento ou na extinción do dereito ás prestacións, motivadamente sinalar un emprego conveniente, un traballo socialmente necesario ou unha formación profesional acorde co solicitante (art. 69). Tanto o instituto de emprego como a institución da Seguridade Social deben comunicar ó traballador as decisións relativas ás materias da súa competencia (art. 70).

O Capítulo VII do Decreto Lei 119/99, de 14 de abril, refírese á acumulación de prestacións. O artigo 47 recolle o principio xeral de non acumulación das prestacións de desemprego. Así sinala que estas non poden acumularse con indemnizacións pola perda de remuneración do traballo, nin con pensións concedidas por réximes do sistema de Seguridade Social ou doutro sistema de protección social de inscrición obrigatoria, incluído o da función pública, nin tampouco con pensións de xubilación anticipada e outras cesións pecuniarias, normalmente atribuídas por rendas, pagadas pola empresa ós traballadores con motivo da extinción do contrato de baixo. Sen embargo, para os efectos da acumulación, non son relevantes as indemnizacións e pensións por riscos profesionais ou equiparados. Durante a realización de traballos socialmente necesarios que se encontren inscritos programas ocupacionais mantense o dereito ás prestacións de desemprego polo período da concesión inicial (art. 48).

A xestión das prestacións de desemprego corresponde principalmente ós centros rexionais da Seguridade Social e ós institutos de emprego. Outras institucións competentes son as caixas sindicais de previsión, a Caixa de Aboamento de Familia dos Empregados Bancarios e a Caixa de Previsión do Persoal da Compañía Portuguesa Radio Marconi.

A institución da Seguridade Social á que estea vinculado o beneficiario é competente para proceder á cualificación do desemprego como involuntario, sen prexuízo da comisión técnica instituída para a avaliación dos supostos de extinción por mutuo acordo. Ademais debe controlar as eventuais irregularidades, verificar o cumprimento dos deberes do beneficiario, proceder o pagamento das prestacións de desemprego ós seus respectivos titulares, practicar a eventual reclamación das prestacións indebidas e, en xeral, realizar tódolos actos a competencia dos cales non estea atribuída ós institutos de emprego (art.56).

Ó instituto de emprego da área de residencia do beneficiario lle corresponde a avaliación da capacidade e da dispoñibilidade para traballo do beneficiario, proceder á cualificación do emprego como conveniente e do traballo como socialmente necesario, asegurar a verificación e control da situación de desemprego dos traballadores, avaliar a xustificación das faltas de comparecencia do beneficiario, examinar as xustificacións para a renuncia dun emprego conveniente, dun traballo socialmente necesario ou a formación profesional e verificar que os beneficiarios cumpren coas súas obrigas de comparecencia e busca adecuada de emprego (art. 57).

Outro organismo importante son as comisións mixtas que se constitúen a nivel rexional e están integradas por representantes dos centros rexionais da Seguridade Social, da Inspección de Traballo e do Instituto de Emprego e Formación Profesional. As súas competencias son promover unha intervención conxunta dos organismos e servizos que representan, para conseguir a reintegración dos desempregados con prestación e incrementar o control conxunto das situacións de desemprego (art. 59).

Os beneficiarios das prestacións por desemprego han de cumprir uns deberes ou, en caso contrario, asumirán as sancións correspondentes. Da regulación destas cuestións ocúpase o Capítulo VIII.

En canto ós deberes dos beneficiarios, a lei distingue os que teñen relación coas institucións da Seguridade Social e os que se deben para cos institutos de emprego. Así, durante o período de concesión das prestacións de desemprego os beneficiarios están obrigados a comunicar á institución da Seguridade Social correspondente calquera feito susceptible de determinar a suspensión ou a extinción das prestacións ou ben, a redución da cantidade do subsidio social de desemprego. A comunicación destas circunstancias ha de facerse no prazo de cinco días dende a data en que teña coñecemento deses feitos (art. 50). En relación cos deberes do beneficiario para cos institutos de emprego, o artigo 51 establece que estes han de aceptar un emprego conveniente, un traballo socialmente necesario ou formación profesional, comparecer as datas e os lugares que fosen determinados polo instituto de emprego respectivo, efectuar as dilixencias adecuadas para obter un novo emprego e comunicar ó instituto de emprego correspondente, no prazo de dez días, a alteración da súa residencia e a data en que se ausenta do territorio nacional. Ademais, no caso de que a prestación estea suspendida, poñerán en

coñecemento do instituto de emprego a situación determinante do reinicio das prestacións.

O incumprimento destes deberes comporta sancións pecuniarias que oscilan entre vinte mil e douscentos vinte mil escudos (art. 54.1 e 2). Para determinadas sancións en relación coas institucións da Seguridade, a lei remítese á regulación nos específicos réximes de Seguridade Social (art. 54.3). Por outro lado, considérase causa xustificativa da falta de realización das dilixencias adecuadas para a obtención dun novo emprego que se comunique previamente ó instituto de emprego a imposibilidade para a súa realización (art. 53.2). Tampouco será susceptible de sanción a falta de comparecencia nos institutos de emprego ou no lugar que estes determinasen, se se xustificou adecuadamente; cando desapareza o impedimento, o beneficiario ha de presentarse no instituto de emprego correspondente (art. 53.1 e 2).

4. Relacións coas políticas activas de emprego

O Decreto nº.192/96, de trinta de maio establece a regulación legal de programas ocupacionais para os desempregados que perciben prestación e para os que están nunha situación comprobada de estreiteza económica.

A propia Exposición de Motivos sinala que o papel dos programas ocupacionais e, no seu conxunto, as actividades das políticas de emprego, non é a execución de tarefas productivas no mercado de traballo, senón a ocupación socialmente útil das persoas desempregadas mentres non lle xurdan alternativas de traballo, por conta allea ou por conta propia, ou de formación profesional, co fin de mitigar os efectos socialmente negativos do desemprego e permitirllas aumentar as posibilidades de reinserción no mercado laboral.

Para conseguir estes obxectivos as institucións deben prestar formación para os traballadores desempregados e información sobre o mercado laboral, sectores de actividades en expansión, oportunidades para a creación ou existencia de postos de traballo e técnicas sinxelas de busca de emprego (art. 4).

Os desempregados que perciben prestacións por desemprego realizarán tarefas que se consideren socialmente necesarias que serán as que promovan os servizos públicos e entidades sociais. Así mesmo estas actividades han de ser compatibles coa capacidade, preparación ou experiencia do traballador e non lle pode causar un prexuízo grave, en concreto para acceder ó lugar de traballo. Ademais han de ser útiles á colectividade e que normalmente non se realizaran ou se prestaran por traballo voluntario (art. 7).

A realización deste traballo necesario en proxectos ocupacionais unicamente dá o dereito ó traballador de percibir un subsidio complementario de ata o vinte por cen da prestación mensual de desemprego, durante o período de aproveitamento do subsidio de desemprego ou o subsidio social de desemprego. En todo caso a entidade promotora para a que presta o traballo é responsable dos gastos de transporte, alimentación e seguro de accidentes. Ademais o traballador dispoñerá de n día por semana para buscar emprego, sen prexuízo do dereito ó descanso semanal legalmente establecido e do deber de comparecencia nos servizos de emprego, sempre que fose requirido (art. 8).

En relación cos traballadores desempregados en situación de carestía económica, son destinatarios destes proxectos ocupacionais os que, acumulativamente, non teñan dereito ás prestacións de desemprego ou esgotasen os períodos polos que lles foron concedidas e se encontren nunha situación comprobada de escaseza de recursos económicos. Considérase que existen dificultades económicas cando os ingresos da unidade familiar do beneficiario non superen o oitenta por cento do salario mínimo interprofesional (art 10).

A remuneración económica do subsidio mensual dos traballadores que se encontren nesta situación equivale ó salario mínimo interprofesional e será retribuído polas entidades promotoras e polas institucións de emprego en diferentes porcentaxes, salvo os gastos de transporte, alimentación e seguro de accidentes que correrán a cargo da entidade promotora exclusivamente. Ademais están obrigatoriamente vinculados ó réxime de seguridade social de traballadores por conta allea (art. 13.1). En todo caso, igual que para os traballadores con dereito a prestación por desemprego, teñen dereito a un día á semana para buscar emprego, sen prexuízo do dereito ó descanso semanal establecido legalmente e ó deber de comparecer ante os servizos de emprego, sempre que fose requirido (art. 11).

A duración dos proxectos de actividades ocupacionais para traballadores en situacións de estreiteza económica será a que indiquen as respectivas entidades promotora, co límite máximo de doce meses. A renovación do acordo ten que comunicarse por escrito ós traballadores, coa antelación mínima de oito días en relación co termo o prazo respectivo, baixo pena de caducidade (art. 12.1 e 4).

Os institutos de emprego deben de comprobar que as entidades promotoras non utilizan os proxectos ocupacionais para cubrir postos de traballo que poden ser cubertos no mercado normal de traballo ou se os traballadores están destinados a fins distintos dos acordados por parte da entidade promotora (art. 14). O incumprimento por parte destas entidades das condicións anteriormente expostas supón a suspensión da participación financeira dos institutos de emprego, a reposición das cantidades xa concedidas e a súa exclusión de proxectos de actividades ocupacionais, sen prexuízo das responsabilidades extracontractuais ou penais a que haxa lugar (art. 15.1).

V. CONCLUSIÓN

1. Causalidade

A Constitución da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976, no artigo 53, consagra o denominado “principio de seguridade no emprego” ó prohibir os despedimentos sen causa xustificada.

Esta norma constitucional constitúe o pilar do réxime legal e impón un sistema rixido en materia da extinción do contrato de traballo cunha regulación está recollida no Decreto Lei nº. 64-A/89, de 27 de febreiro. Esta norma tipifica as causas de extinción do contrato de traballo no artigo 3, sen que se contemple a posibilidade do despedimento por iniciativa do empregador con aviso previo.

2. Protección formal

A regulación da acción de despedimento por parte do empregador está rodeada de fortes esixencias procesuais, o incumprimento determina a ilicitude do despedimento. Ademais o vigor e a eficacia das normas legais asegúrase pola súa natureza imperativa.

3. Garantías Institucionais

En canto ás formas de traballo atípicas, o réxime legal manifesta unha orientación fortemente restrictiva que tende cara ó dereito tradicional. Así, o contrato de duración determinada regúlase como unha excepción xa que nel tipifícanse a lei e as causas para recorrer a esta modalidade de contrato (art. 41 Decreto Lei 64-A/89), e as irregularidades sanciónanse coa conversión legal automática do contrato nun por tempo indeterminado.

Outras modalidades atípicas de traballo aínda carecen de regulación, como o traballo intelectual no domicilio, ó que se refiren a maioría das situacións de teletraballo.

4. Nivel de cobertura do paro

En relación co desemprego, utilizando unha expresión difundida pola doutrina italiana, hai que considerar que a regulación laboral nesta materia se presenta como un sistema garantístico ó que se suma o carácter fortemente tutelar do réxime xurídico coa natureza imperativa das súas normas.

5. Conclusións finais

Actualmente en Portugal estase levando a cabo unha fonda revisión da lexislación laboral a través da Proposta de Lei nº. 29/IX. Esta Proposta é froito da corrente de pensamento que critica o carácter proteccionista do Dereito do Traballo porque consideran que esta rixidez da lexislación laboral e que as garantías dos traballadores constitúen elementos que impiden superar a crise económica e alcanzar un funcionamento óptimo do sistema productivo.

Ademais se intenta diminuír a dimensión colectiva da relación laboral, substituíndo o poder colectivo organizado dos sindicatos polo poder contractual do traballador individual ó eliminar o principio do tratamento máis favorable. Este principio fundamental do Dereito do Traballo xurde para protexer ó traballador porque implica que nin os instrumentos de regulación colectiva nin o contrato individual de traballo poidan prever condicións menos favorables que a lei.

Sexa como for, o sistema laboral portugués ten que procurar equilibrar a estabilidade no emprego cun correcto nivel de protección social, é dicir, conseguir unha taxa de traballadores activos axeitada pero co risco de diminuír a protección social e aumentar a flexibilidade. Este dilema ten que resolverse atendendo ás implicacións económicas, sociolóxicas e ata políticas.

BIBLIOGRAFÍA

E.I.R.R., European Industrial Relations Review,
“Termination of contract”, nº 224, setembro 1992,

LOBO XAVIER, B. da Gama,
Curso de Direito do Trabalho, VERBO (Lisboa 1999)

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES,
“Internacional. Los despidos individuales en Europa. Parte tercera y última”, Boletín de Información Sociolaboral Internacional, nº 58, xaneiro 2002

PALMA RAMALHO, M. R.
“¿Inestabilidad o disminución del empleo? La rigidez del sistema jurídico portugués en materia de extinción del contrato de trabajo y del trabajo atípico”, R.E.D.T., nº 99, enero/febrero 2000

ROCELLA, M.
“Despidos individuales y colectivos: los caracteres del modelo europeo”, en *Presente y futuro de la regulación del despido* (coord. Castiñeira Fernández), Aranzadi, Navarra 1997

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO. PORTUGAL

Normas reguladoras	- A Constitución, art. 53 garante ós traballadores a seguridade no emprego e prohibe os despedimentos sen xusta causa ou por discriminación política ou ideolóxica. - <i>Lei dos despedimentos e da contratación por tempo determinado</i>, Decreto Lei 64-A/89 de 27 de febreiro de 1989. - Decreto Lei 400/91 de 16 de outubro de 1991 que regula de maneira específica a causa de termo do contrato por “inadaptación” do traballador ó posto de traballo. - <i>Decreto Lei 480/99</i>, de 9 de xuño, que entrou en vigor o 1 de xaneiro de 2000, é o que na actualidade regula as cuestións procesuais.
Principios inspiradores	O despedimento ten que responder a determinadas causas (causalidade e a determinadas formalidades).
Tipos de extinción	1. Resolución polo cumprimento do contrato (con distintos tipos) 2. Resolución consensual. 3. Despedimento por causa obxectiva: eliminación do posto de traballo. 4. Despedimento por inadaptación ó posto de traballo. 5. Despedimento disciplinario. 6. Despedimento colectivo. 7. Resolución por iniciativa do traballador.
Procedemento de despedimento	Comunicación escrita ó traballador indicándolle os motivos do despedimento. Haberá de practicarse acto de conciliación.
Particularidades procesuais	Esíxese aviso previo e comunicación ó comité de empresa.
Cualificación do despedimento	Corresponde ó xuíz. Pode ser lícito (similar ó procedente), ilícito (similar ó improcedente) ou nulo.
Custo da indemnización	Taxada na lei: un mes de salario por ano traballado ou fracción correspondente (art. 13.3 Decreto Lei 64/A89 de 27 de febreiro de 1989). Existen salarios de tramitación.
Configuración do despedimento colectivo	Segundo Directiva comunitaria: empresas que ocupen de 2 a 50 traballadores, cando pretendan despedir, como mínimo a dous; empresas que ocupen máis de 50 traballadores e despedan a cinco, como mínimo. Existen criterios de selección e individualización dos traballadores afectados.

ESQUEMA RESUMO DO RÉXIME DE DESEMPREGO. PORTUGAL

Organismos encargados da xestión	Centros rexionais de Seguridade Social e institutos de emprego.
Financiamento do sistema	Por medio de cotizacións empresariais nos casos do “subsídio por desemprego” e “subsídio por desemprego parcial”. O “subsídio social de desemprego” corresponde na súa maior parte ó Estado.
Niveis de protección	Contributivo: “subsídio por desemprego” e “subsídio por desemprego parcial”. Non contributivo: “subsídio social de desemprego”.
Situacións protexidas	Traballadores en situación de desemprego involuntario co período de carencia necesario que para acceder ó subsidio de desemprego é de cincocentos corenta días de traballo por conta allea nos vintecatro meses anteriores á data do desemprego e, para causar dereito ó subsidio social de desemprego, é de cento oitenta días de traballo por conta allea nos doce meses anteriores á data de desemprego.
Tempo de cobertura	O subsidio de desemprego e o subsidio social de desemprego terán a duración de doce meses para beneficiarios con idade inferior a trinta anos, dezoito meses para os que teñan trinta anos ou máis, pero en todo caso menos de corenta, e vintecatro meses para beneficiarios con idade superior a corenta anos e inferior a corenta e cinco, xa que neste caso a duración alcanza trinta meses. Ademais, se na data da solicitude da prestación o beneficiario tiña unha idade igual ou superior a corenta e cinco anos, auméntase a duración en dous meses por cada grupo de cinco anos con cotizacións ó réxime xeral, nos últimos vinte anos. Cando o subsidio social de desemprego é concedido por esgotamento do subsidio por desemprego, a duración deste redúcese á metade dos prazos anteriormente sinalados. A duración do subsidio de desemprego parcial ten como límite o período polo que foi concedido o subsidio de desemprego que se encontraba en curso.
Prestacións	O subsidio de desemprego corresponde ó 65% da base reguladora do beneficiario. Esta base obtense dividindo o total das remuneracións percibidas nos primeiros doce meses que preceden ó segundo mes anterior á data do desemprego; para obter esta cantidade teranse en conta as pagas extraordinarias. Ademais a lei delimita a contía do subsidio establecendo que non pode ser superior ó triple do salario mínimo interprofesional nin inferior á devandita cantidade, agás que a base reguladora do beneficiario non alcance ó salario interprofesional, neste caso o subsidio será igual á súa base reguladora. A contía diaria do subsidio social de desemprego será proporcional ó salario mínimo interprofesional. Así corresponde un cen por cen desta cantidade para beneficiarios con cargas familiares e un oitenta por cento para os que carezan delas. Para calcular a base reguladora só se terán en conta os salarios e pagas extraordinarias dos últimos seis meses. A contía do subsidio de desemprego parcial será a diferenza entre a cantidade do subsidio de desemprego aumentada nun vintecinco por cen (o que equivalería ó cen por cen da base reguladora) e o salario polo traballo a tempo parcial.
Subsidios	En función da renda familiar, nos casos anteriores e cando se esgote o período da prestación contributiva (“subsídio por desemprego” e “subsídio por desemprego parcial”).

ANEXO ANÁLISE COMPARATIVA

I. CADRO COMPARATIVO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO NOS DIFERENTES ORDENAMENTOS (Alemaña, Bélxica, Francia, Reino Unido, Italia e Portugal)						
	ALEMAÑA	BÉLXICA	FRANCIA	REINO UNIDO	ITALIA	PORTUGAL
Normas reguladoras	- Lei de protección fronte ó despedimento (<i>Kündigungsschutzgesetz</i> de 25 de agosto de 1969, última modificación por Lei de 23 de xullo de 2001), que só se aplica a empresas de seis ou máis traballadores e ás relacións laborais de seis ou máis meses: “fórmula do dobre seis” (<i>Doppelte 6</i>). - Código civil (<i>Bürgerliche Gesetzbuch</i> de 18 de agosto de 1896, en relación coa resolución do contrato a iniciativa de calquera das partes e a protección xeral contra o despedimento extraordinario) - E Leis especiais que protexen a determinados grupos de traballadores: discapacitados, embarazadas, membros de comité de empresa, etc.	Lei de contrato de traballo.	Lei núm. 73-680, de 13 de xullo de 1973, Lei núm. 75-5, de 3 de xaneiro de 1975, Lei núm. 86-797, de 3 de xullo de 1986, Lei núm. 89-549, de 2 de agosto de 1989, Lei núm. 2002-73, de 17 de xaneiro de 2002. Todas as normas citadas, xunto ós seus respectivos desenvolvementos regulamentarios, atópanse codificadas no Código do Traballo.	-Lei de Relacións Laborais de 1996 (<i>Employment Relations Act</i>) -Texto refundido da Lei sindical e de relacións laborais de 1992 (<i>Trade Union and Labour Relations [Consolidation Act]</i>). -Regulamento de maternidade e permiso parental de 1999 (<i>Maternity and Parental Leave Regulations</i>). -Lei de demandantes de emprego de 1995 (<i>Jobseekers’ Act</i>). -Regulamento do subsidio de demandantes de emprego de 1996 (<i>Jobseekers’ Allowance Regulations</i>).	- O Código Civil, Libro V. Título II, Capítulo I, Sección III, parágrafo 4, que nos seus artigos 2118 e ss. regula o relativo ó aviso previo no caso de resolución do contrato indefinido e ó despedimento por xusta causa. - A Lei nº 604, de 15 de xullo de 1966, que contén as normas sobre despedimentos individuais. - A Lei nº 300 de 20 de maio de 1970, o <i>Statuto dei lavoratori</i> italiano, que regula a readmisión no posto de traballo nos casos de despedimento ineficaz (tutela real). - A Lei nº 108, de 11 de maio de 1990 que modifica a anterior. - A Lei nº 223 de 23 de xullo de 1991, que regula o relativo ó despedimento colectivo.	- A Constitución, art. 53, garante ós traballadores a seguridade no emprego e prohibe os despedimentos sen xusta causa ou por discriminación política ou ideolóxica. - Lei dos despedimentos e da contratación por tempo determinado, Decreto Lei 64-A/89 de 27 de febreiro de 1989. - Decreto Lei 400/91 de 16 de outubro de 1991 que regula de maneira específica a causa de termo do contrato por “inadaptación” do traballador ó posto de traballo. - Decreto Lei 480/99, de 9 de xuño, que entrou en vigor o 1 de xaneiro de 2000, é o que na actualidade regula as cuestións procesuais.
Principios inspiradores	Esíxese que o despedimento estea socialmente xustificado: - Causalidade, aínda que regulación legal xenérica. - Proporcionalidade: busca de medidas alternativas menos radicais que permitan a continuación do traballador na empresa. - Adecuada selección social: elección do traballador, de entre os comparables, a quen socialmente menos prexuízos cause o despedimento, sen incluír traballadores de interese xustificado para a empresa.	Carácter causal.	Carácter causal: o “dereito a despedir” correspondente ó empresario é un dereito “causal”. A lexislación francesa supedita a lícita extinción empresarial do contrato de traballo á concorrencia dunha das causas legalmente descritas.	Esixencia de xustificación no despedimento. Segundo criterios de razoabilidade. O empresario debe poñer de manifesto que analizou outras alternativas antes do despedimento e que utilizou un procedemento apropiado.	O empresario só pode despedir se ten unha xustificación (causalidade).	O despedimento ten que responder a determinadas causas (causalidade e a determinadas formalidades.

	ALEMANYA	BÉLXICA	FRANCIA	REINO UNIDO	ITALIA	PORTUGAL
Tipos de extinción	- Consensual: 1. Por mutuo acordo, mediante o <i>Aufhebungsvertrag</i> ou acordo de resolución 2. En caso de contratos temporais, pola expiración do termo ou a realización da obra ou servizo contratados. - A instancia do empresario, mediante o despedimento: 1. Despedimento ordinario: por necesidades urxentes da empresa, por razóns inherentes á persoa do traballador ou polo comportamento do traballador. 2. Despedimento extraordinario: por <i>wichtiger Grund</i>, que permita ó empresario despedir sen aviso previo. 3. Despedimento especial: maior protección por motivo da persoa a quen se despide: minusválidos, mulleres, mozos, representantes dos traballadores, etc. - A instancia do traballador, mediante a súa dimisión. En caso de falecemento do traballador, extinguese tamén o contrato.	Despedimento individual coas seguintes distincións para os efectos de procedemento principalmentemente: suposto do contrato de traballo por tempo indefinido, suposto do contrato de traballo de duración determinada, despedimento por motivo grave ou por motivo urxente, despedimento por "acto equivalente a ruptura", despedimento do traballador durante o período de IT Despedimento colectivo: conforma un despedimento colectivo todo aquel efectuado por causas alleas ós propios traballadores, que afecte, nun período de 60 días e en unha mesma empresa –entendida como unidade técnica de explotación-, a un número determinado de traballadores.	Despedimento por motivo persoal: categoría asimilable ó despedimento disciplinario non definida expresamente pola lei, é todo aquel que non é económico Despedimento por motivo económico: "constitúe un despedimento por motivo económico o despedimento efectuado por un empregador en atención a un ou varios motivos non inherentes á persoa do traballador, derivados dunha supresión ou transformación de posto ou dunha modificación substancial do contrato de traballo, como consecuencia, en particular, de dificultades económicas ou de mutacións tecnolóxicas".	-Dimisión (<i>resignation</i>). -Imposibilidade sobrevida (<i>frustration</i>). -Extinción de mutuo acordo (<i>consensual termination</i>). -Despedimento (<i>dismissal</i>), coas súas variantes de extinción dun contrato temporal e de extinción por incumprimento do empresario (<i>constructive dismissal</i>). -Amortización de posto de traballo (<i>redundancy</i>).	1. Renuncia. 2. Resolución consensual. 3. Resolución imputable ó empresario: - por incumprimento do traballador, - por circunstancias da empresa (despedimento por xusta causa; despedimento por motivo xustificadísimo, obxectivo ou subxectivo; despedimento colectivo). 4. Extinción por chegada a termo nos contratos por tempo determinado. 5. Morte do traballador. 6. Falta de reingresso do traballador nos trinta días sucesivos á recepción da invitación trala sentenza do xuíz que ordena a readmisión.	1. Resolución polo cumprimento do contrato (con distintos tipos) 2. Resolución consensual. 3. Despedimento por causa obxectivoa: eliminación do posto de traballo. 4. Despedimento por inadaptação ó posto de traballo. 5. Despedimento disciplinario. 6. Despedimento colectivo. Resolución por iniciativa do traballador
Procedemento de despedimento	-Entrevista previa: non é necesaria. -Prazo de aviso previo nos despedimentos ordinarios: entre dúas semanas e sete meses -Comunicación do acto extintivo: forma escrita. -Intervención de representantes dos traballadores: audiencia previa ó comité de empresa preceptiva pero non vinculante, aínda que con importantes efectos	Dependerá do tipo de despedimento efectuado e do tipo de contrato afectado. Non obstante, con carácter xeral, consta das seguintes fases: remisión da carta de despedimento, concesión dun período de aviso previo.	Estíxese a concorrencia dun requisito de fondo, a chamada "causa real e seria", e dun requisito de forma que se manifesta nun procedemento composto polas seguintes fases fundamentais: convocatoria do traballador a unha entrevista, entrevista entre empresario e traballador co obxecto de que o primeiro explique ó segundo os motivos do despedimento e á vez considere as eventuais explicacións do traballador, notificación do despedimento. O despedimento económico, na súa dobre vertente individual ou colectiva, é obxecto dun procedemento específico.	-Non necesaria formalización escrita do despedimento, pero dereito do traballador a requirir ó empresario para que en 14 días lles comuniquen por escrito os motivos. -Dereito ó aviso previo en función da antigüidade, ata un máximo de doce semanas, agás incumprimento moi grave (<i>gross misconduct</i> do traballador). -Dereito do traballador a un procedemento apropiado (<i>proper procedure</i>).	Comunicación escrita. O traballador requirirá ó empresario os motivos nos 15 días seguintes. O empresario debe notificarllos nos 7 días seguintes ó requirimento.	Comunicación escrita ó traballador indicándolle os motivos do despedimento. Haberá de practicarse acto de conciliación.

	ALEMANA	BÉLGICA	FRANCIA	REINO UNIDO	ITALIA	PORTUGAL
Particularidades procesuais	- Posibilidade de que o traballador siga traballando durante o procedemento. - Inicio: interposición da demanda ou da denuncia novatoria, en xeral, no prazo de tres semanas. - Acto de conciliación. - Xuízo, se non se consegue acordo das partes. - Carga da proba: recae no empregado, agás a inadecuada selección social.		Para os litixios individuais existen- cia dunha particular instancia os "Prud'hommes" composta por repre- sentantes dos traballadores e repre- sentantes dos empresarios.	- Posibilidade de demandar o empre- sario por incumprimento do contra- to en <i>common law</i> perante os Tribunais ordinarios. - Existencia de medidas cautelares (<i>interim relief</i>) nos despedimentos por motivos sindicais.	Conciliación previa obrigatoria nos 60 días seguintes á recepción da comunicación. A demanda contéstase por escrito.	Exíxese aviso previo e comunicación ó comité de empresa.
Cualificación do despedimento	- Despedimento socialmente xustifi- cado - Despedimento socialmente inxusti- ficado: sen causa legal - Nulo: por defecto de forma ou motivos de fondo (prohibicións legais, discriminación por razón de sexo, sanción fronte ó exercicio dun dereito lícito do traballador, etc.)	Tres posibles cualificacións simila- res ás existentes en Dereito espa- ñol.	- Despedimento xustificado. - Despedimento sen causa real e sería ou improcedente. - Despedimento nulo.	- Despedimento torpe (<i>wrongful dis- missal</i>), para un remedio en <i>com- mon law</i>. - Despedimento xusto (<i>fair dismis- sal</i>). - Despedimento inxusto (<i>unfair dis- missal</i>), coa variante dos despedi- mentos automaticamente inxustos (<i>automatically unfair dismissals</i>).	Tutela real (aseméllase, pero non é igual) á nulidade. Tutela obrigatoria (aseméllase, pero non é igual) á improcedencia. Procedencia.	Corresponde ó xuíz. Pode ser lícito (similar ó procedente), ilícito (simi- lar ó improcedente) ou nulo.
Custo da indemnización	- Consecuencia xurídica legal: read- misión do traballador. - Posibilidade alternativa tanto para o traballador como para o empre- sario: solicitar do tribunal de traballo a extinción da relación laboral, tralo pagamento polo empregador dunha indemnización adecuada e dos salarios de tramitación (unha vez descontados os salarios recibi- dos polo traballo realizado, se é o caso, noutras empresas e as presta- cións, subsidios ou auxilio social). É a opción elixida na maior parte dos despedimentos. Se o despedimento inxustificadado é extraordinario, só pode solicitála o traballador, non o empresario.	Será equivalente ó período de aviso previo non cumprido, período de duración diversa atendendo a pará- metros tales como a antigüidade do traballador na empresa ou a remun- eración percibida e, en determina- dos supostos, obxecto de fixación xudicial. En caso de contrato de duración determinada a indemnización por despedimento será equivalente á remuneración correspondente ó período que restara por cumprir ata o remate do contrato cun tope máximo.	O Código de traballo prevé unha indemnización legal calculada en función da antigüidade na empresa, sobre a base do salario medio perci- bido os tres meses anteriores ó des- pedimento. Non obstante, cabe o establecemento de indemnizacións superiores por convenio ou no pro- pio contrato de traballo. Adicionalmente, en caso de despedi- mento sen causa real e sería, o xuíz poderá fixar unha indemnización en función do prexuízo real padecido polo traballador e polo tanto non taxada: indemnización denominada "dommages et intérêts pour licencie- ment abusif ou rupture abusive".	- En <i>common law</i>, non taxada e ili- mitada. - Posibilidade (pouca frecuente na práctica) de que o Tribunal emita unha orde de readmisión (<i>reinstate- ment</i>) ou reemprego (<i>reengage- ment</i>), con pagamento de salarios trámiz (<i>arrears in pay</i>). - Indemnización en tres niveis: bási- ca (<i>basic award</i>), compensatoria (<i>compensatory award</i>) e adicional (<i>additional award</i>). - <i>Basic award</i>: unha semana e media de salario polos anos de servizo por encima da idade de 41, unha sema- na polos anos en que a idade esta- ba entre 22 e 41 e media semana para os anos en que a idade estaba por debaixo de 22, sen que se teñan máis de 13 traballadores.	Indemnización por "Tratamento da fin da relación": en todo caso de extinción. Debe facerse cada ano provisión de fondos para el. Indemnización por salarios de trami- tación: mínimo de 5 mensualidades. Indemnización en substitución da readmisión en casos de "tutela real" (similar á nulidade): 15 mensuali- dades. Indemnización nos casos de tutela obligatoria (similar a improceden- cia): entre 2'5 e 6 mensualidades. 10 mensualidades para traballador con máis de 10 anos de antigüida- de e 14 mensualidades para traba- llador con máis de 20 anos de anti- güidade se o empresario ocupa a máis de 13 traballadores.	Taxada na lei: un mes de salario por ano traballado ou fracción corres- pondente (art. 13.3 Decreto Lei 64/489 de 27 de febreiro de 1989). Existen salarios de tramitación.

	ALEMANIA	BÉLXICA	FRANCIA	REINO UNIDO	ITALIA	PORTUGAL
	- Non existe obriga legal taxada de indemnización. A determinación da súa contía depende da existencia dun convenio colectivo ou dun plan social negociado entre o comité de empresa e o empresario. En defecto de, soen acordarse en conciliación indemnizacións abranguidas entre medio e un salario bruto mensual por ano traballado. O que si fixa a lei son límites máximos de indemnización, segundo a idade do traballador e a súa antigüidade na empresa: entre doce e dezoito mensualidades.			en conta máis de 20 anos de emprego. Tope de 7500 libras esterlinas. -<i>Compensatory award</i>: por perdas do traballador, con gran discrecionalidade do órgano xudicial. Tope lixeiramente superior a 53000 libras esterlinas, con inclusión da <i>basic award</i>. -<i>Additional award</i>: en caso de incumprimento do empresario dunha orde de readmisión ou reemprego. De contía de entre vinteseis e cincuenta e dúas semanas sobre unha base semanal non superior a 250 libras.	Indemnización no caso de despedimento colectivo e consecuencias específicas: "lista de mobilidade"; accións específicas para o emprego. O persoal que resulte excedentario é despedido polo procedemento de despedimento colectivo e é inscrito nunha "lista de mobilidade", percibindo a indemnización na medida do 100% do tratamento <i>casa integrazione guadagni</i> para os primeiros 12 meses e despois na medida do 80%, coas seguintes limitacións temporais: 12 meses, que devían 24 para traballadores que superaron os 40 anos e 36 para os que superaron os 50 anos. Para os traballadores afectados por un despedimento colectivo esívese o empresario o pagamento o Instituto Nacional de Previsión Social do <i>tratamento máximo de integración salarial</i> que o empresario está obrigado a consignar.	Segundo Directiva comunitaria: empresas que ocupen de 2 a 50 traballadores, cando pretendan despedir, como mínimo a dous; empresas que ocupen máis de 50 traballadores e despedan a cinco, como mínimo. Existen criterios de selección e individualización dos traballadores afectados.
Configuración do despedimento colectivo	- Despedir nun prazo de 30 días a un determinado número de traballadores, en función do tamaño do cadro de persoal -Negociar co comité de empresa un "equilibrio de intereses" e un "plan social" -Notificar os despedimentos á Oficina de Emprego, que pode fixar un prazo máximo de 2 meses para que non se efectúen despedimentos. -A lei non impón unha indemnización, aínda que esta soe vir esixida por convenio colectivo, contrato individual ou plan social, e ten un límite máximo.	En termos similares que o Dereito interno aínda que o período de referencia é inferior: 60 días.	Distinción entre o "gran" despedimento colectivo e o "pequeno" despedimento colectivo, en función do número de traballadores afectados. En xeral, configuración do despedimento colectivo en termos máis estritos cá lexislación española: pois, é inferior o período esixido para considerar que os actos extintivos realizados conforman efectivamente un despedimento colectivo suxeito a particular procedemento.	-Despedimento de máis de vinte traballadores nun centro de traballo dentro dun período de noventa días. -Consultas con representantes do sindicato reconecido ou especificadas que o despedimento afecte a 100 ou máis traballadores, neste caso período de noventa días. -Se non se cumpre o trámite de consultas, indemnización en defensa do traballador (<i>protective award</i>). -Inexistencia de autorización administrativa.	Adaptado á Directiva comunitaria: Empresas que ocupen a máis de 15 traballadores e que pretendan realizar polo menos 5 despedimentos no espazo de 120 días. Existen criterios de selección e individualización dos traballadores afectados.	

II. CADRO COMPARATIVO DO RÉXIME DE DESPEDIMENTO NOS DIFERENTES ORDENAMENTOS (Alemaña, Bélxica, Francia, Reino Unido, Italia e Portugal)						
	ALEMANA	BÉLXICA	FRANCIA	REINO UNIDO	ITALIA	PORTUGAL
Organismos encargados da xestión	Arbeitsamt ou oficina de emprego.	O Ministerio do Emprego e do Traballo: ostenta competencia directa sobre esta materia. "Office National de Sécurité Sociale": ten competencias en materia de recadación das cotizacións (non só as de desemprego) e reparto dos medios financeiros ós organismos encargados do pagamento de prestacións. "Office National de l'Emploi", "Caisse Auxiliaire de paiement des allocations chômage", "Bureau du caisse auxiliaire", organizacións sindicais representativas autorizadas: teñen competencias en materia de pagamento das prestacións por desemprego.	UNEDIC e ASSEDTICS, organismos creados por Acordo Interprofesional asinado o 31 de decembro de 1958 e, por conseguinte, dirixidos paritariamente por representantes dos traballadores e representantes dos empresarios.	No ámbito do Ministerio de Traballo e Pensions, unha rede de oficinas de emprego (<i>jobcentres</i>) e de Seguridade Social (<i>social security offices</i>), que en 2006 converxerán nunha rede de centros de emprego (<i>Jobcentre Plus network</i>).	INPS (Instituto Nacional de Previsión Social).	Centros rexionais de Seguridade Social e institutos de emprego.
Financiamiento do sistema	Mixto, a través das cotizacións dos traballadores e con cargo ós impostos dos cidadáns.	Cotizacións de empresarios e traballadores e financiamento público –con cargo ós centros municipais de axuda social- para os subsidios.	Con carácter principal, as cotizacións de empresarios e traballadores. Non obstante, tamén cómpre facer mención a contribucións suplementarias e especiais xeradas ó produciuse determinadas extincións do contrato de traballo, así como ás achegas do Estado.	O <i>jobseekers' allowance</i> unifica unha prestación contributiva, baseada en cotizacións anteriores, e un subsidio asistencial, baseado na carencia de ingresos.	Corresponde, a través de cotizacións, ós empresarios, para os casos de desemprego de prestacións "ordinarias", mentres que para as prestacións "extraordinarias" o financiamento na maior parte corresponde ó Estado, pero tamén está prevista a cotización, tanto dos empresarios como dos traballadores (art. 9 Lei 407/1990).	Por medio de cotizacións empresariais nos casos do "subsidio por desemprego" e "subsidio por desemprego parcial". O "subsidio social de desemprego" corresponde na súa maior parte ó Estado.
Niveis de protección	-Contributivo <i>Arbeitslosenversicherung</i> : 1. <i>Arbeitslosengeld</i> ou prestación de desemprego 2. <i>Kurzarbeitsgeld</i> ou prestación de desemprego parcial técnico. 3. <i>Winterausfallgeld</i> ou prestación de desemprego parcial causado polas condicións meteorolóxicas. 4. <i>Wintergeld</i> polas horas de traballo perdidas a causa do mal tempo de inverno.	Nivel contributivo: a "assurance chômage"; atópanse integrados no campo de aplicación da denominada "assurance chômage" todos os traballadores encadados no sistema de Seguridade Social así como os mozos que ó rematar a súa formación non atopan emprego. Nivel asistencial: o "minimex".	0 nivel contributivo: "Assurance chômage". 0 nivel asistencial: "Régime solidaire".	Protección unificada no <i>jobseekers' allowance</i> , que unifica os anteriores <i>unemployment benefit</i> (contributivos) e <i>income support</i> –asistencial-.	Prestacións ordinarias e extraordinarias (parecido á disposición entre prestacións contributivas e asistenciais).	Contributivo: "subsidio por desemprego" e "subsidio por desemprego parcial". Non contributivo: "subsidio social de desemprego".

	ALEMANA	BÉLXICA	FRANCIA	REINO UNIDO	ITALIA	PORTUGAL
	5. <i>Insolvenzgeld</i> ou prestación por insolvencia. - Asistencial: 1. <i>Arbeitslosenhilfe</i> (subsídios por desemprego) 2. <i>Sozialhilfe</i> (axuda social).	Con carácter xeral: Perda do emprego. Mozos que non encontran o seu primeiro emprego.	Atópase en situación legal de desemprego todo aquel que reúne os seguintes requisitos: 1. Carecer de emprego ou exercer unha actividade mensual de menos de 78 horas; 2. Non rexistar ofertas de emprego; 3. Buscar efectivamente, de modo activo, un emprego; 4. Figurar como demandante de emprego nas listas da oficina pública establecida ó efecto (ANPE).	Protéxese ós desempregados de entre dezaoito e sesenta e cinco anos que cumprian estes requisitos: 1. Disponibilidade para traballar. 2. Subscrición dun acordo de demandante de emprego -<i>jobseekers' agreement</i>-. 3. Busca activa de emprego. 4. Carencia previa ou insuficiencia de ingresos. 5. Non existencia de traballo remunerado. 6. Capacidade para o traballo. 7. Idade por debaixo da de xubilación. 8. Residencia no Reino Unido.		
Situacións protexidas	- Para acceder á prestación por desemprego esíxese: 1. Estar en situación legal de desemprego: non ter relación laboral cunha xornada de 15 ou máis horas semanais. 2. Figurar inscrito na Oficina de Emprego como desempregado. 3. Solicitude. 4. Período de carencia de polo menos 12 meses nos 3 últimos anos. 5. Disponibilidade para aceptar un emprego razoable. - Para acceder ó subsidio de desemprego esíxese, ademais: 1. Ter esgotado unha previa prestación de desemprego ou non ter podido solicitarla por non ter completado o período de cotización esixido. 2. Estar en situación de necesidade					Trabaladores en situación de desemprego involuntario co período de carencia necesario que para acceder ó subsidio de desemprego é de cincocentos corenta días de traballo por conta allea nos vinte e catro meses anteriores á data do desemprego e, para causar dereito ó subsidio social de desemprego, é de cento oitenta días de traballo por conta allea nos doce meses anteriores á data de desemprego.
Tempo de cobertura	- Prestación por desemprego: entre 6 e 32 meses, en función do tempo traballado e cotizado nos 7 anos anteriores e da idade do desempregado. - Subsidio de desemprego: máximo un ano pero pode renovarse ata os 65 anos de idade sen límite máximo de duración. - Propostas da Comisión Hartz diferenciadas ó ano 2005, para o caso de que non se consiga diminuir o número de desempregados: importantes recortes no tempo máximo de aproveitamento da cobertura: 12 meses para a prestación e dous	Procede destacar dúas particularidades: - Anticipo do tempo de cobertura respecto do establecido na lexislación española: os mozos menores de 30 anos poden beneficiarse de prestacións de "espera" unha vez concluídos os seus estudos cando nunca traballaron ou non o fixeron o tempo suficiente para acceder ás prestacións por desemprego clásicas. - As prestacións concédense sen limitación ningunha de duración, tan só cabe a suspensión en caso de incumprimento dos deberes correspondentes a todo demandante de	No nivel contributivo: o período máximo durante o cal se pode aproveitar da AUD é de 30 meses no caso dos parados de menos de 50 anos, e de 60 meses no caso dos parados de máis de 50 anos. No nivel asistencial: percepción da ASS por tempo ilimitado para todo aquel que non soborde un nivel máximo de rendas e acredite 5 anos de actividade asarlada os 10 anos que precederon a extinción do seu contrato de traballo	- Vinteseis semanas no nivel contributivo. De duración indefinida no nivel asistencial.	Prestación ordinaria: 180 días, con prorroga ata os 9 meses se se é maior de 50 anos. Prestación ordinaria con requisitos reducidos: o período correspondente ás xornadas efectivamente traballadas no ano sen superar 156 xornadas. Subsidio: 12 meses. Indemnización por mobilidade: en función da idade do traballador e a súa localización, entre 12 e 48 meses. Fondo de desemprego ordinario: 13 semanas, prorrogables ata 12 ou 24 meses.	O subsidio de desemprego e o subsidio social de desemprego terán a duración de doce meses para beneficiarios con idade inferior a trinta anos, dezaoto meses para os que teñan trinta anos ou máis, pero en todo caso menos de corenta, e vinte e catro meses para beneficiarios con idade superior a corenta anos e inferior a corenta e cinco, xa que neste caso a duración alcanza trinta meses. Ademais, se na data da solicitude da prestación o beneficiario tiña unha idade igual ou superior a corenta e cinco anos, aumentase a duración en dous meses.

	ALEMANA	BÉLGICA	FRANCIA	REINO UNIDO	ITALIA	PORTUGAL
	anos para o subsidio, agás os desempregados maiores de 55 anos, que poderán manter o subsidio ata os 60.	emprego, en particular a busca activa e efectiva dun posto de traballo.			Fondo de desemprego extraordinario: entre 12 e 24 meses.	meses por cada grupo de cinco anos con cotizacións ó réxime xeral, nos últimos vinte anos. Cando o subsidio social de desemprego é concedido por esgotamento do subsidio por desemprego, a duración deste redúcese á metade dos prazos anteriormente sinalados. A duración do subsidio de desemprego parcial ten como límite o período polo que foi concedido o subsidio de desemprego que se encontraba en curso.
Prestacións	- <i>Arbeitslosengeld</i>: - Sen fillos a cargo o 60% da base reguladora, cuns límites máximos. - cun fillo polo menos a cargo o 67%. - <i>Kurzarbeitsgeld</i>: aplicación das mesmas porcentaxes á parte do salario non percibida pola redución da xornada. - <i>Winterausfallgeld</i>: igual que a prestación anterior, pero só a partir da 101 hora de desemprego a cargo da prestación por desemprego. (Se existe convenio colectivo, pode percibirse a partir da 31 hora pero a cargo do empregador.) - <i>Wintergeld</i>: contía fixa de 1,03 € por cada hora traballada, excepto as extraordinarias, ou, se é o caso, por cada hora perda en datas determinadas. - <i>Insolvenzgeld</i>: salarios netos pendentes dos 3 últimos meses.	"Allocations chômage": para traballadores privados involuntariamente do seu traballo e da súa remuneración, que perdesen un emprego a tempo completo, que estean inscritos como demandantes de emprego, que estean dispoñibles no mercado de traballo, que sexan aptos para o traballo, que non alcanzasen a idade de xubilación, que se presenten para cumprir as formalidades de control. "Allocations d'attente a sua base des études antérieures et allocations de transition pendant l'obligation scolaire à temps partiel" para mozos que remataron os seus estudos ou aínda os están cursando a tempo parcial. "Allocations de chômage avec complément d'ancienneté octroyées après a première année aux chômeurs âgés (plus de 50 ans) qui justifient au moins 20 ans de passé professionnel", isto é, prestacións por desemprego con complemento de antigüidade, outorgadas tralo primeiro ano ós parados de máis de 50 anos que acrediten ó menos 20 anos de actividade asalariada.	A "prestación xenérica": A "allocation unique dégressive" (AUD): é a prestación a que teñen dereito os desempregados que cotizan polo menos 4 meses os últimos 8 meses. As "prestacións específicas": A "activité réduite et allocation chômage" (ARAC): é aboada a aqueles demandantes de emprego que desempeñan unha actividade a tempo parcial. A "allocation chômeurs agés" (ACA): está destinada ós parados que teñan menos de 60 anos e acrediten a cotización de ó menos 160 trimestres. A "allocation de formation reclasement" (AFR): está destinada a desempregados que participen a cursos de formación.	O <i>jobseekers' allowance</i> contributivo é de 53,95 libras semanais para maiores de vinte e cinco anos e de 42,50 para menores de dita idade, aínda que a súa contía se revisa anualmente. Redúcese polo total das rendas que o desempregado perciba por encima das 50 libras semanais. Págase en períodos quincenais, vencidos.	Prestación ordinaria: 180 días: 40% da BR (salario) cun límite máximo. Prestación ordinaria con requisitos reducidos: dura o número de xornadas correspondente ás efectivamente traballadas. 30% BR con límite máximo. Indemnización por mobilidade. Varía en función da idade do traballador e a situación da empresa. Contía do 100% do fondo de desemprego extraordinario os 12 primeiros meses e o 80% despois.	O subsidio de desemprego corresponde ó 65% da base reguladora do beneficiario. Esta base obtense dividindo o total das remuneracións percibidas nos primeiros doce meses que preceden ó segundo mes anterior á data do desemprego, para obter esta cantidade teranse en conta as pagas extraordinarias. Ademais a lei delimita a contía do subsidio establecendo que non pode ser superior ó triple do salario mínimo interprofesional nin inferior á devandita cantidade, agás que a base reguladora do beneficiario non alcance ó salario interprofesional, neste caso o subsidio será igual á súa base reguladora. A contía diaria do subsidio social de desemprego será proporcional ó salario mínimo interprofesional. Así corresponde un cen por cen desta cantidade para beneficiarios con cargas familiares e un oitenta por cento para os que carezan delas. Para calcular a base reguladora só se terán en conta os salarios e pagas extraordinarias dos últimos seis meses. A contía do subsidio de desemprego parcial será a diferencia entre a cantidade do

	ALEMANIA	BÉLXICA	FRANCIA	REINO UNIDO	ITALIA	PORTUGAL
Subsidios	- Sen fillos a cargo o 53% da base reguladora. - con un fillo polo menos a cargo o 57%.	"Minimex" ou "mínimo de medios de existencia", para aqueles traballadores situados á marxe da rede protectora da Seguridade Social por non cumprir as condicións requiridas para cobrar as súas prestacións.	A "allocation de solidarité spécifique" (ASS): é aboados traballadores que esgotasen os seus dereitos no nivel contributivo. Non está suxeita a duración máxima algunha, pero o perceptor ten que acreditar que non soborde un determinado nivel de rendas e 5 anos de actividade asalariada durante os 10 anos que preceden a extinción do seu contrato de traballo. A "allocation d'insertion" (AI): vai dirixida a aqueles desempregados que non ostentan nin ostentasen dereito ás prestacións contributivas por desemprego, así como a persoas en situación de especial maxinación. É susceptible de aproveitamento durante 6 meses prorrogables nunha única ocasión por outros 6. A "allocation spécifique d'attente" (ASA): os seus beneficiarios son os desempregados de menos de 60 anos que cotizasen 40 anos por xubilación e perciban a ASS.	Idénticos ingresos ós do nivel contributivo, aínda que no caso de parellas desempregadas se alcanzan as 847 libras se ambos membros son maiores de vintecinco anos.	Para traballadores que cesaron no percibo do fondo de desemprego extraordinario ou da prestación de mobilidade. 12 meses e contía fixa (463,35 € mensuais en 2002).	subsidio de desemprego aumentada nun vintecinco por cen (o que equivalería ó cen por cen da base reguladora) e o salario polo traballo a tempo parcial. En función da renda familiar, nos casos anteriores e cando se esgotou o período da prestación contributiva ("subsídio por desemprego" e "subsídio por desemprego parcial").

