



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultade de Dereito

**Programa de simultaneidade do Grao en Dereito e o Grao en
Administración e Dirección de Empresas**

NACIONAL DE TERCEIRO ESTADO. PROPOSTAS DE SOLUCIÓN Á
PROBLEMÁTICA DERIVADA DO SEU DESPRAZAMENTO NA UNIÓN
EUROPEA A TRAVÉS DO ESTUDO COMPARADO DO DEREITO ESPAÑOL,
PORTUGUÉS E BRASILEIRO

NACIONAL DE TERCER ESTADO. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN A LA
PROBLEMÁTICA DERIVADA DE SU DESPLAZAMIENTO EN LA UNIÓN
EUROPEA A TRAVÉS DEL ESTUDIO COMPARADO DEL DERECHO ESPAÑOL,
PORTUGUÉS Y BRASILEÑO

NATIONAL FROM A THIRD STATE. SOLUTION PROPOSALS TO THE
PROBLEM CAUSED BY THEIR POSTING WITHIN THE EUROPEAN UNION
THOUGH A COMPARATIVE STUDY OF SPANISH, PORTUGUESE AND
BRAZILIAN LAW

TFG APRENDIZAXE POR SERVIZO - CÁRITAS

Traballo de Fin de Grao en Dereito presentado por

CARLOS RODRÍGUEZ ASCARIZ

Dirixido por

DR. XOSÉ MANUEL CARRIL VÁZQUEZ

A Coruña, curso 2022-2023

ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
LISTADO DE ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN.....	4
ANTECEDENTES DE FEITO	5
DESENVOLVEMENTO DAS CUESTIÓNS	6
1. BLOQUE LABORAL.....	6
1.1. En atención á lexislación laboral, o cambio de destino de Portugal a Arteixo trátase dun desprazamento ou dun traslado? Que implicacións van ligadas a unha ou outra consideración?	6
1.2. A extinción do contrato de Óscar por parte da empresa tras coñecer esta a súa doenza ten amparo legal? Podería facer algo ó respecto Óscar?.....	11
1.3. Que consecuencias legais, se as houber, podería ter o incumprimento da promesa do empregador de dar de alta laboral a Óscar na filial española?.....	15
2. BLOQUE SANITARIO.....	22
2.1. Tendo en conta a gravidade da situación, a negativa do Servicio Galego de Saúde a practicar unha intervención alegando a ausencia de tarxeta sanitaria está xustificada?.....	23
2.2. Prosperaría a petición de responsabilidades ó SERGAS pola súa negativa a operar, visto que da devandita negativa se derivou un agravamento da doenza, xa que o tumor continuou avanzando?	27
3. BLOQUE DE EXTRANXEIRÍA.....	29
3.1. Tería posibilidades de prosperar un intento de regularización da situación dos membros da familia fundamentado na concorrencia de razóns humanitarias pola enfermidade de Óscar?	29
3.2. Sería posible regularizar a situación da familia grazas ó nacemento en España de Xoán?.....	34
3.3. Cabería pedir a regularización da situación de Óscar con base a un arraigo laboral por ter traballado en Arteixo?.....	39
4. BLOQUE DE ESCOLARIZACIÓN.....	40
4.1. Vista a situación familiar, habería algún obstáculo legal que impida proceder á matriculación dos menores nun centro de estudos para que podan recibir a educación básica obrigatoria?.....	40
CONCLUSIONES	42
BIBLIOGRAFÍA	44
APÉNDICE LEXISLATIVO	46
APÉNDICE XURISPRUDENCIAL	50

LISTADO DE ABREVIATURAS

CC: Código Civil

CCAA: Comunidades Autónomas

CE: Constitución Española

CHUAC: Complexo Hospitalario Universitario da Coruña

CT: *Código do Trabalho*

EM: Estado Membro (da Unión Europea)

ET: Estatuto dos Traballadores

LO: Lei Orgánica

LRXSP: Lei de Réxime Xurídico do Sector Público

LSNS: Lei de cohesión e calidade do Sistema Nacional de Saúde

SERGAS: Servizo Galego de Saúde

SS: Seguridade Social

STS: Sentenza do Tribunal Supremo

STSX: Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza

STSXG: Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galiza

TC: Tribunal Constitucional

TFUE: Tratado de Funcionamento da Unión Europea

TXUE: Tribunal de Xustiza da Unión Europea

UE: Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Este Traballo de Fin de Grao é o resultado da experiencia de innovación docente que supón a modalidade de Aprendizaxe por Servizo (ApS) que ofrece a Universidade da Coruña. A ApS pretende servir como vía de aprendizaxe ó mesmo tempo que se presta un servizo á comunidade. É un proxecto que busca conxugar o exercicio das capacidades aprendidas dentro do Grao ou do Mestrado co servizo á comunidade, redundando nunha mellor comprensión do Dereito grazas á súa aplicación práctica, ó mesmo tempo que se consegue mellorar a contorna e se intenta avanzar en xustiza social. Unha actividade que, como se ten indicado, integra “un servizo solidario á sociedade coa aprendizaxe de contidos e a adquisición de competencias no marco dunha educación pública superior nutrida de valores e compromiso social” (Garcimartín Montero, Quintáns Eirás, & Carril Vázquez, 2022).

O caso que da lugar a este traballo é un suposto real que afecta a unha persoa que está en situación de necesidade e que é usuaria dos servizos de atención de Cáritas da Coruña. Presenta problemas moi diversos entre os que figuran algúns estritamente xurídicos necesitados de solucións. Precisamente, este Traballo de Fin de Grao pretende darlles unha resposta legal. A fin de poder responder a estas cuestións houbo que desprazarse ó centro Cáritas en varias ocasións para manter unha serie de reunións de traballo que axudasen a delimitar o conxunto de problemas necesitados de solución. Seguidamente, houbo que proceder á sistematización e ordenación de todas as preguntas que se formularon, sempre dende o punto de vista estritamente xurídico, desbotando aquelas outras cuestións que desbordaban o mundo do Dereito. E, feito isto, houbo que redactar o caso e amosarllo a Cáritas coa finalidade de obter a súa conformidade, na medida en que do que se trata é de axudar, a través deste ApS, a resolver a situación de necesidade que padecía unha das súas persoas usuarias.

Loxicamente, todo este traballo foi realizado baixo a supervisión e dirección do meu titor académico, Xosé Manuel Carril. Levamos a cabo reunións cunha periodicidade mínima semanal en titorías que tiñan como finalidade orientarme en todo momento ó respecto das cuestións que se foron manifestando nas miñas visitas a Cáritas, na elaboración do relato de feitos que dan pe a este caso, e sobre todo na resolución, a través das respostas ofrecidas neste traballo, dos problemas que padecía a persoa usuaria. Resulta imposible cuantificar as horas e o esforzo invertidos en reunións, desprazamentos, titorías, lectura, investigación, selección, redacción e reflexión de toda a información dispoñible para elaborar o traballo.

O caso aborda a situación dun nacional de terceiro Estado con problemas laborais, de saúde e de falta de atención sanitaria, con problemas relacionados coa súa situación administrativa en territorio español e coa da súa familia, e con problemas relacionados coa escolarización dos seus fillos. Todos eles teñen en común que son problemas, en última instancia, xurídicos. Por esta razón, a metodoloxía empregada foi a propia de todo traballo desta disciplina, analizando e estudando a lexislación, a aplicación e a interpretación que da mesma fan os tribunais competentes, e reforzando todo isto coa lectura de bibliografía doutrinal especializada. Dadas as implicacións de ordenamentos xurídicos de outros países distintos de España, esta metodoloxía tivo que ampliarse ó estudo comparado do ordenamento dos outros dous Estados aquí presentes (Portugal e Brasil); así o exixía o conflito de leis que se rexistraba para dar resposta a algunhas concretas cuestións.

ANTECEDENTES DE FEITO

Óscar, brasileiro de 45 anos nado en Sao Paulo, residiu nesa cidade a maior parte da súa vida, até que en decembro de 2020 deixou a súa familia en Brasil para trasladarse a Portugal, en busca de traballo. Aló, e grazas á mediación dun amigo, conseguiu un contrato na multinacional portuguesa Construcións Pessoa como soldador. Grazas ó contrato de traballo conseguiu permiso de residencia e traballo no país luso.

A comezos de 2021 a empresa desprazouno a traballar a Arteixo, mantendo a súa vinculación coa matriz portuguesa, malia que a empresa contaba tamén cunha filial en España. En febreiro, comezou a sentir unhas dores recorrentes na cabeza, acudindo en busca de atención sanitaria de urxencia ó CHUAC. Tras varias probas, se lle detectou un tumor cerebral, denegándosele a operación por non ter tarxeta sanitaria.

Ante esta situación e tras comunicarlle o seu estado á empresa, esta resolveu extinguir o contrato na matriz portuguesa coa promesa de dalo de alta de forma inmediata na española, para que así tivera dereito á sanidade en España e que se puidera operar no CHUAC. Porén, como consecuencia do despedimento, Óscar pasou a estar en situación irregular en España, e polo tanto, cando a empresa foi a dalo de alta, non foi posible. Deste xeito, quedou afincado en Arteixo pero en situación irregular.

Polo que respecta á situación familiar, tras comunicarlles a súa doenza, a súa parella, Claudia, de 37 anos, coa que estaba casada e que nese momento estaba encinta, xunto cos dous fillos que xa tiñan en común, Eladio, de 10, e Xesús, de 6, trasladáronse a Arteixo dende Brasil e vía Portugal. Aproveitando que Óscar tiña permiso de residencia e traballo no Estado luso entraron no espazo común europeo, e unha vez dentro, entraron vía terrestre en España. Loxicamente, unha vez en Arteixo, a onde chegaron con data de 12 de marzo de 2021, estaban tamén en situación irregular e sen posibilidade de obter ingresos. En outubro, Claudia deu a luz a un terceiro fillo de ambos, Xoán.

Óscar presentou entón unha solicitude de permiso de residencia e traballo en España por razóns humanitarias pola súa enfermidade, buscando así unha vía de regularización da súa situación. Doutra banda, dado que Xoán naceu en España, quere consultar a posibilidade de que adquira a nacionalidade española en lugar da brasileira, coa intención última de poder pedir o permiso de residencia e traballo por arraigo familiar. Neste caso, quere coñecer tamén que trámites ten que facer para conseguir a nacionalidade do seu fillo.

En canto ás outras crianzas, a parella quere matriculalas na escola en Arteixo para que reciban formación básica. Quere saber, en consecuencia, que requisitos teñen que cumprir para poder proceder á matriculación.

Dada a súa situación irregular, Óscar tivo que esperar 3 meses para poder ter acceso á asistencia sanitaria para persoas sen recursos. Ante a falta de tratamento, o tumor continuou avanzando. Até o momento, soportou xa seis intervencións cirúrxicas e continua baixo tratamento, aínda que con expectativas favorables. En calquera caso, no proceso quedou moi debilitado, gañou moito peso, superando xa os 130 kilogramos, e os médicos están a valorar a posibilidade de sometelo a unha cirurxía bariátrica, en función de como evolucione do cancro.

DESENVOLVEMENTO DAS CUESTIÓNS

1. BLOQUE LABORAL.

1.1. En atención á lexislación laboral, o cambio de destino de Portugal a Arteixo trátase dun desprazamento ou dun traslado? Que implicacións van ligadas a unha ou outra consideración?

1.1.1. Determinación do marco xurídico dos cambios de lugar de traballo.

A normativa aplicable a esta situación deriva dun marco normativo moi rico pola súa complexidade xerárquica, combinándose regulamentacións supranacionais con outras nacionais que son, á súa vez, de Estados diferentes. Como se verá, a clave da cuestión reside en determinar se o cambio de lugar de prestación do servizo polo traballador suporía un desprazamento ou un traslado.

Resulta obvio que de partillar o lugar de orixe e o lugar de destino do traballador o mesmo ordenamento xurídico, a súa aplicación non presenta ningún tipo de problemática. Mais cando, como é o caso, o lugar de orixe, Portugal, e o de destino, España, son Estados distintos, con normas diferentes, xurdirá un conflito internacional de lei, que é en parte resolto grazas ó dereito da Unión Europea.

A lexislación comunitaria atopa o seu fundamento e orixe nos artigos 56 a 62 do Tratado de Funcionamento da Unión Europea¹, os cales recoñecen a posibilidade de que os prestadores de servizos dun EM despracen ó seu persoal aínda cando se trate de persoas que non sexan cidadáns europeos, senón dun terceiro Estado, coa condición de que estes traballadores se atopen legalmente no territorio da UE (Iglesias Sánchez, 2010). É importante facer notar o progresivo abandono dos termos relacionados coa migración e a substitución dos mesmos polo de persoas ou traballadores desprazados (ó respecto, confróntese con Dans Álvarez de Sotomayor (2011) e Maneiro Vázquez (2016)). Entenderase por traballador dun terceiro país todo nacional extracomunitario² que fose admitido no territorio dun Estado membro, que resida legalmente nel e que está autorizado, no contexto dunha relación remunerada, a traballar nese Estado membro de acordo co dereito ou as prácticas internacionais. Polo tanto, non cabería que un EM exixise un permiso de residencia ó traballador, se xa o ten no EM no cal a empresa empregadora está afincada (Carril Vázquez, 2017).

Malia todo, o certo é que a día de hoxe continúa sen haber unha verdadeira harmonización normativa no marco comunitario. Así, a Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello de 12 de decembro de 2006, relativa ós servizos no mercado interior³, exclúe expresamente a súa aplicación ó dereito laboral. Esta falta de expresividade veu a ser suplida pola xurisprudencia do TXUE en pronunciamentos como STXUE de 21 de outubro de 2004 (C-445/03), 19 de xaneiro de 2006 (C-244/04), de 12 de setembro de 2006 (C-196/04) e de

¹ DO nº C 326 de 26 de outubro de 2012, p.0001-0390.

² Extracomunitario será aquel que non sexa cidadán europeo conforme ó artigo 20 TFUE, isto é, aquel que non ostente a nacionalidade dalgún Estado membro (Cabeza Pereiro, 2016).

³ DO L 376/36 de 27 de decembro de 2006.

11 de setembro de 2014 (C-91-2013), que recoñeceron especificamente que, a pesar da comentada falta de harmonización entre os diferentes EM, o desprazamento laboral está recoñecido coma un dereito implícito na libre prestación de servizos. Neste senso, entendeu o Tribunal que todas as lexislacións internas que regulamenten os desprazamentos laborais haberán de ter como base común o principio de non discriminación.

Esta idea derívase do artigo 56 TFUE, que contempla a posibilidade de prohibir precisamente calquera tipo de discriminación por razón de nacionalidade en prexuízo do prestador de servizos establecido noutro EM, para así defender a libre prestación de servizos dentro da Unión. En coherencia, non caberá reputar como válidas aquelas previsións que aínda sendo aplicadas tanto ós prestadores foráneos coma ós nacionais resulten nunha prohibición, obstaculización ou desvalorización das actividades do prestador afincado nese outro EM.

Excepcionalmente, permitirase un efecto restritivo da libre prestación de servizos, máis só naquelas ocasións en que tal limitación se xustifique nunha razón imperiosa de interese xeral non protexido polas normas ás que está suxeito o prestador no EM no que estea afincado, en que a limitación sexa adecuada para garantir a realización do obxectivo perseguido, e en que non vaia máis aló do estritamente preciso. Así as cousas, será necesario avaliar en cada caso a necesidade e idoneidade das restricións para cumprir o obxectivo, así coma se se están a empregar medios adecuados, e se o obxectivo responde ó interese xeral.

Sexa como for, e ante a inaplicabilidade da Directiva 2006/123/CE, é preciso remontarse a outro texto temporalmente anterior, a Directiva 96/71/CE do Parlamento Europeo e do Consello de 16 de decembro de 1996, sobre o desprazamento de traballadores efectuado no marco dunha prestación de servizos⁴. Este texto viu a simplificar a problemática das condicións de traballo dos traballadores desprazados entre os Estados da Unión Europea.

Estoutra Directiva incorpora unha interpretación auténtica do concepto de traballador desprazado no seu artigo 2, considerando como tal a todo aquel traballador que “durante un período de tempo limitado, realice o seu traballo no territorio dun Estado membro distinto daquel en cuxo territorio traballe habitualmente”. A partir desta definición, a doutrina caracterizou o desprazamento entre países da UE como aquela prestación de servizos transnacional na que “as empresas só desprazan temporalmente ós seus traballadores ó territorio dun Estado distinto do Estado no que traballan e residen habitualmente (...) coa fin de que realicen alí a súa actividade laboral polo tempo de duración de dita prestación de servizos (...) por definición eventual ou transitoria, e cuxa finalización supón por regra o regreso de ditos traballadores ó seu lugar de orixe” (Carril Vázquez, 2017). De todo isto cómpre salientar que non se presta atención á nacionalidade do traballador, sendo a única condición para o recoñecemento de dereitos que se traballase previamente en situación regular noutro EM. A orixe comunitaria ou extracomunitaria do empregado é, en todo caso, irrelevante para ver recoñecidos e poder exercer os seus dereitos.

Cales son? Pois ben, o artigo 3, en liñas xerais, impón ós EM a obriga de desenvolver unha normativa que asegure ós traballadores desprazados no seu

⁴ DO L 018 de 21 de xaneiro de 1997, p.1.

territorio as mesmas condicións de traballo que as que tería un traballador nacional, con base ó principio de igualdade de trato. A finalidade desta medida é dobre: dunha banda, a máis obvia, busca garantir unhas condicións dignas e equitativas para os traballadores, tamén para os foráneos; pero, doutra, actúa tamén como unha garantía para os traballadores nacionais, por canto que se aseguran que a man de obra estranxeira non poderá traballar dentro do seu Estado baixo o marco xurídico do Estado de orixe, que podería recoller, por exemplo, menos dereitos laborais ou salarios máis baixos, o cal incentivaría ás empresas do Estado receptor a contratalos.

A nivel español, a diferenciación terminolóxica foi integrada no Estatuto dos Traballadores⁵. A distinción entre estes dous conceptos xurídicos aparece recollida no artigo 40.6, segundo o cal terá a consideración de desprazamento a mobilidade xeográfica do traballador decretada pola empresa por un período temporal que non poderá exceder os doce meses, non necesariamente consecutivos, dentro dun lapso de tres anos. De superarse este límite temporal, a mobilidade pasará a ser considerada coma un traslado, é dicir, un cambio de centro de traballo con vocación de permanencia que implique un cambio de domicilio para o empregado.

Agora ben, o ET fai referencia ós desprazamentos como mobilidade xeográfica en xeral, sen reparar no fenómeno da fronteira, que engade unha complexidade extra á regulamentación das relacións laborais.

Foi da man da Lei 45/1999, de 29 de novembro, sobre o desprazamento de traballadores no marco dunha prestación de servizos transnacional⁶, cando se prestou especial consideración a este fenómeno (Casas Baamonde, Serrano Olivares, & del Rey Guanter, 2022). O artigo 2 desta norma, que traspón Directiva 96/71/CE (Martínez Girón & Arufe Varela, 2010), contén unha interpretación auténtica, sinalando que se considerará que hai desprazamento no marco dunha prestación de servizos transnacional o efectuado a España nunha serie de supostos, de entre os cales salienta, pola súa relación co caso obxecto de estudo, o desprazamento dun traballador por conta e baixo a dirección da empresa en execución dun contrato celebrado entre esta e un destinatario establecido en España. O traballador desprazado será aquel que se mova a España por un período limitado de tempo no marco dunha prestación de servizos transnacional, sempre que exista unha relación laboral entre el e a empresa durante o tempo de desprazamento, independentemente da súa nacionalidade. Esta descrición encaixa coa definición do ET, se ben non establece unha limitación temporal estrita. A mesma pode deducirse do artigo 3, que a limita en 12 meses de xeito ordinario, prorrogables situacionalmente até os 18.

Así as cousas, a Lei 45/1999 reconece toda unha batería de dereitos ós traballadores desprazados, xa que, segundo se enuncia no artigo 1, o seu obxecto non é outro que establecer as condicións mínimas de traballo que os empresarios afincados nun EM haberán de garantir ós seus traballadores desprazados temporalmente a España no marco dunha prestación de servizos transnacional, con independencia da lexislación aplicable ó contrato de traballo. Esta relación de condicións laborais mínimas aparece relatada no artigo 3.

⁵ Boletín Oficial do Estado, de 24 de outubro de 2015, núm 255.

⁶ Boletín Oficial do Estado, de 30 de novembro de 1999, núm. 286.

Pola súa banda, a lexislación portuguesa recolle a distinción segundo a durabilidade temporal do cambio de lugar de prestación dos servizos por parte do traballador entre transferencias do local de traballo temporais e definitivas, non podendo se estender as primeiras durante máis de 6 meses de xeito ordinario. Así o dispón o artigo 194 do *Código do Trabalho*⁷:

“Artigo 194.º Transferência de local de trabalho.

1 - O empregador pode transferir o trabalhador para outro local de trabalho, temporária ou definitivamente (...).

3 - A transferência temporária não pode exceder seis meses, salvo por exigências imperiosas do funcionamento da empresa.”

Cando esta transferencia ten carácter internacional, en transposición da Directiva 96/71/CE, se lles reconece a igualdade de condicións de traballo ós empregados contratados por unha empresa establecida no país luso que presten os seus servizos noutro Estado con respecto dos que os prestan dentro das fronteiras portuguesas, sen prexuízo de que se lles poida aplicar, de o houber, outro réxime máis favorable. Estas condicións veñen relatadas no artigo 7, que replica as establecidas na Directiva. Aínda que no CT non se efectúan referencias á nacionalidade do traballador, de novo non caberá entender esta omisión en prexuízo deste, xa que logo o contrario sería incompatible coa normativa de ámbito europeo.

Cómpre salientar que tanto a norma española como a portuguesa supoñen normas de mínimos con independencia da lexislación aplicable ó contrato, no caso español, ou salvo réxime máis favorable, en caso portugués. O que veñen a establecer tales cláusulas, de forma máis ou menos explícita, é o principio de lexislación máis favorable para o traballador. Desta forma, ambos textos legais permiten a aplicación da lexislación do outro Estado de resultar esta máis vantaxosa para o empregado.

1.1.2. Consecuencias prácticas en atención a unha ou outra consideración.

Como se adiantaba no epígrafe anterior, o *quid* da cuestión reside na clasificación do cambio de centro de traballo coma desprazamento ou coma traslado. Isto é así polas consecuencias prácticas que se derivarían a efectos de protección do traballador nun e noutro caso.

O artigo 11 do Regulamento (CE) nº883/2004 do Parlamento Europeo e do Consello, de 29 de abril de 2004, sobre a coordinación dos sistemas de seguridade social⁸, é claro á hora de afirmar que só se pode estar sometido á lexislación dun único EM en materia de prestacións sociais. Malia que a norma xeral, recollida nese mesmo precepto, impón a subxección á lexislación do Estado no cal se exerza unha actividade por conta allea, o artigo 12 exceptúa o caso do asalariado que, desempeñando a súa actividade habitualmente nun EM por conta dun empregador que exerce tamén acotío as súas actividades nel, é enviado a outro EM por un período non superior a 24 meses. Nese suposto, ó traballador lle continuará a ser de aplicación a lexislación do Estado de orixe. Cómpre aclarar que esta norma resulta de aplicación tamén ós nacionais de

⁷ Diário da República, de 12 de febreiro de 2009, núm. 30/2009, Série I.

⁸ DO L 166/1 de 30 de abril de 2004.

terceiros países que residan legalmente nun EM, segundo se dispón no artigo 1 do Regulamento (UE) nº1231/2010 do Parlamento Europeo e do Consello de 24 de novembro de 2010, polo que se amplía a aplicación do Regulamento (CE) nº 883/2004 e o Regulamento (CE) nº 987/2009 aos nacionais de terceiros países que, debido unicamente á súa nacionalidade, non estean cubertos polos mesmos⁹.

Pois ben, aínda que como se pode ver a normativa europea, española e portuguesa non amosan a harmonía desexable nos prazos para considerar o cambio de centro de traballo coma temporal (desprazamento ou transferencia temporal) ou permanente (traslado ou transferencia definitiva), os efectos si que semellan máis claros: no primeiro caso, ó traballador se lle aplicará a lexislación do EM de orixe, e no segundo, a do EM de destino, sempre, iso si, salvo normativa máis favorable. Os efectos desta consideración abranguen tanto a lei aplicable coma a xurisdición nacional que haberá de resolver calquera controversia que puidese xurdir.

Adicionalmente, de se tratar dun desprazamento, o traballador continuaría afiliado ó sistema de previsións sociais do EM de orixe durante o tempo que pasase no EM no que desempeñaría o seu posto. O artigo 19 do Regulamento recoñécelle tanto a el como á súa familia o dereito a recibir as prestacións necesarias, dende un punto de vista médico, durante a súa estancia. O Estado de estancia haberá de facilitar as prestacións por conta do competente ou de afiliación coma se os interesados estivesen asegurados en virtude da súa propia lexislación. A outra opción, que fose un traslado, obrigaría a cambiar o Estado de cotización, pasando do EM de orixe ó EM de destino.

1.1.3. Aplicación ó caso.

Xa cunha idea xeral en mente de como funciona a regulación desta materia, estase en condicións de lle dar unha resposta ó caso.

Óscar é un home de nacionalidade brasileira emigrado a Portugal, onde obtivo permiso de traballo e foi contratado por unha empresa de construción afincada no país luso que o destinou a Arteixo, en España. Aló estivo empregado un período de tempo moi breve, de meses, antes de ser diagnosticado cunha doenza de gravidade desencadeante de toda a subseguinte problemática legal. Polo tanto, hai catro aspectos clave: i) a nacionalidade brasileira, e polo tanto extracomunitaria; ii) o permiso de residencia e traballo; iii) o lugar de contratación, Portugal; e iv) o lugar de prestación dos servizos, España.

Dunha abordaxe conxunta dos dous primeiros aspectos, e en vista do comentado nos epígrafes anteriores, pódese concluír que o feito de que Óscar non fose nacional de ningún EM non é óbice para o recoñecemento dos seus dereitos en canto traballador por estar a súa situación regularizada. Todas as normativas estudadas obvian a nacionalidade coma requisito, gardando silencio na meirande parte dos casos, cando non falando directamente dos traballadores desprazados “calquera que sexa a súa nacionalidade”, como fai o art. 2 da Lei 45/1999.

En canto ó terceiro e o cuarto puntos, a súa relevancia garda relación coa etiqueta que se lle dea ó traspaso. De ser un desprazamento-transferencia

⁹ DO L 344 de 29 de decembro de 2010, p.1-3.

temporal, o marco legal aplicable á contratación sería o ditado polo ordenamento do lugar de contratación, isto é, o portugués, mentres que de ser un traslado-transferencia definitiva sería o do lugar de desenvolvemento da actividade, é dicir, o español. A falta de máis información, todo parece indicar que é un desprazamento con visos de temporalidade, vinculado á conclusión dunha obra en Arteixo, se ben a permanencia tampouco resulta totalmente descartable, e mais cando a empresa ten unha filial española. Porén, o feito de que Óscar non fose dado de alta dende o primeiro momento nesta filial permite aventurar que se trataba, en efecto, dun desprazamento.

Aparellada á consideración como desprazamento que se lle ha de dar á mobilidade laboral de Óscar viría, por todo o disposto anteriormente, a aplicación da normativa máis beneficiosa para el, resultado dunha comparativa entre o réxime español e o portugués. Polo tanto, o seu catálogo de dereitos como traballador non se vería alterado por cuestións de conflito internacional de leis. A única consecuencia a efectos prácticos sería determinar a asunción do custe das eventuais intervencións polos sistemas de previsión social lusos, e non polos españois. Mais isto, en calquera caso, pouca importancia ten para Óscar.

O único a destacar é que a empresa tería que ter presentado ante a autoridade competente o formulario PD A1 para notificar o desprazamento, de ser este o réxime xurídico, ou tería que ter procedido a dalo de alta na Seguridade Social española, de se tratar dun traslado.

1.2. A extinción do contrato de Óscar por parte da empresa tras coñecer esta a súa doenza ten amparo legal? Podería facer algo ó respecto Óscar?

1.2.1. Réxime portugués.

A extinción do contrato laboral en Portugal aparece regulada no CT (Monteiro Fernandes, 2022). O texto só permite os despedimentos cando conorra “*justa causa*” (artigo 338º), é dicir, un motivo que a lei considere como xustificativo do cese. Estas veñen enunciadas no artigo 340º, e son as seguintes:

- Caducidade.
- Revogación (finalización por mutuo acordo).
- Despido imputable ó traballador.
- Despido colectivo.
- Despido por extinción do contrato de traballo.
- Despido por inadaptación ó posto.
- Resolución polo traballador.
- Denuncia polo traballador.

En ningunha destas *causas justas* semella encadrable o caso do enunciado, polo que non se procederá a realizar especial comentario sobre elas alén de salientar que o despedimento por motivos de saúde non está contemplado. Polo tanto, non ten cabida no dereito portugués, que se ben non o prohíbe de forma expresa, non o inclúe dentro das causas autorizadas.

De se estimar o despedimento coma improcedente, o artigo 381º CT o consideraría ilícito, o cal, di á súa vez o artigo 389º, terá como efectos o xurdimento dun deber de reparación do empregador para co traballador. Para lograr esta protección, o traballador haberá de buscar a tutela dos tribunais

mediante o exercicio da acción de apreciación xudicial do despedimento, en aras de obter:

- 1º Unha indemnización por todos os danos causados.
- 2º O dereito a ser reincorporado ó seu posto de traballo ou percibir unha indemnización a determinar polo tribunal en atención ós anos traballados, sendo a contía mínima de tres meses.
- 3º Os salarios que deixou de cobrar entre o momento do despedimento e o de readmisión.

1.2.2. Réxime español.

En comparación, a lexislación española foi, até datas bastante recentes, máis permisiva cos despedimentos froito da enfermidade que a de Portugal.

O réxime español tamén contempla un sistema de causas taxadas para poder proceder ó despedimento. O artigo 49 ET, ó enunciar os motivos validamente consignados para proceder á extinción, contén na letra l) o despido por causas obxectivas. Cales son estas “patentes de curso” para o cese unilateral da relación laboral polo empresario? Até a súa derogación en febreiro de 2020, a redacción do artigo 52 do mesmo texto, na súa letra d), incluía como xustificación legalmente admitida as “faltas de asistencia ó traballo, aínda xustificadas pero intermitentes, que acaden o vinte por cento das xornadas hábiles en dous meses consecutivos (...)”. Esta redacción viña a abrir a porta ó despedimento daqueles traballadores que se ausentasen por baixa médica xustificada baixo determinadas condicións. Porén, o propio artigo apuntaba que non “se computarán as ausencias que obedezan a un tratamento médico de cancro ou enfermidade grave”, debendo producirse estas faltas, polo demais e como é obvio, antes do despedimento, non sendo abondo unha mera previsión de absentismo.

Sexa como for, a derogación deste apartado d) en febreiro de 2020 veu a ilegalizar definitivamente tamén en España o despedimento dos traballadores de baixa médica, con independencia da gravidade da doenza.

En España, os despedimentos poden recibir a cualificación de procedentes, improcedentes, ou nulos (artigo 55 ET). Namentres que o primeiro termo significa a confirmación xudicial do cese, os dous seguintes supoñen unha censura do mesmo, pero de diferente grao.

Así, a improcedencia, regulada no artigo seguinte, estimarase cando o empresario incumpra os seus deberes formais ó proceder ó despedimento ou non consiga acreditar a adecuación da situación a ningunha das causas de cese estatutariamente previstas. A súa consecuencia é obrigar o empresario a decidir entre readmitir ó traballador ou pagarlle a indemnización por despedimento improcedente, máis elevada que a do despedimento correctamente realizado.

Pola súa banda, a nulidade só se apreciará nunha serie de supostos pautados de forma non taxativa no artigo 55. Ten efectos *ex nunc*, de tal xeito que no que respecta ó tráfico xurídico nunca se produciu a extinción contractual. Polo tanto, o traballador sería reincorporado ó seu posto de traballo, e o empregador habería de pagar todos os salarios deixados de percibir entre o despedimento e a súa declaración de nulidade.

Dise que a listaxe de supostos non é un *numerus clausus* porque, máis alá dos especificamente previstos, calquera “causa de discriminación prohibida na Constitución ou na lei” será tamén motivo para estimar a nulidade. Neste senso, a recente Lei 15/2022 de 12 de xullo, integral para a igualdade de trato e a non discriminación¹⁰, prohibe expresamente, segundo se deduce da interpretación conxunta dos seus artigos 2.1 e 3.1.a) a discriminación por causa de enfermidade ou estado de saúde. Agora ben, realmente esta norma, posterior ós feitos, non introduce ningunha modificación relevante con respecto ó réxime anterior a ela, xa que, se ben non existía previsión expresa, o despedimento dun empregado cun tumor estaba igualmente considerado como nulo, en aplicación da Directiva 2000/78/CE do Consello, de 27 de novembro do 2000, relativa ó establecemento dun marco xeral para a igualdade de trato no emprego e a ocupación¹¹, e da xurisprudencia europea, por considerar que a enfermidade e o seu tratamento reviste tal gravidade que xera unha discapacidade, entendida como termo fáctico e non médico. Así, a modo de exemplo, a STSX de Cantabria 11/2019, de 18 de xaneiro, para o caso dunha traballadora despedida por ter un cancro uterino, sentenciou, cunha argumentación que podería copiar e pegarse para un tumor cerebral, que:

[d]e los antecedentes fácticos expuestos se deduce -siguiendo la doctrina del TJUE-, varios indicios para entender que no estamos ante una mera enfermedad sino ante una discapacidad. El carcinoma epidermoide infiltrante (cáncer de útero) ocasiona una limitación duradera, al tratarse de un proceso morbosos que no presenta una perspectiva bien delimitada de finalización a corto plazo; muy al contrario, es muy posible que su tratamiento conlleve cirugía, radiación o tratamiento con quimioterapia, opciones terapéuticas que se prolongarán en el tiempo e impedirá la participación plena y efectiva de la actora en la vida profesional "en igualdad de condiciones con los demás trabajadores". Por lo que debemos concluir que la demandante se encontraba en el momento del despido, en una situación de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE del Consejo.

(...)

Debido a ello, su despido sin causa objetiva que lo justifique debe declararse discriminatorio y, por ende, nulo.

1.2.3. Determinación da lexislación aplicable.

Como se pode observar, as consecuencias de aplicar unha ou outra lexislación son semellantes, pero non idénticas. Para os supostos máis graves, tanto o ordenamento español coma o portugués coinciden en retrotraer o vínculo laboral ó momento no que foi indebidamente disoluto, volvendo a ser plenamente eficaz o contrato laboral, reintegrando ó traballador no seu antigo posto, e recuperando este os salarios que foron deixados de percibir. Agora ben, a maiores, o CT contempla un dereito a percibir unha indemnización polos danos causados á que o ET non fai mención. É obvio que dende a perspectiva do asalariado resulta máis favorable a aplicación da lei lusa.

¹⁰ Boletín Oficial do Estado, de 14 de xullo de 2022, núm. 167.

¹¹ DO L 303 de 2 de decembro de 2000, p.16.

Dito isto, que o traballador prefira a norma dun país non é motivo suficiente para que se lle aplique. Porén, neste caso, por ser un traballador desprazado, e non trasladado, e dado de alta en Portugal, parece lóxico que, en coherencia con todas as fontes normativas comentadas xa no momento de establecer a distinción entre estas dúas figuras, se lle aplique a lexislación portuguesa. E é que esta é a que rexe o contrato de traballo.

Por se quedasen dúbidas, o artigo 8 do Regulamento Roma I (Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeo e do Consello, de 17 de xuño de 2008, sobre a lei aplicable ás obrigas contractuais¹²), dirime a norma a aplicar para os contratos individuais de traballo. Comeza establecendo a liberdade das partes para elixir a lei de aplicación, coa precaución de que esta non pode traer como resultado un menor catálogo de dereitos para o traballador dos que lle haberían de corresponder de non exercitarse esta posibilidade de dispoñer a norma aplicable. A continuación, e xustamente en previsión de que nada se diga sobre a lei que rexerá o contrato, impón de forma supletoria a do país no cal o traballador realice o seu cometido de forma habitual. E posto que engade que “non se considerará que cambia o país de realización habitual do traballo cando o traballador realice con carácter temporal o seu traballo noutro país”, evidénciase que nos casos de desprazamento se haberá de aplicar a lei do Estado de orixe.

1.2.4. Posibles respostas xurídicas ó caso.

Recapitulando, Óscar é un traballador dunha empresa portuguesa desprazado temporalmente a España, onde estivo traballando até ser despedido por esta, segundo consta no relato fáctico. En vista do anterior, cabe concluír que a esta resolución unilateral do contrato se lle haberán de aplicar as previsións do CT.

Cómpre interpor ante os tribunais a acción de apreciación xudicial do despedimento reclamando unha indemnización polos danos que se lle causaron, a recuperación do seu posto, e que se lle ingresen os salarios deixados de percibir. Verdadeiramente, podería elixir entre retornar ó seu traballo ou abandonalo, percibindo a indemnización correspondente. De entre ambas opcións, semella máis adecuada a primeira, por canto precisa dun seguro de protección social e unha fonte de ingresos, e a indemnización alternativa só se calcularía sobre o mínimo legal, tres meses, polo pouco tempo que pasou a traballar na empresa. Reincorporarse ó traballo e gozar dunha baixa laboral lle proporcionaría unha maior protección tanto sanitaria coma económica.

A presentación poderase efectuar perante os tribunais portugueses, cuxa competencia vén recoñecida polo artigo 21.1.a) do Regulamento (UE) nº 1215/2012 do Parlamento Europeo e do Consello, de 12 de decembro de 2012, relativo á competencia xudicial, o recoñecemento e a execución de resolucións xudiciais en materia civil e mercantil¹³, alcumado Bruxelas I bis, como ante os españois, grazas ó 21.1.b), por ser España o derradeiro lugar de traballo e Arteixo o lugar onde estaba o establecemento. Polo tanto, estando el e a súa familia en España, probablemente preferirá os tribunais españois.

¹² DO L 177 de 4 de xullo de 2008, p.6-16.

¹³ DO L 351 de 20 de decembro de 2012, p.1.

1.3. Que consecuencias legais, se as houber, podería ter o incumprimento da promesa do empregador de dar de alta laboral a Óscar na filial española?

1.3.1. Réxime legal do precontrato en Portugal.

No país luso a figura da promesa de contratación está expresamente regulada polas normas laborais (Da Gama Lobo Xavier, 2011). O CT, na Sección adicada á formación do contrato de traballo, dedica o seu artigo 103º a regular o “*Regime da promessa de contrato de trabalho*”. Nel se enuncian os requisitos que toda estipulación deberá de cumprir para reputarse como legalmente válida, sendo os seguintes:

1. Forma escrita.
2. Declaración inequívoca da vontade dos promitentes de se obrigaren a celebrar posteriormente o contrato.
3. Descrición da actividade laboral.
4. Detalle do salario.
5. Identificación e sinatura das partes.

Chama a atención a celosa rigorosidade formal para estimar a validez da promesa de contratación, cando o artigo 110º non exige requisitos especiais de forma para a dun auténtico contrato laboral.

Alén destas exixencias, tamén se indica que o incumprimento da promesa dará lugar ó xurdimento de responsabilidades en termos xerais.

Polo tanto, os tres puntos claves da regulación do precontrato en Portugal son a tipicidade, a estrita formalidade, e o xurdimento dun deber reparador en caso de incumprimento.

1.3.2. Réxime legal do precontrato en España.

O marco xurídico en España presenta fortes contrastes co portugués no referente ó precontrato ou promesa de contratación, termos empregados como sinónimos pola xurisprudencia.

O Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña, en Sentenza de 30 de setembro de 2022, ofrece unha definición do concepto de precontrato, ó que caracteriza

"como un contrato consensual en el que, al amparo del art. 1262 del CC, concurren una oferta seria de trabajo - normalmente es el empresario el que promete dar trabajo, pero también cabe el ofrecimiento del trabajador de prestar servicios- y su aceptación recíproca; oferta que se caracteriza por no ser pura, pues se promete para un momento futuro, dependiente de la llegada de un término o del cumplimiento de una condición, o de uno u otra. Todo ello engendra obligaciones recíprocas para ambas partes (respectivamente, dar trabajo y ponerse a disposición del empleador) y su incumplimiento, dada la incoercibilidad de la mayor parte de las obligaciones de hacer, se traduce en una reclamación de daños y perjuicios en los términos que previenen los arts. 1101 a 1107 del CC".

Pódese observar que a normativa que invoca non é laboral, senón civil. Isto é así porque, a diferenza do que acontece no país veciño, na lexislación laboral española non se fai referencia ningunha a esta figura. Logo os precedentes

xurisprudencias han de acudir ó Código Civil¹⁴ para suplir esta lagoo normativa (Sánchez-Rodas Navarro, 2010). Por exemplo, a STSX de Andalucía 9742/2008 de 12 de xuño explicouno nos seguintes termos, logo aceptados pola STS de 16 de abril de 2009:

“La doctrina ha admitido expresamente la posibilidad de celebrar precontratos de trabajo, aunque esta figura no se encuentre específicamente prevista en el Estatuto de los Trabajadores, señalando que el silencio de la normativa laboral debe ser suplido por la legislación general del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4-3 de dicho texto legal , el cual establece el carácter supletorio de las normas del Código Civil sobre todos los ordenamientos especiales, entre ellos el laboral, cuando en estas leyes existan vacíos, huecos o insuficiencias. Pues bien, aplicando las normas civiles comunes, resulta incuestionable que la promesa de contratar tiene carácter vinculante y obligatorio para las partes, siempre y cuando concurra la condición a la que dicha se vinculaba, de tal manera que si la misma se incumple ello dará lugar al ejercicio de acciones encaminadas a pedir su cumplimiento y a obtener las correspondientes indemnizaciones por los daños y perjuicios que se hayan ocasionado, de conformidad con lo previsto en el artículo 1101 del Código Civil”

Esta argumentación mantívose invariable até o momento, sendo replicada, cando non directamente referenciada, por outros pronunciamentos posteriores coma a STSXG de 20 de maio de 2022 ou a do equivalente de Madrid de 2 de novembro de 2021.

Chama a atención a definición do precontrato como auténtico “contrato consensual”, máis cando o articulado ó que se adoita remitir a xurisprudencia parece consideralos cousas diferentes. A explicación reside en que os tribunais veñen considerando o precontrato como un auténtico contrato, sendo o seu contido a realización dun contrato futuro (neste caso, o contrato laboral). Resulta clarificadora a devandita STSXG de 20 de maio de 2022, que recolle unhas explicacións que permiten diferenciar a mera oferta (que serían os tratos preliminares), do precontrato e do contrato final:

Lo esencial es que la oferta tiene una formación unilateral frente al precontrato que precisa para su existencia de la voluntad de ambas partes, de modo que la oferta no puede calificarse de contrato y por tanto no cabe hablar de una vinculación ex contractu, que sí es predicable en el caso del precontrato. Por tanto, puede afirmarse que el precontrato es algo más que una oferta: el precontrato de trabajo se construye jurídicamente como un contrato consensual; en el precontrato se contienen las líneas básicas y todos los requisitos exigidos para la validez del llamado contrato futuro. En suma, el precontrato es el resultado de las ofertas y propuestas de las partes y de las aceptaciones recíprocas pues es una oferta en la que confluyen las voluntades de ambos ofertantes sobre la cosa y la causa.

¹⁴ Gaceta de Madrid, de 25 de agosto de 1889, núm. 206

Os tribunais, no seu desenvolvemento da materia, non adoitan exixir a formalidade da promesa para estimar a súa existencia (“se perfecciona por el mero consentimiento con arreglo al artículo 1262 del Código Civil, no requiriendo la forma escrita salvo en los supuestos expresamente previstos”, di a STS de 25 de abril de 2012), sendo abondo a posibilidade de probar a confluencia de vontades dalgunha forma. Nalgunhas das sentencias citadas consideráronse como medios acreditativos da existencia desta promesa de contratación correos electrónicos ou chamadas telefónicas nas que se lle notificaba ó futuro traballador a intención da empresa de contar con el nun momento futuro, sen chegar nunca a excluír a posibilidade de que se tratase dun mero pacto verbal.

Como corolario lóxico do recoñecemento da forza das promesas de contratación, e para garantir a súa efectividade, nos casos de incumprimento se lle impón ó responsable o pagamento dunha indemnización por danos e prexuízos, cuestión que se abordará con máis detalle nun epígrafe posterior.

Recapitulando, a xurisprudencia laboral española construíu esta figura sobre tres piares: a atipicidade, que remite á lexislación civil supletoriamente; a informalidade; e o deber indemnizador.

1.3.3. Determinación da lexislación aplicable.

Unha vez máis, aplicar a lexislación dun ou doutro Estado non é unha cuestión menor, xa que o diferente tratamento que brindan á mesma situación de feito dota dunha maior protección ó traballador nun caso que no outro.

Así as cousas, resulta irrelevante, a efectos prácticos, que o recoñecemento da figura da promesa de contratación se faga na lexislación laboral ou supletoriamente na civil. Ademais, ambos ordenamentos recoñecen o dereito a ser indemnizado en caso de incumprimento pola outra parte. Onde está a clave que implica que unha das regulacións sexa máis favorable que a outra é nas formalidades exixidas para apreciar a validez da promesa de contratación. Mentres que en Portugal é precisa a escrupulosa observancia duns requisitos formais, en España os tribunais son moito máis flexibles, o que posibilita que unha reclamación por incumprimento dun precontrato teña maiores facilidades para ser estimada.

Cómpre preguntarse entón se existe algún punto de conexión coa lexislación española ou, pola contra, haberá que aplicar a portuguesa. En principio, hai motivos para apostar tanto por unha tese como pola outra. A favor de someter a cuestión ó CT está a situación das partes: o promitente e “pre-empregador” é unha empresa portuguesa e o prometido e “pre-empregado” é unha persoa con permiso de residencia e traballo en Portugal. Ademais, razóns de economía procesual así o aconsellan: resolver nun mesmo litixio a extinción ilícita do contrato por falsa xusta causa, e o incumprimento da promesa de contratación inmediatamente posterior. Como argumento en favor da lexislación española pode esgrimirse que España é o lugar onde o contrato estaba destinado a xerar os seus efectos e que sería o seu dereito nacional o que se lle aplicaría de chegar a se formalizar.

A este respecto, o Regulamento Roma II (Regulamento (CE) nº 864/2007 do Parlamento Europeo e do Consello, de 11 de xullo de 2007, relativo á lei

aplicable ás obrigas extracontractuais¹⁵), texto de referencia para determinar a lexislación nacional que rexerá os conflitos derivados da responsabilidade extracontractual das partes, somete estas situacións, no seu artigo 12 sobre a culpa *in contrahendo*, ó imperio da lei que sería de aplicación en caso de terse celebrado efectivamente o contrato, con independencia de que esa efectiva celebración chegase ou non a ter lugar.

1.3.4. As indemnizacións por incumprimento do precontrato en España.

Sendo así as cousas, cómpre analizar agora os requisitos e a determinación da responsabilidade por incumprimento da promesa conforme á lexislación española (a que se aplicaríase ó contrato laboral de se ter consumado).

Resulta importante salientar a natureza conceptual da responsabilidade, é dicir, a súa orixe contractual, que determina que o réxime indemnizador aplicable teña a súa raíz no 1101 CC, e non no 1902 do mesmo texto, reservado para os casos de responsabilidade contractual.

Malia que o feito de que xustamente a responsabilidade xurda como consecuencia da inexistencia do contrato laboral pode facer pensar que a responsabilidade é allea ó contrato, e de feito o Roma II parece soste esta tese ó incluír a responsabilidade *in contrahendo* dentro da extracontractual (e ó excluír expresamente este tipo de situacións do Roma I, que regula a responsabilidade contractual), tanto a doutrina (Martínez Girón & al., Derecho del trabajo, 2006), como a xurisprudencia referenciada a encadran dentro da responsabilidade contractual.

Evidentemente, hai aquí unha contradición tanto terminolóxica como conceptual do *iter* contractual entre a normativa internacional e estatal, pero para aplicar o dereito non se debe de atender tanto ó nome das cousas coma ó seu significado material. Así, por moito que os Regulamentos consideren que estas situacións son de culpa extracontractual *in contrahendo*, por considerar o precontrato como unha fase previa á contratación¹⁶, e en base a esa consideración atribúan a soberanía ó dereito español, nada obsta a que este ordenamento, internamente, considere a promesa coma contrato previo, máis ca como un previo ó contrato, e polo tanto atribúa á responsabilidade o carácter de contractual. Xa que logo, non hai ningunha dúbida sobre os feitos: trátase dunha promesa de celebrar un contrato que foi incumprida.

En calquera caso, e precisamente pola dificultade que ocasionalmente reviste distinguir entre ambos os dous tipos de responsabilidade, os tribunais españois, para aqueles casos onde poda haber dúbidas sobre a súa natureza, veñen recoñecendo unha certa capacidade de elección ó reclamante, e incluso (e sempre que non xere indefensión) a facultade do xuíz de non se ver suxeito á cualificación para aplicar o réxime que mellor encaixe en aras de lograr o resarcimento máis completo posible, con base ós principios *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius* (Bercovitz Rodríguez-Cano & al., 2017). Polo tanto, o fundamental, en última instancia, é reclamar a responsabilidade, sen necesidade de facer demasiadas elucubracións sobre se é contractual ou non.

¹⁵). DO L 199 de 31 de xullo de 2007, p. 40-49.

¹⁶ E así o fai tamén parte da doutrina española, por exemplo (Goerlich Peset, 2010)

En calquera caso, como se viña dicindo, a xurisprudencia española, constante dende 1950, considera este tipo de acordos coma un contrato “meramente <<perfeccionado>>, pero aínda non consumado,” equivalente “a un <<precontrato de traballo>>, cuxo incumprimento polo empresario – negándose a dar o traballo que se prometera – non permite ó traballador reclamar por despedimento ou por salarios que se puidesen ter devindicados, senón que só lle da dereito a demandar polos danos e prexuízos que lle producise a non consumación do contrato; (...) invocando o disposto nos artigos 1101 e seguintes do Código Civil, a propósito da responsabilidade contractual” (Martínez Girón & al., Derecho del trabajo, 2006). Este artigo impón a suxeición á indemnización por danos e prexuízos a aquel que contraviñer o tenor das súas obrigas. Esta asunción de responsabilidades limitarase ó dano emerxente (o valor da perda sufrida) non incluíndo, como sinala Girón, o lucro cesante (a ganancia deixada de obter polo acredor) do 1106 do mesmo texto. Agora ben, cómpre salientar tamén que é habitual que as contías das reparacións recoñecidas en favor do traballador superen as correspondentes á extinción dun contrato xa en vigor (Sánchez-Rodas Navarro, 2010).

Para estimarse unha petición de condena, haberase de acreditar a concorrencia dos elementos constitutivos da responsabilidade civil, que son: o dano, o incumprimento doloso (1107 CC) ou culpable (1104 CC) imputable ó debedor, e a relación de causalidade entre a súa actuación e a efectiva produción do dano.

O prazo para exercitar a acción perante os tribunais é de cinco anos, segundo se desprende do artigo 1964.2 CC, que impón esta prescrición para todas as accións persoais que non teñan sinalado outro prazo específico. Agora ben, resulta problemático determinar o *dies a quo*, o momento no que podería empezar a contarse o transcurso deste período, xa que, de conformidade co 1969 CC, comezaría este a contar dende o día no que se puido exercer a acción, é dicir, dende que xorde o dano. Pode resultar complicado determinar o momento no que se considera definitivamente incumplida unha promesa que non ten por que contar cun prazo específico de cumprimento. Sexa como for, o vencemento deste prazo non habería de presentar problemas tendo en conta que, no caso, apenas pasou un ano dende a estipulación.

1.3.5. A problemática da lexitimación pasiva.

O caso presenta unha particularidade a maiores, e é que a promesa de contratación pretende ser efectiva entre o afectado e unha empresa filial dependente da matriz, que é a que efectúa a promesa. Agora ben, se o artigo 1257 CC establece claramente que os contratos só teñen efecto entre as partes e os seus herdeiros, e que só poderán vincular a terceiros en canto os beneficien e consintan, é posible que a filial española quede obrigada a facer, e incluso a indemnizar en caso de incumprimento, cando non é unha das partes contratantes? Realmente pode ter algún tipo de responsabilidade a matriz por unha promesa de contrato que non a compromete a facer nada? É, sequera, un auténtico precontrato?

Non é estraño que ante este tipo de situacións a xurisprudencia aplique a chamada “teoría da identidade” entre a matriz e a filial. A Audiencia Provincial de Cádiz, nesta Sentenza 2169/2021 de 13 de outubro, realizou as seguintes consideracións, de gran interese para o caso que aquí agora se estuda:

[L]a existencia de grupos de sociedades, caracterizados por compartir un socio mayoritario o determinante, no es ilícita en absoluto en el tráfico mercantil y es bastante frecuente. Para que sea ilícita y pueda comunicarse la responsabilidad entre las sociedades del grupo debe ocurrir algo en particular, algo de tipo ilícito o abusivo (...). La cuestión ya ha sido tratada por Audiencias Provinciales y la regla general es que tratándose de entidades con personalidad jurídica diferenciada no puede extenderse la responsabilidad de una a otra, aunque pertenezcan al mismo grupo empresarial (...). [No caso axuizado,] la circunstancia de conformar un grupo empresarial no es suficiente para atribuir responsabilidad a la sociedad matriz por contratos suscritos por otra sociedad filial del mismo grupo empresarial, ya que no se ha probado que exista subordinación o dependencia entre ellas, ni unidad de decisión. Formar parte del mismo grupo es insuficiente para aplicar la "teoría de la identidad", cuál es la sumisión de la sociedad filial a la voluntad y directrices de la sociedad matriz, o la teoría del "levantamiento del velo". Si no existe una actuación contraria a la buena fe o de ocultación de patrimonio, no es posible aplicar la identidad de personalidades.

Logo, a *sensu contrario*, caberá comunicar a responsabilidade entre empresas matriz e filial cando:

1. Exista un dano que faga xurdir a responsabilidade;
2. Este dano teña a súa orixe nunha conduta abusiva ou contraria á boa fe;
3. E exista tamén subordinación, dependencia ou unidade de decisión entre a matriz e a filial.

De cumprirse estes tres requisitos, os tribunais haberían de proceder a aplicar a teoría da identidade, podéndose reclamar en litisconsorcio pasivo contra ambas sociedades, filial e matriz.

1.3.6. Aplicación ó caso.

De volta á cuestión inicial, o primeiro paso será decidir se se opta por aplicar o réxime portugués ou o español. Xa se explicou que semella preferible para os intereses de Óscar someter a cuestión ó dereito español pola maior flexibilidade formal fronte á máis férrea lexislación portuguesa. E efectivamente, seguindo o citado Regulamento Roma II, haberá de escollerse o ordenamento español por ser o que resultaría de aplicación de se ter completado o contrato laboral.

Así as cousas, cómpre avaliar a concorrencia dos requisitos para que se poida estimar o xurdimento dunha responsabilidade indemnizadora pola empresa: o dano, o incumprimento culpable ou doloso, e a relación de causalidade entre o segundo e o primeiro.

O dano debe de ser certo e cuantificable. Intuitivamente, resulta sinxelo entender que o incumprimento do precontrato supón un prexuízo claro para Óscar, por canto defrauda unha lexítima expectativa de dereito,; a celebración do contrato lle permitiría gozar dunhas condicións laborais mellores (coma maior salario mínimo ou mellora das condicións da Seguridade Social, que se ben xa estaba a desfrutar en canto traballador desprazado, tiñan vocación de temporalidade), e ademais lle xera unha forte inseguridade por canto significa a aparición do risco

de devir irregular e complica, que non impide, o acceso a tratamento médico nun momento tan delicado para a súa saúde. Tamén cabe citarse que a promesa de contratar puido influír na conduta de Óscar, por canto puido deixar de buscar activamente emprego ó estar comprometido xa cunha empresa, motivo polo que a súa situación económica tamén se torna máis insegura.

Agora ben, a necesidade de cuantificar economicamente ese dano tamén é palpable. Posto que non cabe exixir a efectiva celebración do contrato de traballo, non se poderán pedir, en consecuencia, os salarios eventualmente deixados de percibir nin a mellora das condicións laborais; o prexuízo por cesar na busca activa de emprego tampouco é facilmente valorable; o mesmo pódese dicir da inseguridade. Así, dos tres elementos da responsabilidade, este é o máis complicado de probar non pola súa realidade, senón pola súa taxación.

Menos dificultades reviste probar o incumprimento culpable ou doloso do estipulado. O incumprimento en si é unha realidade palpable e obxectiva. O non respecto do pactado, por parte de Construcións Pessoa, parece responder á “actuación consciente e deliberada do debedor que se resiste a cumprir” coa que Bercovitz Rodríguez-Cano et al. (2017) definen o incumprimento doloso, unha “infracción a sabendas do cumprimento da obriga, sen que sexa preciso que o debedor teña intención de danar ou causar maiores prexuízos ó acredor”.

Integramente relacionada co dolo aparece a mala fe e un posible abuso da personalidade xurídica, ó prometer a matriz en nome da filial, de xeito que esta, formalmente, non quedaría comprometida a nada. Recórdase, a este respecto, que no epígrafe anterior se trouxo a colación a doutrina xurisprudencial da teoría da identidade, que permite desvirtuar a separación de personalidades das compañías nun mesmo grupo cando:

1. Exista un dano que faga xurdir a responsabilidade;
2. Este dano teña a súa orixe nunha conduta abusiva ou contraria á boa fe;
3. E exista tamén subordinación, dependencia ou unidade de decisión entre a matriz e a filial.

Alén da realidade do dano, sobre a que xa se efectuaron as consideracións necesarias, interesa agora reparar nos outros dous requisitos. Considerar como persoas xurídicas diferenciadas e non comprometidas a unha polas condutas da outra, máis aló das terribles consecuencias prácticas que tería para Óscar polas particularidades do caso, supón dar amparo a unha actuación maliciosa do empregador, que aproveita as asimetrías na información, é dicir, o seu moi superior coñecemento dos ordenamentos de ambos estados, tanto en materia de personalidade como de contratación e estranxeiría, para desembarazarse dunha situación problemática, un traballador cun padecemento moi grave, en claro prexuízo deste. Non cabe esperar dun traballador migrante con baixo nivel formativo e que leva dous meses en Europa, a cabalo entre dous Estados diferentes, coñecer o suficiente os respectivos sistemas legais como para comprender que matriz e filial son persoas xurídicas diferentes e que non se poden comprometer a unha no nome da outra. A matriz sabe que está a prometer un imposible (polas dificultades para contratar a un traballador sen permiso de traballo) ou polo menos algo que non depende dela (por canto sería a filial a que tería que cumprir co estipulado).

Polo que respecta á relación de subordinación, dependencia, ou unidade de decisión, e a falta de máis datos que o confirmen, parece, en base ó relato fáctico, que hai unha relación de dependencia formal e subordinación, ou cando menos coordinación, entre matriz e filial, ademais de que podería haber unidade de decisión. Esta suposición de coordinación susténtase firmemente sobre o feito de que Óscar está a traballar no ámbito xeográfico da filial pero contratado pola empresa matriz, que o despraza de xeito temporal. Tamén cabería presumir a dependencia do feito de que a matriz prometa expresamente contratalo na filial, promesa que non podería facer se non existise esa relación de subordinación. Dito isto, os tribunais adoitan ser exixentes coa proba nestas situacións, polo que sería recomendable obter máis datos e recompilar máis información sobre o funcionamento da compañía antes de presentar calquera acción.

Cabe engadir, polo demais, que o dolo ten que ser probado por quen o alega, cousa que non acontece coa culpabilidade no incumprimento das obrigas, que se presume (1183 CC), correspondendo á empresa tentar desmontala. Mesmo se esta argumenta que intentou cumprir, mais que non puido dar de alta a Óscar como empregado por non ter este permiso de traballo e residencia en España, seguiría a ser un incumprimento culpable, e polo tanto indemnizable, ó albor do 1104 CC. Xa que logo, este artigo define a culpa do debedor coma “a omisión daquela dilixencia que exixa a natureza da obriga e que corresponda ás circunstancias das persoas, o tempo, e o lugar”, dilixencia especialmente acentuada no caso de profesionais no exercicio da súa profesión (*lex artis*). Esta agravación da dilixencia exixida é plenamente aplicable a unha compañía que opera en varios Estados, que debería de coñecer o funcionamento e as dificultades que entraña a contratación, non podendo trasladarse ó traballador as consecuencias dos eventuais problemas que xurdan ó proceder á súa alta.

Finalmente, o terceiro dos extremos a probar para reclamar a responsabilidade, é a relación de causalidade. Pouco máis do xa exposto se pode engadir, pois á luz dos feitos e da argumentación anterior, que o dano ten a súa orixe na conduta da empresa resulta evidente: de ter contratado a empresa a Óscar, este non tería sufrido ningún dos prexuízos expostos. É, polo tanto, o punto de máis sinxela argumentación.

A acción poderá exercitarse perante os tribunais españois ou portugueses, xa que o Regulamento Bruxelas I bis, artigo 7, contempla un foro electivo para o demandante. Se ben se lle brinda a posibilidade de presentar a demanda ante os tribunais do lugar onde terían que se producir os efectos do contrato, nada impide que poida presentala tamén respectando o foro xeral do lugar de domicilio do eventual demandado.

2. BLOQUE SANITARIO.

2.1. Tendo en conta a gravidade da situación, a negativa do Servicio Galego de Saúde a practicar unha intervención alegando a ausencia de tarxeta sanitaria está xustificada?

2.1.1. Bases do sistema sanitario español.

A protección da saúde ten base constitucional por canto se efectúa no artigo 43 da Constitución Española de 1978¹⁷ un recoñecemento en abstracto do dereito á protección da saúde. A concreción dos dereitos e deberes “de todos” se delega, nunca mellor dito, á lexislación ordinaria. Esta atribución universal do dereito non se efectúa, e importa resaltalo, de forma gratuíta, de modo que sería constitucionalmente admisible a existencia dalgún tipo de contraprestación para ter acceso á sanidade.

Estreita relación coa materia sanitaria ten o sistema de Seguridade Social, recoñecido tamén coma outro dereito para os cidadáns no artigo 41 CE.

A regulación pormenorizada do sistema sanitario efectúase primeiramente mediante leis, se ben pola natureza descentralizada e polas competencias autonómicas da materia é tamén relevante a regulación das distintas CCAA.

2.1.2. O réxime de aplicación ás persoas estranxeiras.

Obsérvase que a redacción constitucional garante “a todos” o dereito á protección da saúde, se ben permite expresamente á lei modular a súa extensión ó establecer os dereitos e deberes de cada un. Deste xeito, a atención recibida por nacionais e estranxeiros non ten por que ser necesariamente igual. Pola súa banda, o dereito á SS só se recoñece constitucionalmente ós cidadáns españois.

Pois ben, a primeira norma en materia de sanidade foi a aínda vixente Lei 14/1986, de 25 de abril, Xeral de Sanidade¹⁸, que recoñece o dereito á asistencia sanitaria unicamente ós españois. Posteriormente, a Lei Orgánica 4/2000, de 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España¹⁹ e a súa integración social (en adiante Lei de Estranxeiría) e a Lei 16/2003, de 28 de maio, de cohesión e calidade do Sistema Nacional de Saúde²⁰ abordarían mellor esta problemática. A primeira delas recoñeceu no seu artigo 12 o dereito á asistencia sanitaria ós estranxeiros, se ben remite a súa regulamentación á lexislación sanitaria, de xeito que é na segunda onde verdadeiramente hai que acudir para coñecer os pormenores do ordenamento español neste asunto. A lexislación experimentou bastantes cambios na última década, posto que até o 2012 o dereito á sanidade era máis ou menos universal, pero tras a aprobación do Real Decreto Lei 16/2012, de 20 de abril, de medidas urxentes para garantir a sostibilidade do Sistema Nacional de Saúde e mellorar a calidade e seguridade das súas prestacións²¹, o acceso ós estranxeiros viuse fortemente limitado agás en supostos de especial urxencia. Nos últimos anos, esta medida foise revertendo, devolvéndolles parte dos dereitos que se lles deixara de recoñecer (Delgado del Rincón, 2019).

¹⁷ Boletín Oficial do Estado, de 29 de decembro de 1978, núm. 311.

¹⁸ Boletín Oficial do Estado, de 29 de abril de 1986, núm. 102.

¹⁹ Boletín Oficial do Estado, de 12 de xaneiro do 2000, núm. 10.

²⁰ Boletín Oficial do Estado, núm. 128.

²¹ Boletín Oficial do Estado, de 24 de abril de 2012, núm. 98.

Actualmente, no seu artigo 3, a LSNS reconece ós titulares do dereito á protección da saúde e á atención sanitaria, sendo nacionais españois, os estranxeiros con residencia en España, e aquelas outras persoas que vexan o seu dereito reconecido en aplicación dos regulamentos comunitarios en materia de coordinación de sistemas de SS ou dos convenios bilaterais correspondentes. Este reconecemento á atención sanitaria, como se adiantou no epígrafe anterior, non trae aparelado o financiamento estatal do servizo, debendo a situación do paciente encadrarse nunha listaxe de supostos para que a Administración se faga cargo do custe de modo total ou parcial. De entre todos eles, o máis interesante ós efectos do caso é o segundo: ter reconecido o dereito á asistencia sanitaria en España por calquera outro título xurídico aínda cando non se teña residencia habitual dentro do Estado, sempre que non haxa un terceiro obrigado ó pagamento. O mesmo precepto expón que aquelas persoas que non teñan dereito á atención con cargo a fondos públicos poderán obtela mediante o pago dunha cota para a subscripción dun convenio especial (se ben non é interesante para o caso, xa que se exige unha residencia efectiva en España de polo menos un ano, anterior á solicitude do convenio)²².

Salta á vista que o anterior artigo non presta atención ás persoas estranxeiras non residentes. Cuestión da que se ocupa o 3 ter da mesma norma, seguindo uns esquemas bastante semellantes. Comeza enunciando o dereito á protección da saúde e á atención sanitaria dos estranxeiros non rexistrados nin autorizados como residentes nas mesmas condicións que as reconecidas ós cidadáns españois, e replica de novo o sistema de supostos de asunción do custe, cunha diferenza. Mentres que no artigo anterior abondaba con se atopar nunha desas situacións, no caso dos estranxeiros non residentes é preciso que concorran as tres simultaneamente, sendo polo tanto máis ben un sistema de requisitos quede supostos. Así, exixírase que non exista un terceiro obrigado ó pago, que non se poida exportar o dereito a cobertura sanitaria dende o país de orixe, e que o paciente non teña a obriga de acreditar a cobertura obrigatoria da prestación sanitaria por outra vía. Os servizos sociais das CCAA serán os encargados de expedir un documento certificador que acredite o cumprimento das condicións.

Polo tanto, a atención sanitaria deséñase como un dereito universal, e non así o seu pagamento polo Estado, o cal só se reconecera ós estranxeiros en tres marcos: que sexan residentes legais en España e se atopen nunha situación xustificativa da gratuidade, que sen ser residentes reúnan todas as condicións para que se lles financie a atención, ou que vexan o seu dereito reconecido polo dereito da Unión Europea ou por tratados bilaterais.

A tal efecto, o Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, polo que se regula a condición de asegurado e de beneficiario a efectos da asistencia sanitaria en

²² Real Decreto 576/2013, de 26 de xullo, polo que se establecen os requisitos básicos do convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a persoas que non teñan a condición de aseguradas nin de beneficiarias do Sistema Nacional de Saúde e se modifica o Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, polo que se regula a condición de asegurado e de beneficiario a efectos da asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través do Sistema Nacional de Saúde. Boletín Oficial do Estado, de 27 de xullo de 2013, núm. 179.

España, con cargo a fondos públicos, a través do Sistema Nacional de Saúde²³, prevé na súa disposición adicional segunda o dereito das persoas residentes ou temporalmente desprazadas a España na forma, extensión e condicións establecidas polas disposicións europeas.

Recapitulando o xa exposto na primeira cuestión do bloque laboral, o artigo 19 do Regulamento (CE) nº 883/2004 reconece o dereito á atención sanitaria no EM de estancia ós traballadores europeos desprazados nas mesmas condicións das que desfrutarían de cotizar nel, sufragado, iso si, polo EM de orixe. Dereito que, como xa se dixo tamén, foi ampliado polo Regulamento (UE) nº 1231/2010 para os estranxeiros legalmente residentes nun EM. En desenvolvemento da primeira norma, o Regulamento (CE) nº 987/2009 do Parlamento Europeo e do Consello, de 16 de setembro de 2009, polo que se adoptan as normas de aplicación do Regulamento (CE) nº883/2004, sobre a coordinación dos sistemas de seguridade social²⁴, recolle o procedemento para facer efectivo o dereito. Impónselle ó paciente un deber atenuado de presentar ante o provedor de asistencia do Estado de estancia unha certificación expedida polo EM competente (é dicir, perante o cal está dado de alta nos servizos de previsión social) que acredite o seu dereito á prestación sanitaria financiada. Deber este, dise, atenuado, porque no caso de non dispoñer desta acreditación, “a institución do lugar de estancia dirixirase [di textualmente o artigo 25.1] á institución competente para a obter”. O documento configúrase como unha mera acreditación do dereito da persoa a recibir atención sanitaria en igualdade de condicións, segundo dispón o 25.2. En consecuencia, o dereito é independente e anterior ó certificado, téndose aínda que non haxa un documento acreditativo. E, en coherencia, para aqueles casos nos que o eventual paciente non sexa quen de probar o seu dereito, se lle traslada á institución sanitaria a tarefa de poñerse en contacto co EM competente.

En último lugar, cómpre recordar que a configuración das carteiras de servizos efectuada pola LSNS diferencia en catro (a carteira común básica, a común suplementaria e a común accesoria, a maiores da complementaria dependente de cada Comunidade Autónoma) non sendo todas elas gratuítas. É dicir, o atoparse nunha das situacións que permiten o acceso ó financiamento público da atención non implica a asunción completa do custe pola Administración, podendo ser esta meramente parcial. De todos modos, as intervencións en enfermidades coma o cancro están completamente cubertas, non necesariamente así a medicación.

2.1.3. O réxime de aplicación ás persoas estranxeiras en Portugal.

As anteriores consideracións sobre os regulamentos comunitarios parten dun presuposto: que o interesado estea asegurado noutro EM. Agora ben, o despedimento obriga a avaliar, á luz do dereito portugués, se efectivamente Óscar continuaba asegurado no país luso.

A Lei n.º 4/2007, de 16 de xaneiro, de bases xerais do sistema de *segurança social*²⁵ é a norma marco no Estado veciño (Conceição, 2013). Comeza enunciando no seu artigo 2º o dereito de todos, sen distinción de ningunha clase, ó sistema de previsión social. Ó longo do seu articulado fai referencia ós

²³ Boletín Oficial do Estado, de 4 de agosto de 2012, núm. 186.

²⁴ DO L 284 de 30 de outubro de 2009, p.1.

²⁵ Diário da República, de 16 de xaneiro de 2007, núm. 11/2007, Série I, páxinas 345 a 356.

diversos sistemas dos que se compón a previsión social portuguesa, sendo o *sistema previdencial* o encargado das prestacións por desemprego e por baixas laborais por doenzas, segundo o artigo 52º. Como requisito único para ter acceso exixe o artigo 55º o cumprimento da obriga contributiva dos traballadores, se exixir un período mínimo de alta no sistema, se ben posteriormente o 61º contempla esta opción sen chegar a expresar un lapso de tempo concreto.

Pola súa banda, a Lei nº56/79 de Portugal, do *Serviço Nacional de Saúde*²⁶, promete a asistencia sanitaria ós estranxeiros en réxime de reciprocidade no seu artigo 4º, asistencia que, aclara o artigo 6º, abrangue todas as prestacións sen restricións. Polo tanto, se de darse a situación inversa (un traballador portugués en Brasil que sofre un padecemento tumoral) o doente gozase de coidados médicos, Óscar tería dereito a recibilos el gratuitamente por parte da sanidade portuguesa.

Pois ben, o Anexo do Decreto nº1457, de 17 de abril de 1995, recolle o *Acordo de Seguridade Social ou Segurança Social entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa de 7 de maio de 1991*²⁷. No seu artigo 7, ambos Estados, Portugal e Brasil, recoñecen o dereito dos traballadores orixinarios dun deses Estados que estean a traballar no outro a acceder ás prestacións cos mesmos dereitos que os nacionais. Consecuentemente, ó albor deste acordo luso-brasileiro, Óscar podería ter acceso a tratamento médico en Portugal nas mesmas condicións que o tería na súa terra.

2.1.4. Conclusión.

En vista do anterior, semella claro que Óscar debía ter recibido atención sanitaria por ser este un dereito que corresponde, constitucional e legalmente, a todos. Cuestión diferente é que dependendo da súa situación esta atención fose gratuíta, parcialmente financiada, ou a tivese que pagar enteiramente do seu peto. Pero son estas, en calquera caso, circunstancias posteriores que en nada afectan ó seu dereito a recibir o servizo.

Segundo os regulamentos europeos, en canto traballador desprazado dun EM a outro, habería de ter en España acceso á atención médica en igualdade de condicións cos cidadáns españois, pero sendo por conta de Portugal. Agora ben, posto que foi despedido pola súa empresa, a súa condición de traballador desprazado decae, xerándose certa inseguridade xurídica. Alén de sinalar que o despedimento terá que ser impugnado, e que de prosperar a impugnación tería efectos retroactivos, de modo que Óscar tería estado cuberto durante todo este tempo, importa sinalar que, de feito, xa segue cuberto polo sistema de seguridade social portugués tanto en canto contribuínte como en canto brasileiro. O artigo 19 do Regulamento (CE) 883/2004 seguiría vixente, por seguir Óscar dentro do ámbito de aplicación persoal establecido no artigo 2 interpretado en concordancia co Regulamento (UE) 1231/2010. Polo tanto, estaría protexido pola *Segurança Social*.

A non presentación da tarxeta sanitaria europea non se pode admitir como xustificante válido para lle denegar o acceso a un dereito que, cabe concluír, si que tiña. As propias normas referenciadas recalcan que:

²⁶ Diário da República, de 15 de setembro de 1979, núm. 214/1979, Série I, páxinas 2357 a 2363.

²⁷ D.O.U. de 17 de abril de 1995.

1. O dereito á atención sanitaria é un dereito que todos teñen en España, sen distinción de nacionalidade ou doutra clase.
2. Unha cousa é o dereito a recibir atención sanitaria, e outra a que esta sexa sufragada total ou parcialmente pola Administración española ou por outro Estado.
3. A tarxeta sanitaria europea é un documento de valor meramente acreditativo, posterior ó dereito á atención médica, e que só proba o dereito a que o seu custe sexa cuberto. Non é, polo tanto, requisito para recibila, si para non pagala.
4. En última instancia, é deber da institución sanitaria, e non do paciente, poñerse en contacto coa institución correspondente do EM de orixe, en caso de ausencia da tarxeta sanitaria europea.

2.2. Prosperaría a petición de responsabilidades ó SERGAS pola súa negativa a operar, visto que da devandita negativa se derivou un agravamento da doenza, xa que o tumor continuou avanzando?

2.2.1. Réxime xurídico do sector público.

A Lei 40/2015, de 1 de outubro, de Réxime Xurídico do Sector Público²⁸ é a encargada de regular, entre outros aspectos, a responsabilidade patrimonial das Administracións Públicas, ó longo do seu Capítulo IV.

Esta responsabilidade baséase nunha serie de principios recollidos no artigo 32, de entre os que interesa destacar fundamentalmente o dereito a percibir unha indemnización en favor dos particulares por aquelas lesións que sufran nos seus bens e dereitos como consecuencia do funcionamento dos servizos públicos (Busto Lago, 2014). Requírese, iso si, que o dano reúna unha serie de requisitos, a saber:

1. Que sexa efectivo.
2. Que sexa consecuencia do funcionamento da Administración.
3. Que sexa economicamente avaliable.
4. Que sexa individualizable.
5. Que o particular non teña o deber de o soportar (ben sexa por motivos xurídicos ou porque o dano é consecuencia de forza maior).

Só de concorrer todas esas circunstancias, xurdirá o deber indemnizador da Administración. Esta compensación económica calcularase, e así o dispón o artigo 34, seguindo os criterios de valoración establecidos en diversa lexislación e atendendo ás “valoración predominantes no mercado”, e no caso de lesións corporais tomando “como referencia a valoración incluída nos baremos da normativa vixente en materia de Seguros obrigatorios e da Seguridade Social”.

En definitiva, isto se traduce en que o máis habitual é cuantificar os danos derivados dunha asistencia sanitaria defectuosa (ou da falta dela) en base ó baremo de danos derivados de accidentes de circulación. Foi o Tribunal Supremo quen, en Sentenza de 2 de febreiro de 1998, recorreu por primeira vez a este criterio, ó considerar que o establecemento do importe da indemnización...

ha de hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, el grado de culpabilidad, la dependencia económica, las sumas ya percibidas

²⁸ Boletín Oficial do Estado, de 2 de outubro de 2015, núm. 236.

(conceptos de pensión, recargo, mejoras voluntarias pactadas) y criterios que pueden servir de referencia (así, el anexo de la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 9 noviembre [RCL 1995\3046] para Daños y Perjuicios en Circulación).

Esta liña xurisprudencial mantívose invariable no esencial dende entón, se ben é certo que as normas ás que hoxe se fai remisión son distintas. Actualmente está vixente o Real Decreto Lexislativo 8/2004, de 29 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei sobre responsabilidade civil e seguro na circulación de vehículos a motor²⁹, modificado, no relacionado coa materia, pola posterior Lei 35/2015, de 22 de setembro, de reforma do sistema para a valoración dos danos e prexuízos causados ás persoas en accidentes de circulación³⁰. As contías foron actualizadas por última vez en Resolución de 12 de xaneiro de 2023, da Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións, pola que se publican as contías das indemnizacións actualizadas do sistema para a valoración dos danos e prexuízos causados ás persoas en accidentes de circulación³¹, incrementándose nun 8,5% respecto ás do ano anterior.

2.2.2. Lexitimación pasiva.

Tal e como aclara o artigo 36 da LRXSP, a petición de responsabilidades non se habería de dirixir en ningún caso contra os profesionais sanitarios que denegaron a atención, senón directamente contra a Administración e a través da orde contencioso-administrativa. Isto é así aínda se fose o persoal o responsable da causa do dano.

2.2.3. Análise das posibilidades de que prospere a petición de responsabilidades.

Para avaliar as posibilidades de que a petición de responsabilidades sexa estimada o que hai que analizar é o cumprimento dos cinco requisitos legalmente exixidos.

Fundamental para que o dano sexa indemnizable é que se teña efectivamente producido, e que esta produción traia causa no funcionamento do servizo público. É dicir, que a negativa do SERGAS a proporcionar o tratamento necesario derivase nun agravamento da doenza. Este empeoramento pode resultar particularmente perigoso tendo en conta que o retraso no tratamento podería rematar sendo mortal. A tal fin, sería recomendable contar cun ditame pericial médico que avalíe o agravamento. Como consecuencia da exixencia de efectividade, deberase cinguir ó empeoramento efectivo e ás súas consecuencias e secuelas, e non divagar sobre as posibles consecuencias derivadas da falta de atención que non poidan ser demostradas. De demostrarse a realidade do dano, a relación de causalidade coa actuación (ou máis ben a falta dela) da Administración non revestirá complexidade probatoria.

Para a cuantificación económica haberase de recorrer ó baremo da responsabilidade por danos en accidentes de tráfico. Porén, a contía poderá modularse, xa que é un baremo meramente referencial.

²⁹ Boletín Oficial do Estado, de 5 de novembro de 2004, núm 267.

³⁰ Boletín Oficial do Estado, de 23 de setembro de 2015, núm. 228, páxinas 84473 a 84979.

³¹ Boletín Oficial do Estado, de 20 de xaneiro de 2023, núm. 17, páxinas 8534 a 8534.

Pouco comentario ó respecto merece a individualización do dano. Se ben noutras situacións determinar o dano efectivamente producido a un particular cando hai unha pluralidade de afectados pode resultar problemático, non é este o caso. Óscar é o prexudicado e o que soporta a totalidade do dano.

Finalmente, o requisito de antixuridicidade significa que o particular non ten que soportar o dano. Hai dúas situacións nas que non xurdiría o deber indemnizador da Administración, a saber: casos de forza maior ou imprevisibilidade no estado actual da ciencia, ou que o particular teña o deber xurídico de soportar o prexuízo. Destas dúas situacións, a segunda podería supoñer un obstáculo para reclamar a responsabilidade. Se Óscar non tivese dereito a recibir atención sanitaria, as consecuencias da súa carencia non xerarían responsabilidade. Aparece así esta cuestión integramente ligada á pregunta anterior, sobre a lexitimidade da negativa do SERGAS a practicar as intervencións necesarias. Pois ben, xa se concluíu no epígrafe 2.1.4. que Óscar si tiña dereito a recibir atención sanitaria como consecuencia dos designios do dereito europeo, español e como consecuencia dos convenios internacionais. O dereito a recibir o servizo é indubidable, sendo o único aspecto que podería xerar certa polémica o referente a quen tería que afrontar o seu custe. Mais, en calquera caso, a responsabilidade da Administración proviría de negar un tratamento ó que se tiña dereito, sendo irrelevante quen pagase por el.

Se se entenden probados estes cinco extremos, habería altas posibilidades de que prosperase a petición de responsabilidades e do resarcimento do dano contra a Administración Pública.

3. BLOQUE DE ESTRANXEIRÍA.

3.1. Tería posibilidades de prosperar un intento de regularización da situación dos membros da familia fundamentado na concorrencia de razóns humanitarias pola enfermidade de Óscar?

3.1.1. Previo: consideracións sobre a regularidade da súa situación.

A razón de ser que xustificaba a estancia de Óscar en Galiza era a súa condición de traballador desprazado por unha empresa portuguesa que o tiña contratado en Portugal pero traballando en España. Unha vez despedido, esta xustificación decae, e xérase unha inseguridade sobre a súa situación xurídica, e por extensión, tamén sobre a da súa familia, que chegara aquí no medio de todos os acontecementos. Tanto esta cuestión como as seguintes parten da presunción de que a situación de Óscar e dos seus non é axustada ó dereito de estranxeiría español.

Se ben é certo que corren o risco de que deveña irregular, non é esta unha situación inmediata. Hai que recordar que Óscar entrou en Portugal cun permiso de residencia e traballo, é dicir, legalmente. E que foi a través de Portugal como chegou a España.

Pois ben, o dereito europeo ten como un dos seus piares a liberdade circulatoria das persoas entre países, tal e como expresamente citan os artigos 67.2 e 77.1 do

TFUE. Asegúrase a ausencia de controis de persoas, “sexo cal sexo a súa nacionalidade”, ó cruzar as fronteiras interiores. En desenvolvemento do Tratado, o Regulamento (UE) 2016/399 do Parlamento Europeo e do Consello, de 9 de marzo de 2016, polo que se establece un Código de normas da Unión para o cruce de persoas polas fronteiras³² estableceu o funcionamento do coñecido coma Espazo Schengen, motivo que lle valeu a abreviatura de Código de fronteiras Schengen. A libre deambulacón traspasando as fronteiras interiores, enunciada no artigo 22, sen sometemento a ningún tipo de control, implica que “a UE ten plena capacidade normativa na regulación dos visados de corta duración, é dicir, para estancias inferiores a tres meses dentro de cento oitenta días” (Sobotovicova, 2017). Deste xeito, sempre que se entrase regularmente dentro dun Estado Schengen se estaría en situación regular en calquera territorio do espazo polo menos durante 90 días. Porén, explica tamén Sobotovicova,

o dereito da UE prevé o carácter de harmonización mínima das normas europeas para as estancias superiores a tres meses dos nacionais de terceiros países. Este papel europeo de mínima intervención na regulación da mobilidade dos nacionais de terceiros países na UE responde á negativa por parte dos Estados membros a ceder máis soberanía nestes temas politicamente tan sensibles.

Polo tanto, alén dese período inicial de 90 días, dependendo da lexislación de cada Estado podería devir irregular a situación da persoa. No caso español, cando a entrada sexa con visado, permítese a prórroga por outros 90 días presentando o modelo EX-00 (Ministerio do Interior, s.f.)

Polo que respecta ós seus familiares, a súa situación en España podería tentar xustificarse inicialmente en base ó dereito ó reagrupamento familiar regulado no artigo 53 a) para a esposa e c) para os fillos do Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, polo que se aproba o Regulamento da Lei Orgánica 4/2000, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, tras a súa reforma por Lei Orgánica 2/2009³³(en adiante, por motivos de comodidade, Regulamento de Estranxeiría).

Con isto en conta, é preciso facer notar que nun primeiro momento, ó non ter transcorridos eses tres meses, Óscar está nunha situación completamente axustada a dereito en España, podendo buscarse tamén vías para lexitimar a da súa familia. Agora ben, tamén é certo que o artigo 30 da Lei de Estranxeiría prescribe que pasado o devandito prazo será preciso obter unha prórroga (cuxa consecución podería se complicar pola necesidade de demostrar medios económicos suficientes) ou directamente un permiso de residencia. Polo tanto, as seguintes cuestións abordaranse dende a perspectiva de como conseguir ese permiso ante a certeza de que, eventualmente, a situación administrativa de Óscar acabou por quedar ó marxe da legalidade.

³² DO L 077 de 23 de marzo de 2016, p.1.

³³ Boletín Oficial do Estado, de 30 de abril de 2011, núm. 103, páxinas 43821 a 44006.

3.1.2. O réxime de estranxeiría en España: regularización da situación por razóns humanitarias.

Os tratados da UE permiten a libre circulación de persoas e a libre fixación da residencia dentro do territorio desta organización internacional. Porén, os estranxeiros procedentes de Estados que quedan á marxe destes acordos europeos precisan dunha autorización de estancia e residencia para poderen trasladarse a España. Este permiso é regulado no Capítulo II do Título II da Lei de Estranxeiría.

Ante a superficialidade e falta de concreción desta norma, procedeuse ó seu desenvolvemento regulamentario. Tras a reforma operada na lexislación no ano 2009 fíxose preciso actualizar tamén a regulamentación polo miúdo da man do devandito Regulamento de Estranxeiría.

Así as cousas, a base legal da regularización da situación dos estranxeiros irregulares por razóns humanitarias acha a súa base legal no artigo 31.3 da Lei de Estranxeiría, que permite á Administración conceder un permiso de residencia temporal por razóns humanitarias, entre outras causas. E o Real Decreto 557/2011 establece cales se consideran razóns humanitarias e os requisitos e o procedemento a seguir para a súa concesión .

O artigo 126 contempla tres situacións que xustifican o outorgamento da autorización temporal de residencia, que son, en esencia, os seguintes: ter sido vítima dunha serie de delitos concretos, acreditar que a devolución ó seu país de orixe implica graves riscos para a súa seguridade ou a da súa familia e, finalmente, demostrar sufrir unha enfermidade grave sobrevida.

Atendendo ó tenor literal do artigo, neste terceiro caso, que é o que aquí interesa, haberanse de dar as seguintes condicións:

1. Demostrar padecer unha enfermidade grave mediante informe clínico expedido pola autoridade sanitaria correspondente.
2. Que esta sexa sobrevida, é dicir, que o desprazamento non tivera como obxecto acceder a un tratamento.
3. Que o padecemento requira de atención médica especializada.
4. Que a atención non sexa accesible no seu país de orixe.
5. Que non recibir tratamento supoña graves riscos para a integridade ou a vida do paciente.

A observancia destes requisitos, establece a xurisprudencia, ten que ser estrita, xa que logo...

la regla general es que la autorización de residencia y trabajo queda sometida a la previa obtención del visado y al cumplimiento del resto de requisitos legalmente establecidos. La excepción son las situaciones contempladas al artículo 123 del reglamento de extranjería, entre ellas las razones humanitarias. Una excepción que, como tal y en los términos que están redactado el precepto, no admite su expansión a supuestos no expresamente contemplados a la norma –“singularia non sunt extendenda-. STSX de Cataluña de 10 de xuño de 2016.

O procedemento vén detallado no artigo 128 do Regulamento. A solicitude de autorización deberá ser presentada de forma persoal polo interesado (ou polos

seus representantes legais en caso de menores de idade) acompañada da documentación acreditativa da razón humanitaria esgrimida e de copia do pasaporte.

3.1.2. Posibilidades de éxito no caso de Óscar e a súa familia.

Para aventurar as posibilidades de éxito dunha solicitude de autorización temporal de residencia baixo esta argumentación, cómpre analizar o cumprimento dos cinco requisitos recollidos no artigo 126 do Regulamento de Estranxeiría para estimar a concorrencia de razóns humanitarias por enfermidade.

O diagnóstico do CHUAC dun tumor cerebral parece, nun primeiro momento, encaixar perfectamente dentro das exixencias do tipo. É unha enfermidade grave, acreditada nun informe clínico, e que require de atención médica especializada, ou do contrario se estaría a pór en grave risco a integridade e a vida do paciente.

En canto ó requisito de que sexa sobrevida, con el o que se pretende é evitar que se produza unha sorte de “inmigración sanitaria”, que nacionais de terceiros Estados se trasladen a España coa intención de recibir un tratamento para o seu padecemento ó que non poderían ter acceso no seu país de orixe. Por este motivo, a xurisprudencia adoita ser moi exixente á este respecto, non considerando como sobrevidos nin os agravamentos, nin a detección de patoloxías relacionadas, nin a obtención dun diagnóstico máis preciso dunha doenza que xa se coñecía. Así, por todas, a STS 782/2007 de 10 de xaneiro, senta o criterio interpretativo nos seguintes termos:

[A]l hablar de enfermedad "sobrevivida", debe señalarse que, como parece contemplar el recurrente, de lo que se trata es de proteger al extranjero que descubra una enfermedad de carácter grave, pero no promover que entren y permanezcan en España ilegalmente aquellos extranjeros que padezcan enfermedades que en su país no son tratables, con la finalidad, precisamente, de tratarse esas enfermedades.

(...)

[N]o puede ser más razonable. Pretende satisfacer una necesidad que afecta a la salud, e, incluso, en determinadas situaciones a la vida de quien se enfrenta a ella de alguien que se halla en España cualquiera que sea su situación y que pueda acreditar que durante su permanencia en nuestro país ha contraído la enfermedad o dolencia o se le ha manifestado la misma, quedando a juicio de los informes clínicos expedidos por la autoridad sanitaria competente la acreditación de esa necesidad. Y de igual modo pretende evitar el propósito sin duda verosímil del extranjero que sabedor de que se halla en esa situación de enfermedad y conocedor de que la misma puede ser atendida por el sistema sanitario nacional accede a nuestro país con ese fin y solicita una autorización de residencia temporal por razones humanitarias alegando para ello la necesidad de ser tratado de la enfermedad que padece.

Polo tanto, a clave é o coñecemento previo da doenza, posto que, obvio resulta, ningún estranxeiro vai vir a España a tratarse unha enfermidade que non sabe

que padece. Neste sentido, cabe entender que o caso de Óscar é plenamente compatible coas exixencias legais e xurisprudenciais, por canto o tumor foi detectado casualmente. O afectado non esperaba recibir este diagnóstico nin presentara una sintomatoloxía que lle puidera levar a pensar que sufría este padecemento. Ademais, o transcurso de dous meses dende a súa saída de Brasil até que acudiu a un centro médico, despois de estar previamente de alta laboral e cuberto polos sistemas de previsión social doutro Estado, evidencian unha total ausencia de mala fe.

Máis problemática pode resultar a exixencia da non accesibilidade do tratamento no seu país de orixe. En Brasil existe un sistema sanitario público e gratuito para todas as persoas residentes legalmente no Estado, como sería Óscar. Mais este sistema pouco ten que ver co español, sendo con frecuencia cuestionado pola súa insuficiencia de medios e pola súa demora. Se o aforismo latino afirmaba que nada se parece tanto á inxustiza como a xustiza lenta, no que respecta a estoutro eido poderíase afirmar que unha atención sanitaria lenta directamente non é unha atención sanitaria. En efecto, incluso o Ministerio de Exteriores do Goberno de España recomenda ós españois que se mudan ó país suramericano que contraten seguros privados (Ministerio de Exteriores, s.f.)

Polo tanto, si, formalmente é posible que Óscar tivera acceso ó tratamento médico necesario no seu país de orixe. Pero nun plano práctico, semella perfectamente posible que o seu dereito á sanidade se traduza nunha atención deficitaria, cando non directamente nunha falta de atención.

Non abonda a xurisprudencia sobre casos de solicitude de residencia por enfermidade grave de inmigrantes procedentes de Brasil, de modo que a apreciación da Administración e dos tribunais, en caso de ter que chegar a eles, resulta difícil de anticipar. Aínda que, evidentemente, o mellor sería aconsellar a Óscar que presentase a solicitude, non se pode garantir que esta vía vaia servir para regularizar a súa situación. Adicionalmente, a Lei só fai referencia neste aspecto á concesión do permiso ó afectado, e non á súa familia, polo que ficarían en situación irregular e terían que volver eventualmente a Brasil.

Doutra banda, tamén podería considerarse como país de orixe de Óscar Portugal, xa que alí ten permiso de residencia e traballo, e foi mediante ese permiso que puido entrar en territorio español. Son varios os motivos que levan a pensar que no veciño luso si que podería ter acceso a tratamento. Sen entrar en máis detalle, a fin de non caer en reiteracións estériles, recórdase aquí o xa exposto na pregunta 2.1. Tanto o recoñecemento do dereito a acceder a prestacións sanitarias en réxime de reciprocidade que se fai ós estranxeiros na Lei nº56/79, coma o feito de que estivera cuberto pola *Segurança Social* polo menos até o seu despedimento (que, por se fose pouco, é de dubidosa legalidade) parecen indicar que aló si podería ter acceso ós tratamentos precisos. Se ben non deixa de ser isto unha boa noticia para Óscar, implica, simultaneamente, responder negativamente á pregunta enunciada, xa que diminuíría as perspectivas de éxito dun intento de regularización da situación administrativa mediante a obtención dun permiso de residencia temporal con base en razóns humanitarias.

3.2. Sería posible regularizar a situación da familia grazas ó nacemento en España de Xoán?

3.2.1. O réxime de estranxeiría en España: nacionalidade por natureza e por naturalización.

O artigo 11 CE descarga sobre a lexislación ordinaria a regulamentación da adquisición, conservación, e perda na nacionalidade española, cun único límite para evitar situacións de apatridia: ningún español poderase ver privado da súa nacionalidade. Como é habitual, a obtención da nacionalidade pódese producir tanto de orixe como por naturalización posterior (Palao Moreno & al., 2021).

Para coñecer que é nacional de orixe é preciso acudir ó CC, artigo 17. Contémplanse catro supostos:

1. Os nados de pai ou nai españois;
2. Os nados de pai e nai estranxeiros cando polo menos un deles nacesse xa en España, coa excepción dos fillos de funcionario consular ou diplomático acreditado;
3. Os nados de estranxeiros apátridas, ou se a lexislación de ningún deles atribúise nacionalidade ó fillo; e
4. Os nados en España sen filiación coñecida.

En canto a adquisición da nacionalidade *a posteriori*, hai diferentes posibilidades recollidas nos artigos 18 a 23 do mesmo Código. En esencia, son as seguintes:

1. Nacionalidade por residencia continuada por un mínimo de 10 anos, con excepcións;
2. Consolidación polo uso da nacionalidade, de boa fe, durante dez anos;
3. Nacionalidade por opción en determinados supostos;
4. Nacionalidade de graza por carta de natureza.

O suposto verdadeiramente interesante é o primeiro, o de nacionalidade por residencia, e éo grazas ás devanditas excepcións. É o artigo 22 o encargado de pormenorizar as condicións para ter acceso a esta vía de concesión. Ordinariamente, requírese unha residencia (legal) continuada de cando menos dez anos, se ben este prazo se reduce substancialmente en atención a determinadas circunstancias.

A primeira redución contemplada, obviando a específica para os refuxiados, é aquela da que se poden beneficiar os “nacionais de orixe de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial ou Portugal”, abondando co transcurso de dous anos. Polo tanto, de ter Xoán nacionalidade de orixe brasileira, e non española, podería beneficiarse desta oportunidade.

Pero o período de tempo de residencia legal requirida pode ser aínda menor, dun só ano, para, entre outros, os nados en España que non teñan nacionalidade española. Poderíase afirmar entón que esta opción se configura como unha sorte de *ius soli* atenuado.

3.2.2. O tratamento da nacionalidade no dereito brasileiro.

A obtención da nacionalidade brasileira regúlase no artigo 12 da súa Constitución³⁴. De xeito xenérico, establece unha clasificación entre brasileiros de nacemento e brasileiros naturalizados (Vinícius Oliveira, 2011).

Sobre esta diferenciación cabe salientarmos dous aspectos. O primeiro deles é que é unha distinción máis terminolóxica que fáctica, xa que logo, a nacionalidade por nacemento non se adquire sempre automaticamente co nacemento, senón posteriormente e por solicitude, operando de facto como una naturalización. Así, o 12.I contempla tres supostos de acceso á nacionalidade por nacemento, reconducibles, verdadeiramente, a dous. Recoñécese, dunha banda, o *ius soli* a todas aquelas persoas nadas no Brasil, coa excepción dos fillos dos funcionarios de terceiros Estados que traballan no país. Mais, da outra, se lles recoñece ós nados no estranxeiro fillos de pais brasileiros (*ius sanguinis*) de xeito automático se estes están ó servizo da República Federativa, e baixo demanda se se solicita a inscrición como brasileiros perante a institución competente ou se se trasladan a Brasil en calquera momento da súa vida. Polo tanto, é perfectamente posible converterse en brasileiro por nacemento décadas despois de ter nacido e tras ter ostentado outras nacionalidades.

O segundo dos aspectos que se sinalaron como relevantes son as consecuencias de obter a nacionalidade por unha ou outra vía. E é que o mesmo artigo 12, se ben veda, en principio, a posibilidade de tratar diferente a uns brasileiros doutros, tamén prohibe de xeito taxativo o exercicio de múltiples cargos políticos e militares ós brasileiros naturalizados. Pódese falar, en consecuencia, dunha nacionalidade de primeira e outra de segunda, con múltiples dereitos políticos acernados.

3.2.3. A regularización da situación por arraigo familiar.

Unha vez máis, a posibilidade de obter un permiso de residencia temporal en España de xeito excepcional ten a súa base na LO 4/2000, desenvolvida polo Real Decreto 557/2011. Neste caso, estase a falar dun suposto diferente ó da cuestión anterior, xa que, en troques de analizar a concorrencia de razóns humanitarias, o que se estuda agora é a posibilidade de concedelo en base ó arraigo familiar.

Estoutra modalidade de obtención excepcional de autorización vén recoñecida no artigo 123 do Regulamento de Estranxeiría, e é pormenorizada no 124.3 (López Martínez & Murciano Álvarez, 2022). Recoñécense tres supostos onde procedería estimar o arraigo familiar:

1. O do pai, nai ou titor dun menor de nacionalidade española ó seu cargo, que conviva con el e que estea ó corrente das súas obrigas paternofiliais.
2. O do cónxuxe ou parella de feito acreditada dun cidadán con nacionalidade española, ou ascendentes e descendentes en determinadas circunstancias.
3. O dos fillos de pai ou nai orixinariamente española.

Polo que respecta ó procedemento, é moi semellante ó descrito na pregunta anterior. Non obstante, o 128 do Real Decreto 557/2011 engade algúns trámites

³⁴ Diário Oficial da União de 05/10/1988

extra para os supostos de arraigo. Concretamente, será preciso acreditar mediante certificado a inexistencia de antecedentes penais.

3.2.4. Posibilidades de éxito.

Neste caso dáse a circunstancia de que Claudia, esposa de Óscar, veu a España estando encinta e na última fase do embarazo, dando a luz a Xoán, terceiro fillo da parella, xa aquí. Polo tanto, cabería preguntarse sobre a posibilidade de que ese nacemento en España lles brindase unha oportunidade para regularizar a súa situación.

Cabe contemplar dous supostos: o da nacionalidade de orixe e o da nacionalidade por adquisición.

Comezárase analizando o primeiro. Seguindo a lexislación do CC exposta, a adquisición da nacionalidade española de forma directa por *ius soli* non se contemplaría até a terceira xeración. É dicir, que Xoán non tería acceso automático á nacionalidade, e en todo caso, se no futuro chegase a ter el descendencia nada en España, estes fillos si gozarían da cidadanía. Polo tanto, esta vía semella pechada.

Porén, aproveitando a discrecionalidade que a Constitución de Brasil brinda ós seus nacionais á hora de rexistrar o nacemento da súa descendencia nada no estranxeiro, podería abrirse unha posibilidade. Así, a redacción do seu artigo 12 deixa claro que a vía de adquisición da nacionalidade brasileira nos casos dos fillos de nacionais pero nados fóra do Brasil como consecuencia dun trámite interesado ben polos proxenitores ou ben, posteriormente, polo propio descendente. En consecuencia, non será unha adquisición da nacionalidade automática, sendo Xoán apátrida até que se produza a súa inscrición perante a autoridade brasileira correspondente ou regrese a vivir a Brasil.

Aínda que claramente non está pensado para este tipo de situacións, o artigo 17 do CC español reconece o *ius soli* para os nados en España de pais estranxeiros se a lexislación de ningún deles, neste caso a brasileira, lle atribúe nacionalidade ó fillo. Pois ben, malia que a normativa deste Estado si reconece o dereito de Xoán á nacionalidade, a súa adquisición non é automática e incluso podería non se chegar a producir nunca por quedar a discreción dos proxenitores e do propio Xoán, cando teña capacidade de discernimento. Sendo así, como o CC ten pánico ás situacións de apatridia, a concesión da cidadanía española si que habería de ser automática: Xoán sería español.

Esta teoría acha pleno respaldo na literalidade da norma. Porén, non nos tribunais. Así, a xurisprudencia do Supremo, xa na STS de 22 de decembro de 2008, veu a dicir que ha de exixirse un requisito a maiores, malia o que diga o texto legal español, e mesmo citando expresamente a Convención sobre o Estatuto dos Apátridas de Nova Iork de 28 de setembro de 1954³⁵:

[L]a consideración de apátrida sólo procede respecto de la persona "que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación".

³⁵ Ratificación no Boletín Oficial do Estado núm. 159, de 4 de xullo de 1997, p. 20745-2753.

Así, os tribunais reformularon a condición legal para reconvertela noutra distinta. Xa non se pide só que a persoa “non sexa considerada como nacional seu por ningún Estado, conforme á súa lexislación”, senón que se require tamén que non o poida ser. O devandito pronunciamento sentenza que...

apátrida es aquella persona que no puede ser nacional de otro Estado conforme a su legislación,

aínda que os textos legais se refiran claramente á non consideración efectiva, e non a unha mera especulación ou posibilidade.

Malia a licenza interpretativa desta liña xurisprudencial, o certo é que hoxe está plenamente vixente, sendo aplicada de forma unánime e constante pola Audiencia Nacional cada vez que hai un recurso sobre denegación da nacionalidade a un apátrida (por todas, a recente Sentenza da Audiencia Nacional 5069/2022 de 3 de novembro, que afirma que “en todo caso, no basta con no tener nacionalidad para el reconocimiento de la condición de apátrida, siendo necesario estar en situación de no poder optar a una nacionalidad”).

Polo tanto, mesmo se Xoán fose apátrida, por lle recoñecer automaticamente o dereito brasileiro a nacionalidade se non realiza unha serie de trámites, o ordenamento español non lle outorgaría tampouco, seguramente, a nacionalidade. Esta estratexa de intentar conseguir a nacionalidade española para Xoán ten amparo legal, pero non respaldo nos tribunais, de xeito que as súas posibilidades de éxito quedan reducidas a unha estimación, precisamente en base á literalidade da lei, da solicitude de concesión da nacionalidade por parte de Administración. Pero de ser denegada a solicitude, resultará difícil que prospere calquera tipo de recurso fronte á resolución onde así se faga constar.

Pois ben, precisamente como a denegación se basearía no criterio xurisprudencial de que a nacionalidade de orixe que lle correspondería sería a brasileira, e non a española, cómpre reflexionar entón sobre as posibilidades de obtención da nacionalidade por naturalización.

Así, son dúas as opcións, partindo en ambas as dúas do suposto de residencia legal en España: a obtención acelerada en base á nacionalidade de nacemento, e a obtención acelerada grazas ó lugar de nacemento.

Sobre a primeira, poucas consideracións cabe facer ó respecto. Se se denega a nacionalidade española por lle corresponder a brasileira, podería entón acollerse á redución do tempo de residencia requirido a só dous anos para solicitar a nacionalización por esta causa da que desfrutan os iberoamericanos.

Claro que, certamente, é máis interesante a segunda, xa que logo exige un menor tempo de permanencia en España: un só ano. E o cumprimento da condición, o ter nacido en territorio nacional, é unha cuestión obxectiva que escasa polémica pode suscitar.

Polo tanto, a clave estará en xustificar a residencia legal continuada durante un ano, dende outubro de 2021 (data de nacemento) até outubro de 2022. Pois ben, a regularidade da presenza da familia de Óscar en España depende de que este poida exercer o dereito ó reagrupamento familiar ou non. E o exercicio deste dereito está circunscrito, á súa vez, á regularidade da situación del. Claudia, Eladio e Xesús entraron regularmente en España no seu momento, pero cando a

nai dá a luz ó terceiro fillo a situación xa é máis incerta. O despedimento produciuse despois do diagnóstico de febreiro, quedando entón Óscar nunha situación regular de estancia prorrogable un máximo de seis meses que remataría entre agosto e setembro. En consecuencia, Xoán nace en outubro en situación irregular.

Agora ben, hai que ter en conta unha particularidade do caso, que é que Óscar debería preitear contra a empresa portuguesa para, entre outras cousas, recuperar o seu posto de traballo por ser inválido o despedimento. Litixio que, ademais, e polo xa comentado na pregunta 1.2., podería celebrarse en España. O motivo polo que a súa situación administrativa deviría irregular é o decaemento da razón xustificativa da súa presenza no país (o contrato laboral) máis o transcurso do período de 90 (prorrogable a 180) días. Non obstante, non se debe esquecer que a impugnación do despedimento suporía que se estivese a cavilar xudicialmente sobre se ese decaemento verdadeiramente é válido ou non. E é que se os tribunais determinasen no seu momento que o despedimento foi nulo e lle devolvesen a Óscar o seu posto de traballo, como tal nulidade ten efectos *ex nunc*, Óscar tería estado en situación de regularidade todo ese tempo en España. Logo o nacemento de Xoán, a efectos xurídicos, se tería producido en situación de regularidade. Pasado entón un ano dende o seu nacemento até a solicitude, sempre que se manteña a regularidade administrativa, se lle habería de conceder ó rapaz a nacionalidade española. Resulta sinxelo imaxinar que poida darse esta situación tendo en conta que polo medio haberá de ventilarse un procedemento xudicial (o cal levaría, aínda sendo optimistas, algúns meses), e que de se resolver esta positivamente, o contrato de traballo restauraríase e Óscar regresaría ó seu posto. Mesmo se posteriormente a relación contractual rematase, gozarían do dereito a estar en situación de estancia durante outros 180 días (seis meses). Consecuentemente, a existencia dun período anual de residencia regular debería de poder satisfacerse.

Dito isto, resulta evidente que como vía de regularización da situación presenta un inconveniente, que é que non é especialmente veloz, xa que en esencia dependería da estimación da impugnación do despedimento e o transcurso dun prazo de tempo até cumprir o ano dende o nacemento de Xoán. De feito, a mera restauración do contrato laboral solucionaríase, polo menos a curto prazo, a situación de irregularidade, por estar a familia reagrupada en torno a un traballador desprazado.

3.2.5. Reagrupamento familiar no caso de éxito.

De chegar Xoán a ser considerado español, con plenitude de dereitos, non podería ser expulsado do país. Quedaría agora pendente de regularización a situación do resto da súa unidade familiar. Entra aquí en xogo a autorización de residencia temporal por arraigo familiar.

Dos supostos recoñecidos polo 124.3 do Real Decreto 557/2011, o relevante neste caso é o primeiro, o referente ó arraigo do pai e da nai dun menor de idade de nacionalidade española ó seu cargo, co que convivan, e con respecto ó cal estean ó corrente das súas obrigas paternofiliais. Suposto que, en principio, é plenamente aplicable para Óscar e Claudia. Deste xeito, o recoñecemento da nacionalidade española de Xoán implicaría tamén a autorización de residencia temporal para os seus pais.

Finalmente, o último cabo a atar son os dous irmáns, ambos menores de idade. O Regulamento de Estranxeiría non repara no arraigo familiar de irmáns, o cal leva a pensar que, en consecuencia, non o permite. Tampouco contempla a opción de lles outorgar permisos temporais de residencia por reagrupamento familiar, limitado a supostos de ascendencia e descendencia. Agora ben, importa traer a colación o principio de interese superior do menor, que informa todo o ordenamento xurídico español. Sen ser explicitamente enunciado na CE, pode derivarse claramente do artigo 39, que versa sobre a protección da familia e, sobre todo, a protección integral dos fillos, por parte dos poderes públicos; así coma do artigo 10 sobre a dignidade da persoa e o libre desenvolvemento da personalidade (Santamaría, 2018). A niveis xerárquicos inferiores, aparece textualmente recoñecido na LO 8/2015, de 22 de xullo, de modificación do sistema de protección á infancia e á adolescencia³⁶ no seu artigo 2. En consecuencia, se ben o arraigo non lles é extensible segundo o Real Decreto 557/2011, sería unha solución ilegal e contraria ó máis elemental sentido xurídico separar ós outros dous fillos menores de idade do resto da súa familia, devolvéndoo a Brasil e apartándoo dos seus pais e do seu irmán pequeno.

3.3. Cabería pedir a regularización da situación de Óscar con base a un arraigo laboral por ter traballado en Arteixo?

3.3.1. O réxime de estranxeiría en España: a regularización da situación por arraigo laboral.

O artigo 124 do Real Decreto 557/2011 contempla como a primeira modalidade de arraigo o laboral. Esta modalidade esixe para a súa estimación a permanencia continuada do estranxeiro en España por un período mínimo de dous anos, demostrando a existencia de relacións laborais de polo menos seis meses. Haberase de demostrar, así mesmo, non ter antecedentes penais tanto en España como nos lugares de residencia dos últimos cinco anos e no Estado de orixe.

Polo que respecta ó procedemento, ó ser este común independentemente da modalidade de arraigo esgrimida, non presenta diferenzas co descrito na cuestión precedente.

3.3.2. Posibilidades de éxito da regularización.

Salta á vista que non se cumpren polo momento os requisitos para estimar o arraigo laboral. Óscar apenas si pasou uns meses en España, polo que resulta imposible soste que se poida acoller a esta modalidade excepcional de obtención do permiso de residencia.

Dito isto, de novo a posibilidade de que a impugnación do despedimento resulte nunha readmisión no posto de traballo, coa conseguinte recuperación da condición de traballador desprazado, obriga a facer unha serie de matizacións. A estimación das pretensións implicaría a nulidade da resolución do contrato, de xeito que xa cumpriría co requisito de ter unha relación laboral de duración superior ós seis meses. Faltaría, entón, cumprir tamén a permanencia de dous anos. Requisito que, dependendo do que se tarde en resolver o litixio, podería cumprirse tamén para o momento da sentenza.

³⁶ Boletín Oficial do Estado, de 23 de xullo de 2015, núm. 175.

De ser ese o caso, Óscar podería obter un permiso de residencia temporal en España independente da relación laboral coa empresa portuguesa.

4. BLOQUE DE ESCOLARIZACIÓN.

4.1. Vista a situación familiar, habería algún obstáculo legal que impida proceder á matriculación dos menores nun centro de estudos para que podan recibir a educación básica obrigatoria?

4.1.1. Marco normativo.

A Constitución Española enuncia de forma xenérica o dereito de “todos” á educación no seu artigo 27, sen realizar ningún tipo de acoutamento sobre ese “todos”.

En desenvolvemento deste dereito fundamental, a Lei Orgánica 8/1985, de 3 de xullo, reguladora do Dereito á Educación³⁷ reconece na súa primeira disposición este dereito tanto ós españois coma ós estranxeiros residentes. Este dereito á educación é tamén reconecido pola Lei de Estranxeiría no seu artigo 9, sen especial limitación.

4.1.2. A cuestión da residencia.

Así as cousas, chama a atención a inclusión na LO 8/1985 do cualificativo “residentes” ó referirse ós estranxeiros con dereito a recibiren educación, apelido non incluído nin na Constitución, nin nos tratados internacionais, nin na lexislación posterior. Cabería preguntarse entón se este termo se atopa baleiro de significado, ou se implicaría que para poder ter dereito ó ensino é preciso ser residente legal en España.

A resposta a esta cuestión atópase na Sentenza do Tribunal Constitucional de 7 de novembro de 2007. Este pronunciamento resolve unha cuestión de inconstitucionalidade interposta polo Parlamento de Navarra ante a aprobación da Lei de Estranxeiría, que nun primeiro momento, reproducindo parcialmente a redacción da devandita LO reguladora do Dereito á Educación, exixía a condición de residente para poder acceder á educación post-obrigatoria. Co gallo de contestar á cuestión, o TC aproveitou para repasar o contido do dereito á educación, respondendo de paso á dúbida que aquí agora se presenta. En concreto, a seguinte pasaxe extraeuse do Fundamento Xurídico 8:

[E]l enjuiciamiento del precepto recurrido debe comenzar examinando el contenido del derecho a la educación constitucionalmente garantizado, específicamente en su dimensión prestacional (...).

Según ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el art. 2 del Protocolo [Adicional ó Convenio para a Protección dos Dereitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 20 de marzo de 1952] forma un todo ya que el primer párrafo reconoce un «derecho fundamental» de todos a la educación, sobre el cual se asienta el derecho de los padres al respeto de sus convicciones religiosas y

³⁷ Boletín Oficial do Estado, de 4 de xullo de 1985, núm. 159.

filosóficas, consagrado en el segundo párrafo. A pesar de afirmar su carácter negativo, el Tribunal reconoce que el derecho a la educación tiene dos manifestaciones prestacionales, puesto que al prohibir [el Protocolo Adicional] «negar el derecho a la instrucción», los Estados contratantes garantizan a cualquiera que dependa de su jurisdicción «un derecho de acceso a los establecimientos escolares que existan en un momento dado» y «la posibilidad de obtener el reconocimiento oficial de los estudios realizados» (...).

[D]e las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a «todos», independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. (...)

[E]l acceso a los establecimientos escolares y el derecho a utilizar, en principio, los medios de instrucción que existan en un momento determinado, debe garantizarse, de acuerdo con el art. 1 CEHD – sic –, «a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante». Esta expresión (...) debe entenderse que incluye también a aquellas personas no nacionales que se encuentren en una situación irregular o ilegal.

En conclusión, el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir. (...)

Por ello, debemos declarar la inconstitucionalidad del inciso «residentes» del art. 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1, punto 7, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

A inconstitucionalidade dunha limitación do dereito á educación en base á situación administrativa da persoa resulta obvia para o Tribunal. Se se declarou inconstitucional a pasada redacción da LO 4/2000 e non se dixo nada sobre a LO 8/1985 foi porque, por unha cuestión de congruencia, o TC nada pode dicir ó respecto dunha lexislación pola que non se lle está a preguntar cando resolve unha cuestión. Mais, claro está, á luz do aquí exposto, que calquera interpretación no senso de intentar empregar a aínda vixente norma do oitenta e cinco para acernar o dereito á educación dos menores en situación irregular non é conforme á Constitución e si vulnerante de dereitos fundamentais.

4.1.3. Conclusión.

Óscar e Claudia teñen tres fillos; dous deles, Eladio e Xesús, de 10 e 6 a nos respectivamente, en idade de escolarización obrigatoria. O dereito español lles garante o seu dereito á educación, con independencia de que se chegue a solucionar ou non a súa situación de irregularidade dentro do país. En canto a Xoán, se ben pola súa corta idade aínda non pode acudir á escola, si terá dereito á educación preescolar, non obrigatoria, cando poida acudir.

CONCLUSIONES

PRIMEIRA. Óscar é un traballador desprazado e non trasladado. Chegou a Arteixo coma empregado dunha empresa portuguesa pero desprazado a España. Ó abeiro da normativa da Unión Europea que regula os desprazamentos transnacionais, e malia que Óscar foi contratado en Portugal, o seu desprazamento a España implica a necesidade de comparar cales son as mellores condicións de traballo dende o punto de vista legal. A resultas desta comparación, as súas condicións de traballo teñen que rexerse mentres estea en Arteixo conforme ó dereito español do traballo, sen prexuízo de que, de logo retornar a Portugal para seguir a traballar alí, se aplicase, en consecuencia, o dereito deste Estado.

SEGUNDA. A extinción do contrato de traballo de Óscar réxese polo dereito portugués. E, de conformidade coa súa normativa laboral, o despedimento é ilegal. A extinción do contrato de Óscar foi consecuencia dun padecemento médico grave, e ó non ser esta una *justa causa* de despedimento para o CT, a rescisión do contrato devén nula. En consecuencia, ten dereito a reclamar unha indemnización polos prexuízos sufridos, a readmisión no seu posto de traballo e o cobro dos salarios deixados de percibir.

TERCEIRA. A empresa portuguesa prometeu contratar a Óscar en España. Isto, dende o punto de vista xurídico, é un precontrato de traballo. Mais a empresa incumpriu, e disto se derivan consecuencias xurídicas na medida en que o afectado pode exixir unha indemnización por danos e prexuízos. Tanto en Portugal como en España é posible pedir responsabilidades. Loxicamente, semella que non procede formular as peticións tanto nun Estado coma no outro, razón que obriga a optar por un dos dous. Hai que ter en conta para tales efectos o previsto no dereito da Unión Europea ó respecto da determinación da lexislación aplicable para tales efectos. Neste caso, Óscar debe estar sometido ó dereito español e reclamar conforme ó mesmo, porque, sempre de acordo co dereito comunitario, nos supostos de *culpa in contrahendo* será de aplicación a normativa do Estado onde tería os seus efectos o contrato de se ter efectivamente celebrado e consumado.

CUARTA. A non presentación da Tarxeta Sanitaria Europea non é un motivo válido para denegar a atención sanitaria, xa que é este un dereito constitucional “de todos”, sen distinción por nacionalidade ou regularidade da situación administrativa. A tarxeta é un mero documento acreditativo do dereito a que unha parte ou a totalidade do custo da atención sexa asumido polas institucións públicas, mais non un requisito para recibir tal atención. De feito, corresponde á institución sanitaria poñerse en contacto coa institución nacional competente para obter esta información en caso de non ter o paciente este certificado. Non existe xustificación legal ningunha para a negativa do SERGAS a lle subministrar tratamento.

QUINTA. En relación coa petición de responsabilidades ó SERGAS pola súa negativa a operar, o importante aquí é demostrar que da inacción dos servizos de saúde se derivou un agravamento da doenza de Óscar. El non tiña por que soportar a inoperatividade do SERGAS, xa que tiña dereito á atención sanitaria. A situación de Óscar, en definitiva, permite que se proceda á reclamación correspondente, porque encaixa con toda naturalidade na previsión da LRXSP, cando afirma que xurdirá a responsabilidade sempre que o prexuízo causado sexa froito dunha actuación, normal ou anormal, da Administración Pública, e o prexudicado non teña o deber de soportar o dano.

SEXTA. Ó respecto da situación administrativa de Óscar en España, hai que deixar claro que o seu despedimento non implica que de xeito automático e inmediato pase a estar en situación irregular nin que perda os seus dereitos. Conforme á normativa de estranxeiría, e á propia normativa da Unión Europea, resulta que Óscar pasaría a estar en situación de estancia legal, cunha duración de 90 días, prorrogables noutros tantos no caso de satisfacer unha serie de requisitos. Só superado ese lapso temporal, a súa situación administrativa quedaría á marxe da legalidade e sería irregular. Chegados a ese punto, non hai que esquecer o feito de que a presentación da súa demanda laboral por despedimento en tribunais españois podería xustificar a continuidade da súa presenza en territorio español, xa que logo, no caso de prosperar a súa demanda laboral, co recoñecemento da nulidade da extinción do seu contrato de traballo por despedimento, a relación laboral continuaría vixente e polo tanto seguiría a ser regular a súa administración administrativa. Todo isto beneficiaría á súa familia, que podería optar ó reagrupamento, sen necesidade de ter que buscar outras vías de regularización. Con todo, se se quixesen buscar vías alternativas, como as razóns humanitarias, hai que indicar que a súa viabilidade estaría claramente limitada, desde o momento en que semella complicado obter un permiso temporal de residencia alegando razóns humanitarias por enfermidade grave sobrevida cando Óscar podería ter acceso a tratamento en Brasil e Portugal.

SÉTIMA. En relación coa posible regularización da situación da familia alegando como causa o nacemento en España de Xoán, o dereito español non atribúe a nacionalidade española por mero feito de ter nacido aquí. E así o evidencia a xurisprudencia dos tribunais, que interpretando e aplicando o CC, impoñen duras exixencias para aceptar a súa obtención. Dito isto, nada impediría a nacionalización no caso de se estimar a demanda laboral do seu pai, xa que Xoán podería acceder á nacionalidade sempre e cando transcorrese un ano de residencia legal. E, unha vez sexa Xoán español, podería arrexuntarse a familia ó seu redor grazas ó arraigo familiar.

OITAVA. O arraigo laboral é unha vía de regularización operativa só naqueles casos nos que se teña 6 meses de relación laboral 2 anos de residencia legal continuada. Isto, que é o que se exige legalmente en España, supón que Óscar neste momento non poda regularizar a súa situación por esta vía. Cuestión diferente é que no futuro, e no caso de que agora se chegase a estimar a demanda, si poida obter esta regularización porque podería chegar a ter o tempo de traballo e de residencia legal necesarios.

NOVENA. A regularización ou non da situación administrativa é en todo caso irrelevante para que os fillos da parella en idade escolar poidan exercer o seu dereito á educación. Así o determinou o TC, e así o recoñece a Lei de Estranxeiría. Eladio e Xesús poderán ser escolarizados de xeito inmediato, e Xoán, pola súa banda, tan pronto como teña idade suficiente.

BIBLIOGRAFÍA

- Bercovitz Rodríguez-Cano, R., & al., e. (2017). *Manual de Derecho Civil: Obligaciones*. Madrid: Bercal.
- Busto Lago, J. (2014). La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas. En L. Reglero Campos, & J. Busto Lago, *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Thompson Reuters.
- Cabeza Pereiro, J. (2016). La libre circulación en la Unión Europea: entre movilidad económica y ciudadanía. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho Social Internacional y Comunitario*(122), 32-36.
- Carril Vázquez, X. M. (2017). El desplazamiento de trabajadores de terceros Estados al espacio de la Unión Europea. En O. Fontinopoulou Basurko, *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro* (pp. 233-247). Barcelona: Atelier.
- Casas Baamonde, M., Serrano Olivares, R., & del Rey Guanter, S. (2022). *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales: comentarios a la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional*. Madrid: CES.
- Conceição, A. J. (2013). *Legislação da Segurança Social. Sistematizada e Anotada*. Sintra: Rei dos Livros.
- Da Gama Lobo Xavier, B. (2011). *Manual de Direito do Trabalho*. Lisboa: Verbo.
- Dans Álvarez de Sotomayor, L. (2011). La libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa. *Revista del Ministerio de Trabajo e inmigración. Derecho Social Internacional y Comunitario*(92), 257-282.
- Delgado del Rincón, L. E. (2019). *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Garcimartín Montero, M. d., Quintáns Eirás, M. d., & Carril Vázquez, X. M. (2022). Clínica jurídica "XUSTIZA SOCIAL". Un proyecto de aprendizaje-servicio de la UDC, no confinado en tiempos de pandemia. En R. Carmona Paredes, & C. López Sánchez, *Clínicas jurídicas españolas: propuestas y desafíos* (pp. 103-113). Pamplona: Thompson Reuters.
- Goerlich Peset, J. M. (2010). *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales*. Madrid: Lex Nova.
- Iglesias Sánchez, S. (2010). *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: El régimen de movilidad en las Directivas de la EU en materia de inmigración*. Madrid: Reus.
- López Martínez, J., & Murciano Álvarez, G. (2022). *El arraigo familiar como motivo de autorización de la residencia temporal*. Madrid: Sepin.
- Maneiro Vázquez, Y. (2016). La libre circulación de trabajadores. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho Social Internacional y Comunitario*(122), 167-182.

- Martínez Girón, J., & al., e. (2006). *Derecho del trabajo*. A Coruña: Gesbiblo.
- Martínez Girón, J., & Arufe Varela, A. (2010). *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social*. Oleiros-A Coruña: Netbiblo.
- Ministerio de Exteriores. (s.f.). *Sanidad en Brasil*. Obtido de Ministerio de Exteriores: <https://www.exteriores.gob.es/Consulados/saopaulo/es/ViajarA/Paginas/Sanidad.aspx>
- Ministerio do Interior. (s.f.). *Estancia*. Obtido de Ministerio del Interior: <https://www.interior.gob.es/opencms/gl/servicios-al-ciudadano/tramites-y-gestion/es/extranjeria/regimen-general/estancia/>
- Monteiro Fernandes, A. (2022). *Direito do Trabalho (21ª Edição)*. Coimbra: Almedina.
- Palao Moreno, G., & al., e. (2021). *Nacionalidad y extranjería*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez-Rodas Navarro, C. (2010). *El precontrato de trabajo: régimen jurídico*. Pamplona: Aranzadi.
- Santamaría, M. L. (2018). *El concepto del interés superior del niño y su dimensión constitucional*. Valencia: Universitat Politècnica de València.
- Sobotovicova, S. (2017). *La libre circulación de los nacionales de terceros países, en busca de un equilibrio entre el mercado y la seguridad*. UPV, San Sebastián.
- Vinícius Oliveira, A. (2011). *Nacionalidade Brasileira*. Joinville: Clube de Autores.

APÉNDICE LEGISLATIVO

Dereito internacional:

Convención sobre o Estatuto dos Apátridas de Nova Iork de 28 de setembro de 1954. Ratificación no Boletín Oficial do Estado núm. 159, de 4 de xullo de 1997, p. 20745-2753. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1954/09/28/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1954/09/28/(1)))

Dereito da Unión Europea:

Directiva 96/71/CE do Parlamento Europeo e do Consello de 16 de decembro de 1996, sobre o desprazamento de traballadores efectuado no marco dunha prestación de servizos. DO L 018 de 21 de xaneiro de 1997, p.1. (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/1996/71/2020-07-30>)

Directiva 2000/78/CE do Consello, de 27 de novembro do 2000, relativa ó establecemento dun marco xeral para a igualdade de trato no emprego e a ocupación. DO L 303 de 2 de decembro de 2000, p.16. (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2000/78/2000-12-02>)

Regulamento (CE) nº883/2004 do Parlamento Europeo e do Consello, de 29 de abril de 2004, sobre a coordinación dos sistemas de seguridade social. DO L 166/1 de 30 de abril de 2004. (ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/883/oj>)

Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeo e do Consello de 12 de decembro de 2006, relativa ós servizos no mercado interior. DO L 376/36 de 27 de decembro de 2006. (ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/123/oj>)

Tratado de Funcionamento da Unión Europea. DO nº C 326 de 26 de outubro de 2012, p.0001-0390. (ELI: http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2012/oj)

Regulamento (CE) nº 864/2007 do Parlamento Europeo e do Consello, de 11 de xullo de 2007, relativo á lei aplicable ás obrigas extracontractuais (Roma II). DO L 199 de 31 de xullo de 2007, p. 40-49. (ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2007/864/oj>)

Regulamento Roma I (Regulamento (CE) nº 593/2008 do Parlamento Europeo e do Consello, de 17 de xuño de 2008, sobre a lei aplicable ás obrigas contractuais (Roma I). DO L 177 de 4 de xullo de 2008, p.6-16. (ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/2008-07-24>)

Regulamento (CE) nº 987/2009 do Parlamento Europeo e do Consello, de 16 de setembro de 2009, polo que se adoptan as normas de aplicación do Regulamento (CE) nº883/2004, sobre a coordinación dos sistemas de seguridade social. DO L 284 de 30 de outubro de 2009, p.1. (ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2009/987/2018-01-01>)

Regulamento (UE) nº1231/2010 do Parlamento Europeo e do Consello de 24 de novembro de 2010, polo que se amplía a aplicación do Regulamento (CE) nº 883/2004 e o Regulamento (CE) nº 987/2009 aos nacionais de terceiros países que, debido unicamente á súa nacionalidade, non estean cubertos polos mesmos. DO L 344 de 29 de decembro de 2010, p.1-3. (ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2010/1231/oj>)

Regulamento (UE) nº 1215/2012 do Parlamento Europeo e do Consello, de 12 de decembro de 2012, relativo á competencia xudicial, o recoñecemento e a execución de resolución xudiciais en materia civil e mercantil. DO L 351 de 20 de decembro de 2012, p.1. (ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/2015-02-26>)

Regulamento (UE) 2016/399 do Parlamento Europeo e do Consello, de 9 de marzo de 2016, polo que se establece un Código de normas da Unión para o cruce de persoas polas fronteiras (Código de fronteiras Schengen). DO L 077 de 23 de marzo de 2016, p.1. (ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/399/2019-06-11>)

Dereito español:

Real Decreto de 22 de agosto de 1885 polo que se publica o Código Civil. Gaceta de Madrid, de 25 de agosto de 1889, núm. 206 (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con))

Constitución Española. Boletín Oficial do Estado, de 29 de decembro de 1978, núm. 311. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con))

Lei Orgánica 8/1985, de 3 de xullo, reguladora do Dereito á Educación. Boletín Oficial do Estado, de 4 de xullo de 1985, núm. 159. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/03/8/con>)

Lei 14/1986, de 25 de abril, Xeral de Sanidade. Boletín Oficial do Estado, de 29 de abril de 1986, núm. 102. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1986/04/25/14/con>)

Lei 45/1999, de 29 de novembro, sobre o desprazamento de traballadores no marco dunha prestación de servizos transnacional. Boletín Oficial do Estado, de 30 de novembro de 1999, núm. 286. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1999/11/29/45/con>)

Lei Orgánica 4/2000, de 11 de xaneiro, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social. Boletín Oficial do Estado, de 12 de xaneiro do 2000, núm. 10. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/11/4/con>)

Lei 16/2003, de 28 de maio, de cohesión e calidade do Sistema Nacional de Saúde. Boletín Oficial do Estado, núm. 128. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/05/28/16/con>)

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei sobre responsabilidade civil e seguro na circulación de vehículos a motor. Boletín Oficial do Estado, de 5 de novembro de 2004, núm 267. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2004/10/29/8/con>)

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, polo que se aproba o Regulamento da Lei Orgánica 4/2000, sobre dereitos e liberdades dos estranxeiros en España e a súa integración social, tras a súa reforma por Lei Orgánica 2/2009. Boletín Oficial do Estado, de 30 de abril de 2011, núm. 103, páxinas 43821 a 44006. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/04/20/557>)

Real Decreto Lei 16/2012, de 20 de abril, de medidas urxentes para garantir a sostibilidade do Sistema Nacional de Saúde e mellorar a calidade e seguridade das súas prestacións. Boletín Oficial do Estado, de 24 de abril de 2012, núm. 98. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2012/04/20/16/con>)

Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, polo que se regula a condición de asegurado e de beneficiario a efectos da asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través do Sistema Nacional de Saúde. Boletín Oficial do Estado, de 4 de agosto de 2012, núm. 186. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2012/08/03/1192/con>)

Real Decreto 576/2013, de 26 de xullo, polo que se establecen os requisitos básicos do convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a persoas que non teñan a condición de aseguradas nin de beneficiarias do Sistema Nacional de Saúde e se modifica o Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, polo que se regula a condición de asegurado e de beneficiario a efectos da asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través do Sistema Nacional de Saúde. Boletín Oficial do Estado, de 27 de xullo de 2013, núm. 179. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2013/07/26/576/con>)

LO 8/2015, de 22 de xullo, de modificación do sistema de protección á infancia e á adolescencia. Boletín Oficial do Estado, de 23 de xullo de 2015, núm. 175. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/07/22/8/con>)

Lei 35/2015, de 22 de setembro, de reforma do sistema para a valoración dos danos e prexuízos causados ás persoas en accidentes de circulación. Boletín Oficial do Estado, de 23 de setembro de 2015, núm. 228, páxinas 84473 a 84979. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/09/22/35>)

A Lei 40/2015, de 1 de outubro, de Réxime Xurídico do Sector Público. Boletín Oficial do Estado, de 2 de outubro de 2015, núm. 236. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/40/con>)

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de outubro, polo que se aproba o texto refundido da Lei do Estatuto dos Traballadores. Boletín Oficial do Estado, de 24 de outubro de 2015, núm. 255. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>)

Lei 15/2022 de 12 de xullo, integral para a igualdade de trato e a non discriminación. Boletín Oficial do Estado, de 14 de xullo de 2022, núm. 167. (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/07/12/15/con>)

Resolución de 12 de xaneiro de 2023, da Dirección Xeral de Seguros e Fondos de Pensións, pola que se publican as contías das indemnizacións actualizadas do sistema para a valoración dos danos e prexuízos causados ás persoas en accidentes de circulación. Boletín Oficial do Estado, de 20 de xaneiro de 2023, núm. 17, páxinas 8534 a 8534. (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/res/2023/01/12/\(2\)](https://www.boe.es/eli/es/res/2023/01/12/(2)))

Dereito portugués:

Lei nº56/79 de Portugal, do Servizo Nacional de Saúde. Diário da República, de 15 de setembro de 1979, núm. 214/1979, Série I, páxinas 2357 a 2363. (ELI non dispoñible; ligazón: <https://files.dre.pt/1s/1979/09/21400/23572363.pdf>)

Lei n.º 4/2007, de 16 de janeiro, de bases xerais do sistema de segurança social. Diário da República, de 16 de janeiro de 2007, núm. 11/2007, Série I, páxinas 345 a 356. (ELI: <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/4-2007-522781#>)

Lei n.º. 7/2009, de 12 de fevereiro, Código do Trabalho. Diário da República, de 12 de fevereiro de 2009, núm. 30/2009, Série I. (ELI: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475#>)

Dereito brasileiro:

Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União* de 05/10/1988. (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

Decreto nº1457, de 17 de abril de 1995, Promulga o Acordo de Seguridade Social ou Segurança Social entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa de 7 de maio de 1991. D.O.U. de 17 de abril de 1995. (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/d1457.htm)

APÉNDICE XURISPRUDENCIAL

Sentenzas do Tribunal Constitucional:

Sentenza do Tribunal Constitucional de 7 de novembro de 2007
(ECLI:ES:TC:2007:236)

Sentenzas do Tribunal Superior de Xustiza da Unión Europea:

Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea de 21 outubro de 2004 (C-445/03)

Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea de 19 de xaneiro de 2006
(C-244/04)

Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea de 12 de setembro de 2006
(C-196/04)

Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea de 11 de setembro de 2014
(C-91-2013)

Sentenzas do Tribunal Supremo:

Sentenza do Tribunal Supremo de 2 de febreiro de 1998. Repertorio de
xurisprudencia Aranzadi 1998/3250. (Núm. de recurso 124/1997).

Sentenza do Tribunal Supremo de 10 de xaneiro de 2007
(ECLI:ES:TS:2007:782)

Sentenza do Tribunal Supremo de 22 de decembro de 2008
(ECLI:ES:TS:2008:6925)

Sentenza do Tribunal Supremo de 16 de Abril de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:3255)

Sentenza do Tribunal Supremo de 25 de abril de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:4818)

Sentenzas de Tribunais Superiores de Xustiza:

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña de 15 de decembro de
2006 (ECLI:ES:TSJCAT:2006:10796)

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Andalucía de 12 de xuño de 2008
(ECLI:ES:TSJAND:2008:9742)

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña de 10 de xuño de 2016
(ECLI:ES:TSJCAT:2016:10315)

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cantabria de 18 de xaneiro de 2019
(ECLI:ES:TSJCANT:2019:11)

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid de 2 de novembro de 2021
(ECLI:ES:TSJM:2021:12055)

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña de 30 de setembro de
2022 (ECLI:ES:TSJCAT:2022:8417).

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia de 20 de maio de 2022
(ECLI:ES:TSJGAL:2022:3909)

Sentenzas da Audiencia Nacional:

Sentenza da Audiencia Nacional de 3 de novembro (ECLI:ES:AN:2022:5069)

Sentenzas de Audiencias Provinciais:

Sentenza da Audiencia Provincial de Cádiz de 13 de outubro de 2021
(ECLI:ES:APCA:2021:2169)