CIJE
CENTRO
DE INVESTIGAÇÃO
JURÍDICO
ECONÓMICA

TRANSFORMAÇÕES RECENTES DO DIREITO DO TRABALHO IBÉRICO

LIVRO RAZÃO

CORDENADORES
F. Liberal Fernandes
M. Regina Redinha

BIBLIOTECA RED

2016

AUTORES
AAVV

COORDENADORES
Francisco Liberal Fernandes | Maria Regina Redinha

EDIÇÃO
UP - Universidade do Porto

COLECÇÃO
Biblioteca RED

EXECUÇÃO GRÁFICA
Ana Paula Silva

LOCAL
Porto

DATA
Julho de 2016

ISBN
978-989-746-099-9

All rights reserved. No reproduction, copy or transmission of this book may be made without written permission of the author. Short excerpts from it may, nevertheless, be reproduced as long as the source is acknowledged

U.PORTO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO PORTO

CIJE
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO JURÍDICO ECONÓMICA

RED
REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO

ÍNDICE

NOTA DE ABERTURA 7

O DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR
À CONFIDENCIALIDADE DAS COMUNICAÇÕES
ELECTRÓNICAS NO CONTEXTO LABORAL E O
DESPEDIMENTO COM JUSTA CAUSA (?) 9
ANTÓNIO, Isa

MODALIDADES CONTRACTUALES Y FOMENTO DE LA
CONTRATACIÓN INDEFINIDA EN ESPAÑA:
¿EL FIN JUSTIFICA LOS MEDIOS? 25
AURUSA, Camino Ortiz de Solórzano

EL DESCUELGUE DE CONDICIONES LABORALES
ESTABLECIDAS EN CONVENIO COLECTIVO:
LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL
SOMETIMIENTO A UN ARBITRAJE OBLIGATORIO? . . 35
BAENA, Pilar Charro y GARCÍA, Sergio González

INCENTIVOS ECONÓMICOS COMO HERRAMIENTA
DE FOMENTO DE EMPLEO EN EL CONTRATO DE
TRABAJO DE APOYO A EMPRENDEDORES 55
CAMPOS, Ana I. Pérez

O TRABALHADOR IBÉRICO EM FUNÇÕES PÚBLICAS 83
CUNHA, Ana Paula Morais Pinto da

O TEMPO DE TRABALHO
NUM MUNDO EM TRANSFORMAÇÃO. 103
FERNANDES, Francisco Liberal

NOTAS SOLTAS A PROPÓSITO DA SOBREVIGÊNCIA LIMITADA
DAS CONVENÇÕES COLECTIVAS DE TRABALHO,
FACE AOS ORDENAMENTOS ESPANHOL E PORTUGUÊS 109
FERNANDES, Monteiro

AS RECENTES ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS EM MATÉRIA
DE TEMPO DO TRABALHO À LUZ DAS REGRAS DA OIT 125
FERNANDES, Tiago Pimenta

OS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO NO DESPEDIMENTO
POR EXTINÇÃO DE POSTO DE TRABALHO 141
MARTINS, David Carvalho & SOUSA, Duarte Abrunhosa e

LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE
CONDICIONES DE TRABAJO: CLAVES PARA INICIADOS. 165
MAZZUCCONI, Carolina San Martín

COMO EFETUAR O PAGAMENTO EM DINHEIRO
DAS HORAS PRESTADAS EM BANCO DE HORAS?
ARTIGO 208.º, N.º 4, AL. A), PONTO III)
DO CÓDIGO DE TRABALHO 177
PEIXOTO, Vitor

AS TRANSFORMAÇÕES RECENTES
DO DIREITO DO TRABALHO
PORTUGAL — UMA DOUTRINA E UMA JURISPRUDÊNCIA
LABORAIS AINDA MAIS EROSIVAS DO QUE A LEI. 181
PEREIRA, António Garcia

ALTERAÇÕES AO CÓDIGO DO TRABALHO
DO DESPEDIMENTO POR INADAPTAÇÃO 195
REBELO, Glória

CONTRATAÇÃO LABORAL: DO PRETÉRITO SIMPLES
AO FUTURO COMPOSTO?. 211
REDINHA, Maria Regina

O REFORÇO DOS DIREITOS DE
PARENTALIDADE NO CÓDIGO DO TRABALHO. 217
SALAZAR, Helena

PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA:
CONTRATO COM PLURALIDADE DE EMPREGADORES
ALARGAMENTO DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO
MEDIANTE ALTERAÇÃO DOS REQUISITOS MATERIAIS 227
SILVA, Diogo Rodrigues da

O "NOVO" REGIME DO FUNDO DE GARANTIA SALARIAR
APRECIAÇÃO CRÍTICA E COMPARATIVA COM O FOGASA . . 237
BRANCO, Inês Castelo

A REFORMA DO EMPREGO PÚBLICO
EM PORTUGAL E ESPANHA. 253
SOUSA, Nuno J. Vasconcelos Albuquerque

NOTA DE ABERTURA

Os textos que agora se publicam constituem o livro razão dos trabalhos do Encontro "Transformações Recentes do Direito do Trabalho Ibérico", organizado pelo *Gabinete de Direito do Trabalho*, do CIJE – Centro de Investigação Jurídico-Económica da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, no âmbito de protocolo de cooperação com a Universidad Rey Juan Carlos, e realizado nos dias 7 e 8 de Abril de 2016.

O Encontro, a demais da proveitosa troca de conhecimentos sobre os meandros de um tema tão actual quanto inabarcável, ensaiou pela primeira vez no âmbito do Direito do Trabalho um modelo mais amplo de participação no debate científico através da abertura à participação da comunidade juslaboral possibilitada por diferentes tipos de intervenções (conferências, comunicações e *posters*) e pela revisão de pares (*peer review*). Uma nota de relevo, a este propósito, é devida à elevada resposta que os jovens juslaboristas concederam à metodologia e ao objecto do Encontro e que muito enriqueceu a renovação da perspectiva analítica das questões debatidas.

A organização é, pelas razões expostas, devedora de agradecimento aos oradores, aos moderadores das diversas sessões e a todos os participantes que, com a sua presença e colaboração fizeram, afinal, o Encontro "Transformações Recentes do Direito do Trabalho Ibérico". Uma referência particular cabe aqui aos nossos colegas da Universidad Rey Juan Carlos, especialmente à Professora Carolina San Martín Mazzucconi, cuja interlocução bem demonstra que, no que ao Direito do Trabalho diz res-

peito, é mais o que nos aproxima do que o que nos afasta (se é que algo verdadeiramente nos afasta).

É ainda devido um agradecimento à Direcção da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Professor Doutor Miguel Pestana de Vasconcelos, Professora Doutora Helena Mota e Professora Doutora Maria Raquel Guimarães, pelo apoio e acolhimento dispensados à iniciativa. Pelo empenho e dedicação, estamos ainda obrigados à organização executiva, particularmente à Drª. Filomena Samagaio, Secretária da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, e a Susana Silva e Drª. Cláudia Garcia.

O Encontro beneficiou do apoio financeiro da Reitoria da Universidade do Porto e da FCT – Fundação para a Ciência e Tecnologia.

Porto, 1 de Junho de 2016

Francisco Liberal Fernandes

Maria Regina Redinha

O DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR À CONFIDENCIALIDADE DAS COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS NO CONTEXTO LABORAL E O DESPEDIMENTO COM JUSTA CAUSA (?)

Isa António [1]

RESUMO: Tem sido debatido nos tribunais superiores e inclusive no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a matéria controvertida sobre os direitos de privacidade e de confidencialidade do trabalhador no que concerne às suas comunicações electrónicas, no contexto laboral, isto é, enquanto se encontra no seu local de trabalho durante o horário e os direitos do seu empregador em fiscalizá-lo e sancioná-lo disciplinarmente com esse fundamento, culminando na cessação do contrato de trabalho por via do despedimento.

A questão que se suscita é saber até que ponto é legítimo ao empregador "monitorizar" as comunicações realizadas pelo seu trabalhador, ao ponto de as mesmas justificarem o respectivo despedimento "com justa causa".

Na verdade, não é pacífica a conciliação entre por um lado, a esfera dos poderes da entidade empregadora e a "álea" dos direitos constitucionais à reserva da vida privada e salvaguarda do teor das correspondências dos trabalhadores, por outro lado.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pronunciou-se recentemente so-

[1] Instituto Politécnico do Porto.

bre esta problemática e defendeu como legítimos, os argumentos aduzidos pelo empregador. Este Tribunal admitiu o despedimento do trabalhador como tendo sido lícito, com justa causa, sublinhando a prevalência dos direitos do empregador sobre os direitos do trabalhador, os quais mais que direitos fundamentais do trabalhador, são direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: jurisprudência; direito à confidencialidade e reserva da vida privada; comunicações electrónicas; direitos do empregador; despedimento com justa causa.

ABSTRACT: TIt has been debated in the higher courts and even the European Court of Human Rights the controversial issue regarding the privacy rights and worker´s confidentiality of their electronic communications, in the employment context, that is, while you are at your work, during the work time and the rights of your employer oversee it and penalize you with this disciplinary grounds, culminating in the termination of employment by way of dismissal.

The question that arises is how far it is legitimate employer to "monitor" the communications made by his employee, to the point that they justify their dismissal "for cause."

In fact, it is not peaceful reconciliation between on the one hand, the sphere of the powers of the employer and the constitutional rights to privacy and protection of the content of workers' correspondence, on the other hand.

The European Court of Human Rights recently ruled on this issue and defended as legitimate, the arguments advanced by the employer. The Court admitted the employee is dismissed as having been lawful, with just cause, stressing the prevalence of employer's rights over the worker rights, which more than workers' fundamental rights are human rights.

KEYWORDS: case law; right to privacy and private life; electronic communications; employer's rights; dismissal with just cause.

1. O Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a favor do despedimento com justa causa por uso de meios telemáticos do empregador por parte do trabalhador

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) pronunciou-se recentemente[2] a favor da entidade empregadora considerando lícito o despedimento de um trabalhador que havia no "contexto laboral" utilizado para fins pessoais, a internet e meios colocados ao dispor por parte do seu empregador. Aquele Tribunal considerou como lícito e com justa causa o despedimento de um trabalhador que usou os meios do seu empregador, para trocar mensagens de índole pessoal, durante o horário laboral.

Explicando sucintamente a situação: Entre 1 de agosto de 2004 e 6 de agosto de 2007, o trabalhador exerceu o cargo de engenheiro de uma empresa privada, a qual lhe solicitou que criasse uma conta de Yahoo Messenger para responder aos inquéritos dos clientes.

A 13 de julho de 2007, o trabalhador foi informado pela sua entidade empregadora que foi monitorizado entre 5 a 13 de julho de 2007 e que os registos mostravam que ele tinha usado essa conta de internet para fins pessoais.

O trabalhador defendeu-se referindo que era falsa essa acusação e que apenas tinha usado a referida conta de Messenger para finalidades profissionais. Foi então que a entidade empregadora o confrontou com transcrições das mensagens trocadas entre o trabalhador e o seu irmão e a sua noiva a respeito de assuntos pessoais como a sua saúde e vida sexual.

A 1 de agosto de 2007 a empresa cessou definitivamente o contrato de trabalho com fundamento na violação das regras internas da empresa que proíbem o uso dos recursos ou meios da empresa para fins pessoais.

O trabalhador reagiu judicialmente contra a decisão de despedimento, alegando a violação do seu direito à privacidade e confidencialidade da correspondência ao arrepio dos seus direitos constitucionais e do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem ("direito ao respeito pela privacidade, vida familiar, domicílio e correspondência"), configurando a conduta do seu empregador simultaneamente um ilícito criminal.

O ora mencionado acórdão do TEDH configura, a nosso ver, um *retrocesso* da perspectiva da protecção dos direitos fundamentais do cidadão em geral e do trabalhador em especial, pela ordem de razões que desenvolveremos *infra*.

[2] Acórdão do TEDH, processo Barbulescu v. Roménia, n.º 61496/08, datado de 12 de janeiro de 2016.

2. O enquadramento legal do direito à privacidade do trabalhador no contexto laboral

Por um lado, existem os direitos da entidade empregadora no sentido de exigir que o seu trabalhador cumpra as suas obrigações laborais que constam do contrato e para as quais lhe paga o salário. Por outro lado, temos o direito do trabalhador à privacidade, intimidade da vida privada e reserva nas suas comunicações e correspondências.

Na esfera jurídica do empregador encontramos um feixe de poderes a ser exercidos sobre o seu trabalhador, como o poder de direcção[3] (traduzido na faculdade de emitir ordens, instruções, directivas ou orientações), o poder de vigilância, supervisão ou fiscalização e o poder de sancionar[4] disciplinarmente o trabalhador por violação de ordens e de regulamentos internos da empresa.

O Código do Trabalho (CT) consagra, no seu preceito 22.º, o direito do trabalhador à confidencialidade das mensagens pessoais. Este preceito deve ser lido conjuntamente com o artigo 16.º, o qual consagra o dever de respeito mútuo pelos direitos de personalidade, desde logo, na salvaguarda da reserva da intimidade da vida privada, familiar, afectiva e sexual, estado de saúde e convicções políticas e religiosas.

Os direitos de confidencialidade e de "sacralidade da privacidade"[5] da sua vida pessoal e familiar do trabalhador são particularmente reforçados pelos preceitos legais 17.º e seguintes, do CT, merecendo uma especial menção a sujeição legal à autorização da "Comissão Nacional de Protecção de Dados" (CNPD) e ao parecer da comissão de trabalhadores, a utilização de meios de vigilância à distância, mediante o preenchimento dos pressupostos de proporcionalidade, adequação e necessidade dos objectivos a atingir que deverão ser a "protecção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem"[6].

O direito à reserva da vida privada intrinsecamente relacionada com a confidencialidade de comunicações é um direito de personalidade que encontra previsão legal no artigo 80.º, Código Civil (CC). Encontra ainda consagração na lei fundamental, no artigo 26.º ("A todos são reconhecidos os direitos à (...) reserva da intimidade da vida privada e familiar(…)").

[3] Artigo 97.º, do CT.

[4] Artigo 98.º, do CT.

[5] *Vide* AMADEU GUERRA, "A Privacidade no local de trabalho. As novas tecnologias e o controlo dos trabalhadores através de sistemas automatizados. Uma abordagem ao Código do Trabalho", Coimbra: Almedina, 2004.

[6] Leitura conjunta do artigo 20.º, n.º2 com o artigo 21.º, n.ºs 1, 2 e 4, do CT.

Importa, outrossim, trazer à colação o n.º2, do artigo 26.º, CRP, na medida em que este preceito assegura que serão estabelecidas legalmente garantias contra a obtenção e utilização abusivas de informações relativas às pessoas e famílias. Ora, parece-nos que a receptação, transcrição e utilização de comunicações pessoais dos trabalhadores por parte do empregador, ainda que em meios ou recursos de sua propriedade entra em clamoroso confronto com as citadas disposições constitucionais.

Nos termos do artigo 34.º, CRP, sob a epígrafe "inviolabilidade do domicílio e da correspondência", é proibida a quebra do dever de respeito pela correspondência e de outros meios de comunicação privada. Este preceito legal deverá ser articulado com o artigo 35.º, n.º4, CRP ("utilização da informática"), o qual consagra a proibição de acesso a dados pessoais de terceiros.

Por seu turno, o artigo 18.º, CRP impõe a vinculação directa e imediata de entidades privadas (e não apenas de entidades públicas) aos ditames constitucionais, pelo que nenhuma empresa do sector privado se poderá furtar aos direitos fundamentais, seja sob que pretexto for.

Aliás, o desrespeito pelo direito à confidencialidade das comunicações configura a prática de um crime de violação de correspondência ou de telecomunicações previsto e punido pelo artigo 194.º, Código Penal (CP). Mas também poderá a conduta do empregador consubstanciar-se na prática do crime de "devassa por meio de informática", nos termos do artigo 193.º, CP: "quem criar, mantiver ou utilizar ficheiro automatizado de dados individualmente identificáveis e referentes a convicções políticas, religiosas ou filosóficas, à filiação partidária ou sindical, à *vida privada*, ou a origem étnica (…)".

Numa análise da legislação europeia, designadamente na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)[7], Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[8] (CDFUE), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP)[9] e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)[10] parece-

[7] Artigo 8.º, CEDH: "1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência".

[8] Artigo 7.º ("Respeito pela vida privada e familiar"): Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações. Artigo 8.º ("Protecção de dados pessoais"), n.º 1: Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito; n.º2: Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei.

[9] Artigo 17.º, PIDCP: "Ninguém será objecto de ingerências arbitrárias ou ilegais na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de ataques ilegais à sua honra e reputação. Toda a pessoa tem direito a protecção da lei contra essas ingerências ou esses ataques".

[10] Artigo 12.º, DUDH: "Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei".

-nos que o supramencionado acórdão do TEDH viola claramente os direitos do trabalhador à privacidade de correspondência e de telecomunicações.

Resta-nos, por último, referir que a entidade empregadora deverá solicitar à Comissão Nacional de Protecção de Dados a devida autorização para a obtenção de dados relativos a convicções filosóficas, políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada, etc., nos termos do artigo 7.º, n.º1 e a autorização prevista no artigo 28.º, ambos da Lei de Protecção de Dados Pessoais, para que possa licitamente proceder ao tratamento desses dados pessoais.

2.1. Da colisão de direitos e do abuso de direito

Com excepção do direito à vida, quaisquer direitos constitucionais e direitos de personalidade não são direitos absolutos. Pelo contrário, após ponderação atendendo aos valores que se perfilam na resolução de uma questão ou diferendo, devem ceder, casuisticamente, atendendo a princípios de razoabilidade, proporcionalidade ou adequação e proibição do excesso.

No tocante à utilização de meios de vigilância à distância, como designadamente a monitorização dos meios de comunicação via internet, por parte dos empregadores, o princípio geral decorrente do Código do Trabalho e que a jurisprudência em matéria laboral tem defendido é o "princípio da irrelevância das matérias da esfera privada das partes" para o contrato do trabalho. Importa salientar que este princípio basilar manifesta-se desde a fase de formação do contrato, durante a respectiva execução e, de igual modo, para efeitos da sua cessação.

Do ponto de vista laboral as normas dos artigos 14.º e ss, CT evidenciam a ideia geral da prevalência dos direitos de personalidade do trabalhador sobre os interesses do empregador, na medida em que constituem um limite aos seus poderes de direcção e disciplinar.

O fundamento subjacente a esta solução é o valor reconhecido à tutela da confiança na relação de trabalho. A confiança justifica a imposição de algumas restrições aos direitos de personalidade do trabalhador, em nome de interesses igualmente relevantes do empregador e que subjazem ao contrato de trabalho.

A tutela dos direitos de personalidade dos trabalhadores no contexto do vínculo laboral e o princípio geral de prevalência destes direitos sobre os interesses e os poderes do empregador[11] emergem, portanto, como pedras estan-

[11] Vide M. REGINA REDINHA, *Os direitos de personalidade no Código do Trabalho: actualidade e oportunidade da sua inclusão, in A Reforma do Código do Trabalho,* Coimbra, 2004, 161-172, assim como, GUILHERME MACHADO DRAY, "Direitos de personalidade — Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho", Coimbra: Almedina, 2006.

ques da solução a favor da confidencialidade das mensagens e comunicações do trabalhador.

Não discutimos o facto de ser legítimo que o empregador exija que, no horário laboral, o seu trabalhador "trabalhe". Contudo, jamais será de admitir um meio ilícito, abusivo e inconstitucional como forma de se assegurar desse cumprimento laboral[12].

Por último, é interessante questionar se, no limite, poderemos suscitar a questão que se prende com o abuso de direito, nos termos do artigo 334.º CC, por parte de ambas as partes. Do lado do trabalhador, ao invocar a sua privacidade para negar o acesso do empregador às suas comunicações quando manifestamente abusa dos meios facultados pelo seu empregador para furtar-se ao cumprimento dos seus deveres laborais.

Da parte do empregador, quando consecutivamente, durante meses a fio, recepciona as comunicações do trabalhador e depois resolve despedi-lo. Indicia má-fé o facto de o empregador não chamar logo o trabalhador à atenção, repreendendo-o e deixando correr a infracção disciplinar até ao ponto de não retorno.

3. Reflexões em torno da jurisprudência portuguesa

O Tribunal da Relação de Lisboa[13] pronunciou-se pela manutenção da suspensão do despedimento de um trabalhador, repórter fotográfico, com fundamento no envio a partir do endereço de email profissional, de seis fotografias pertencentes à entidade patronal, para outra empresa de comunicação social, que as veio a publicar.

Foram apresentados como meio de prova, emails do trabalhador despedido, não identificados como tendo natureza privada; e cujos assuntos, "Fotos da posse de __", "Fotos", "Visita a __", bem como os destinatários (empresa de comunicação social) não permitiam supor tratar-se de mensagens pessoais.

Este Tribunal decidiu desprovir de validade probatória o correio electrónico do trabalhador, pois enquadrou o envio de mensagens de "pessoa a pessoa" como sendo correspondência privada e enquanto tal fora do espectro de interesse do empregador, com fundamento no "então" artigo 21.º CT (a presente decisão foi proferida antes da 1ª revisão do Código do Trabalho).

---

[12] *Vide,* de modo desenvolvido, TERESA MOREIRA, *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites do poder do controlo electrónico do empregador,* Coimbra: Almedina, 2010.

[13] Processo n.º 2970/2008-4, Relator Leopoldo Soares, datado de 5 de junho de 2008, julgado com .nanimidade, *in*: http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6c195267c4ce32e-48025747400346 4f7?OpenDocument

Este enquadramento legal da questão, levou a considerar vedadas ao empregador quaisquer intromissões no conteúdo das mensagens de natureza não profissional, pelo que o correio electrónico do jornalista "escapava à alçada" de supervisão do seu empregador.

O Tribunal da Relação de Lisboa salientou que o empregador poderia estabelecer, nomeadamente através de regulamentos internos, regras de utilização dos meios de comunicação e das tecnologias de informação manuseadas na empresa, impondo limites, como tempos de utilização, acessos ou sítios vedados aos trabalhadores.

Contudo, não foi feita a prova da existência deste tipo de regulamento interno ou de instruções que proibissem " o uso privado do correio electrónico ou de que o mesmo deveria ser inequivocamente classificado, distinguido como profissional ou pessoal ou até que tenha criado um endereço electrónico para uso exclusivamente profissional e um outro para utilização meramente pessoal do trabalhador".

Por conseguinte, o empregador não poderia licitamente abrir as mensagens dirigidas ou enviadas pelo trabalhador concluindo-se pela não admissibilidade do despedimento (porque sem justa causa) e pela manutenção da suspensão do despedimento.

Maria Glória Leitão considera que "parece resultar do acórdão que, na ausência de regulamentação, sempre se presumirá que toda a correspondência é privada, nem se admitindo, como neste caso, a prova em contrário, após análise do seu conteúdo"[14]. Conclui ainda: "decorre desta decisão, a assumpção de que não existindo regras ou limitações impostas pelo empregador sobre a utilização privada do endereço de mail profissional, não é lícito presumir que toda a correspondência nele recebida ou dele enviada é de natureza profissional".

Revela-se particularmente interessante a equiparação que o Tribunal da Relação de Lisboa[15] estabelece entre a intercepção de conversas e de mensagens electrónicas por parte da entidade empregadora e a audição de telefonemas particulares ou *inclusive* à leitura de missivas de cariz pessoal.

---

[14] *Vide* MARIA GLÓRIA LEITÃO, «A admissibilidade como meio de prova em processo disciplinar das mensagens de correio electrónico enviadas e recebidas por trabalhador a partir de e na caixa de correio fornecida pela entidade empregadora. Eventual definição de linhas orientadoras pela jurisprudência», proferido em Colóquio no STJ, 10 de outubro de 2012, pp.4-5, *in*:
http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/V_Coloquio/maria_glria_leito.pdf (acedido em 29 de março de 2016)

[15] Processo n.º 24163/09.0 T2SNT.L1-4, Relator Eduardo Sapateiro, datado de 7 de março de 2012, julgado com unanimidade, *in*:
http://www.dgsi.pt/jtrl1.nsf/0/109499c90995e66d802579bf0050cfa4?OpenDocument

Este Tribunal equipara mesmo a receptação de correio electrónico, da trabalhadora despedida, a "escutas ilegais" (!). Na verdade, perante a inexistência de regulamento interno prévio da empresa acerca de utilização pessoal e profissional da *internet* por parte dos seus trabalhadores e na ausência do respectivo consentimento, qualquer intromissão nos emails destes assume o carácter de ilegal e abusivo, situação em que se enquadram as conversas pessoais da trabalhadora com três amigas e seu marido/namorado.

A conduta do empregador consubstancia o desrespeito flagrante do leque de direitos do trabalhador, ínsitos nos artigos 15.º, 16.º, 21.º e 22.º, CT.

Acompanhamos o entendimento deste Tribunal, quando refere que "o facto de as conversas/mensagens electrónicas se acharem guardadas no servidor central da Ré (empregadora), a ela pertencente, não lhes retira a sua natureza pessoal e confidencial".

Outro direito invocado pelo Tribunal para fundamentar a sua posição (ilicitude do despedimento, considerando-se o mesmo "sem justa causa") é a liberdade de expressão e opinião consagrada no artigo 37.º, CRP e no artigo 14.º, CT, indicando como uma das suas vertentes a que "a conversa privada entre familiares e/ou amigos, num ambiente restrito e reservado, tendo a trabalhadora, bem como as suas amigas e companheiro, se limitado a exercê-lo, por estarem convictos de que mais ninguém tinha acesso e conhecimento, em tempo real ou diferido, do teor das mesmas".

Uma questão pertinente que se tem vindo a suscitar a este respeito é a seguinte: e se do teor dessas conversas pessoais dos trabalhadores, tiverem resultado injúrias, insultos jocosos e calúnias sobre o empregador, manter-se-ia o entendimento de se considerar exigível ao empregador a manutenção do vínculo laboral?

Não seria tal conduta do trabalhador, não necessariamente prolongada no tempo, passível de colocar em causa irremediavelmente a relação de confiança que subjaz ao contrato de trabalho?

A reflexão em torno desta problemática implica ter em consideração diversos aspectos.

Em primeiro lugar. São vedadas ao empregador intrusões ao conteúdo das mensagens de natureza não profissional que o trabalhador envie, receba ou consulte a partir do local do trabalho, independentemente da forma que as mesmas revistam.

A tutela da confidencialidade da correspondência e comunicações do trabalhador é absoluta, quer se trate de missivas tradicionais ("cartas escritas") ou

as enviadas ou recebidas por meios informáticos ("correio electrónico"). Mas também se encontram abrangidos os locais da internet ("sites") visitados pelo trabalhador, as informações por ele guardadas e os telefonemas ou mensagens de telemóvel ("sms") feitos ou recebidos no local de trabalho.

Deste modo, apenas será admissível ao empregador o acesso e leitura das comunicações do trabalhador na presença deste ou de seu representante (advogado ou elemento sindical), com o seu consentimento.

É interessante sublinhar que existe doutrina e jurisprudência[16] , os quais defendem que a presença do trabalhador ou o consentimento deste não justifica a *leitura* das comunicações, mas tão só a "*visualização* do *endereço* do destinatário ou *remetente* da mensagem, do assunto, data e hora do envio"[17], estando excluído o conteúdo da correspondência.

Em segundo lugar. O empregador tem o direito de criar e impor um regulamento interno que estabeleça limites temporais à utilização da internet, ao acesso ou "sites" e de outros meios de comunicação, como telefone ou fax. Mas para que tal regulamento seja eficaz e o seu desrespeito possa gerar uma infracção disciplinar, tem de ser devidamente publicitado e cognoscível por qualquer trabalhador[18].

O poder de inspecção e supervisão do empregador, ainda que no âmbito de averiguação de infracções disciplinares tem de estribar-se nos limites legais impostos pelo dever de respeito pela confidencialidade do seu trabalhador.

Por conseguinte, encontram-se arredadas do acervo probatório em sede de processo e procedimento disciplinares[19], a transcrição ou a recolha de mensagens de correio electrónico ou de qualquer outro tipo, emitidos ou recebidos pelo trabalhador.

Ainda que a abertura e a visualização tenha sido na presença do trabalhador, mas sem o consentimento deste, tal não poderá valer como prova contra si.

---

[16] *Vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo n.º 2970/2008-4, relator Leopoldo Soares, in: http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6c195267c4ce32e480257474003464f7?OpenDocument

[17] Neste sentido, *vide* PEDRO ROMANO MARTÍNEZ *et alii*, *Código do Trabalho Anotado*, 5.ª edição, Coimbra: Almedina, 2012, pp.130, assim como, sobre a cessação do vínculo laboral PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, *Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina, 2015

[18] Assim, JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho — vol.I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp.380 e ss.

[19] Damos conta de um excerto do douto acórdão do STJ, 5-7-2007, processo n.º 07S04: "A tutela legal e constitucional da confidencialidade da mensagem pessoal (arts. 34.º, n.º 1, 32.º, n.º 8 e 18.º da CRP, 194.º, n.ºs 2 e 3 do CP e 21.º do CT) e a consequente nulidade da prova obtida com base na mesma, impede que o envio da mensagem com aquele conteúdo possa constituir o objecto de processo disciplinar instaurado com vista ao despedimento da trabalhadora, acarretando a ilicitude do despedimento nos termos do art. 429.º, n.º 3 do C"T.

E se dúvidas existissem, a lei fundamental, no preceito do n.º8, do artigo 32.º é cabal quanto a este aspecto: "são nulas (e portanto inadmissíveis) todas as provas obtidas mediante (…) abusiva intromissão na vida privada, (…), na correspondência ou nas telecomunicações". Pelo contrário, consideramos que quem se coloca no libelo judicial, *inclusive* do foro criminal, ao aceder a correspondência alheia, é a entidade empregadora.

Conclui-se, por maioria de razão, que o despedimento a existir, seria sempre ilícito, sem justa causa.

Existem defensores de um redimensionamento do direito de confidencialidade do trabalhador mais conforme à denominada "*prevalência do princípio do interesse preponderante*", de acordo com o critério de proporcionalidade[20] na restrição de direitos e interesses constitucionalmente protegidos, como mecanismo habilitante de uma excepção ou brecha ao escudo facultado pela tutela constitucional e pelo direito laboral à confidencialidade do trabalhador[21].

A ideia que subjaz a esta posição, ainda tímida, é a tutela do próprio direito constitucional do empregador, à tutela jurisdicional efectiva prevista no artigo 20.º, CRP, na vertente de direito de defesa. Na verdade, considera esta franja da doutrina que a proibição *tout court,* de acesso e de utilização das comunicações e correspondência do trabalhador, quando os meios e recursos são da sua propriedade, torna periclitante o direito de defesa inibindo *inclusive* a faculdade de instauração de acções judiciais contra o trabalhador, tornando frágil a tutela dos direitos do empregador.

Ora, preconizamos o entendimento segundo o qual o direito de propriedade não pode ser considerado fundamento para violar os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos. Nem é aceitável que o contrato de trabalho o seja.

Defendemos, por isso, a ideia de que "o contrato de trabalho não é título hábil à restrição ou violação de direitos fundamentais do trabalhador"[22].

---

[20] Sobre a questão da proporcionalidade neste contexto, importa fazer esta citação: "El principio de proporcionalidad rige también aquí y, por lo tanto, hará que valorar si no existe otra medida menos agresiva que permita satisfacer el legítimo interés de la empresa de controlar el correcto uso de la herramienta o comprobar la sospecha de comisión de irregularidades por parte del trabajador controlado", JAVIER GÁRATE CASTRO, Derechos Fundamentales del Trabajador y Control de la Prestación de Trabajo por Medio de Sistemas Proporcionados por las Nuevas Tecnologías. In: Minerva. Revista de Estudos Laborais. Lisboa: Almedina, Ano V, n. 8, março/2006, pp.176-177.

[21] Aconselhamos a leitura de MARIA ROSÁRIO PALMA RAMALHO, " Tutela da personalidade e equilíbrio entre interesses dos trabalhadores e dos empregadores no contrato de trabalho. Breves notas", *in*:
http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/V_Coloquio/int2014/prof_maria_rosario_ramalho.pdf (consultado a 20 de março de 2016)

[22] Assim, FRANCISCO LIMA FILHO, "A questão do monitoramento do email do empregado pelo empregador", in http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/4878/a_questao_do_monitoramento_do_email_do_empregado_pelo_empregador (consultado a 29 de março de 2016).

Em terceiro lugar. Com base na sabedoria do douto Acórdão do STJ, datado de 5 de julho de 2007[23] expressa na seguinte asserção: "A falta de referência, expressa e formal da "pessoalidade" da mensagem não afasta a tutela prevista no artigo 21.º, n.º1, CT" e acrescentaríamos nós, a do artigo 22.º, n.º1, CT, é curial concluir que no silêncio e na dúvida sobre o carácter profissional ou pessoal da correspondência ou comunicação, sempre será de supor a sua pessoalidade e enquanto tal, eximida do espectro de vigilância e acesso do empregador, ainda que os meios e recursos utilizados sejam de sua propriedade.

Na verdade, o trabalhador não fica privado do constitucional direito à intimidade pelo simples facto de usar certa ferramenta de trabalho de propriedade do empregador ("O email é ferramenta de trabalho, mas ao mesmo tempo serve ao indivíduo. Não é porque o empregador forneceu o equipamento que pode invadir de forma indiscriminada a privacidade do empregado que se manifesta por tal meio")[24.]

A este respeito, importa trazer à colação ainda outra consideração daquele Tribunal: "Não é pela simples circunstância de os intervenientes se referirem a aspectos da empresa que a comunicação assume desde logo natureza profissional, bem como não é o facto de os meios informáticos pertencerem ao empregador que afasta a natureza privada da mensagem e legitima este a aceder ao seu conteúdo".

[23] *Vide* Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 5 de julho de 2007, processo n.º 07S04, relator Mário Pereira:" III — Não são apenas as comunicações relativas à vida familiar, afectiva, sexual, saúde, convicções políticas e religiosas do trabalhador mencionadas no art. 16.º, n.º 2 do CT que revestem a natureza de comunicações de índole pessoal, nos termos e para os efeitos do art. 21.º do mesmo código. IV — Não é pela simples circunstância de os intervenientes se referirem a aspectos da empresa que a comunicação assume desde logo natureza profissional, bem como não é o facto de os meios informáticos pertencerem ao empregador que afasta a natureza privada da mensagem e legitima este a aceder ao seu conteúdo. V — A definição da natureza particular da mensagem obtém-se por contraposição à natureza profissional da comunicação, relevando para tal, antes de mais, a vontade dos intervenientes da comunicação ao postularem, de forma expressa ou implícita, a natureza profissional ou privada das mensagens que trocam. VI — Reveste natureza pessoal uma mensagem enviada via e-mail por uma secretária de direcção a uma amiga e colega de trabalho para um endereço electrónico interno afecto à Divisão de Após Venda (a quem esta colega acede para ver e processar as mensagens enviadas, tendo conhecimento da necessária password e podendo alterá-la, embora a revele a funcionários que a substituam na sua ausência), durante o horário de trabalho e a partir do seu posto de trabalho, utilizando um computador pertencente ao empregador, mensagem na qual a emitente dá conhecimento à destinatária de que vira o Vice-Presidente, o Adjunto da Administração e o Director da Divisão de Após Venda da empresa numa reunião a que estivera presente e faz considerações, em tom intimista e jocoso, sobre essa reunião e tais pessoas".

[24] Cfr. http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1400&categoria=Sociedade%20an%-F4nima,consultado em 29 de março de 2016.

3.1. Concorrência desleal ou violação dos deveres de lealdade do trabalhador

Tal como refere Maria Glória Leitão, "o correio electrónico é um meio fácil e rápido de comunicação — mas também uma fonte, fácil e rápida, de entrada e saída de informações da empresa, e de prática de ilícitos laborais/ nomeadamente de prática de actos de concorrência desleal e de fuga de informação privilegiada"[25].

Será que, sopesados os interesses de ambas as partes, empregador e trabalhador, devido à gravidade da ruptura do laço de confiança e de lealdade irrecuperáveis e incompatíveis com o vínculo laboral, é ilegítima a utilização dos meios de prova obtidos através da recolha de mensagens do trabalhador?

Demonstrando as comunicações electrónicas a violação flagrante do dever de lealdade e de boa-fé do trabalhador com o seu empregador, traduzido no desvio de clientela, "espionagem industrial" ou fuga de informação valiosa para o negócio e actividade do empregador não excederá manifestamente os limites impostos pela boa-fé? Não constituirá abuso de direito a imposição ao empregador de um trabalhador claramente desleal, com capacidade de prejudicar os interesses da empresa?

Da letra do CT, acerca da licitude do despedimento, mais precisamente do artigo 351.º, n.º1 "comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade ou consequências (…)" e o do n.º2, al. e) "lesão de interesses patrimoniais sérios da empresa", a concorrência desleal e a violação da lealdade do trabalhador são havidas como "justa causa" para o despedimento.

A questão que se coloca prende-se com a admissibilidade do correio electrónico como prova destes factos lesivos dos interesses do empregador.

Não deveríamos, atendendo ao circunstancialismo concreto e nestes casos restritos, abrir-se a possibilidade de o empregador defender-se utilizando a prova obtida, ainda que considerada ilegítima em todas as demais situações?

O dilema é que não resultando expressamente do correio electrónico "assunto profissional" ou expressão similar, sempre se concluirá pela

[25] *Vide* MARIA GLÓRIA LEITÃO, «A admissibilidade como meio de prova em processo disciplinar das mensagens de correio electrónico enviadas e recebidas por trabalhador a partir de e na caixa de correio fornecida pela entidade empregadora. Eventual definição de linhas orientadoras pela jurisprudência», proferido em Colóquio no STJ, 10 de outubro de 2012, pp.1 e 6, *in*:
http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/V_Coloquio/maria_glria_leito.pdf (acedido em 29 de março de 2016)

pessoalidade do mesmo, ainda que do seu teor resulte o oposto. Deste modo, o empregador ver-se-á muitas vezes forçado a tolerar um trabalhador que sabe que o quer lesar ou mesmo que já o lesou em termos objectivos, económicos.

Não deverá o Direito comportar nestas situações uma excepção à confidencialidade das comunicações do trabalhador? É que não podemos olvidar o facto de o Direito viver em função da missão que é fazer justiça e poderemos cair num paradoxo: tornar vítima quem tem interesses legítimos a ser tutelados no caso concreto e que pelo simples facto de possuir uma determinada qualidade –"empregador" — ver ser-lhe arredada a hipótese de se defender.

Por outro lado, quando o empregador descobre que o seu trabalhador anda a desviar clientela para um futuro negócio que este está ou que vai iniciar "por conta própria", não nos parece que o trabalhador mereça protecção no seu posto de trabalho, o qual sabemos que ele próprio não quer manter.

Acresce que forçar a manutenção de um vínculo laboral, após esta descoberta, implica manter acesa uma relação entre duas partes, em que a desconfiança é o pano de fundo para inúmeros conflitos.

Sobre esta matéria o Tribunal da Relação de Lisboa decidiu nestes termos:

> "Destinando-se o dever de reserva e confidencialidade previsto no art. 22.º do Cód. Trab. a proteger direitos pessoais como o direito à reserva da vida privada consagrado no art. 26.º da Constituição da República Portuguesa e 80.º do Cód. Civil, enquanto que o dever de cooperação para a descoberta da verdade visa a satisfação do interesse público da administração da justiça, a contraposição dos dois interesses em jogo deve, no caso concreto, ser dirimida, atento o teor do pedido e da causa de pedir da acção, com prevalência do princípio do interesse preponderante, segundo um critério de proporcionalidade na restrição de direitos e interesses, constitucionalmente, protegidos, como decorre do art. 18.º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa, concedendo-se primazia ao último, ou seja, ao dever de cooperação para a descoberta da verdade, sobre o primeiro" [26].

Este Tribunal adopta o raciocínio inverso da demais jurisprudência, ou seja, não contendo o correio electrónico especial menção ao seu carácter "pessoal", conclui-se que é mensagem profissional e enquanto tal de acesso "livre" por parte do empregador:

> "No caso em apreço, da visualização das mensagens de correio electrónico ainda que limitada à visualização do endereço do destinatário do remetente da mensagem, do assunto data e hora do envio facilmente se retira que não estamos perante mensagens de natureza pessoal mas antes de mensagens que tratavam de assuntos profissionais respeitantes ao relacionamento comercial do recorrente, administrador da recorrida e da CPC África com outras empresas.

[26] *Vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de junho de 2011, processo n.º439/10.3 TTCSC-A.L1-4, relatora Isabel Tapadinhas, julgado com unanimidade: decidiu-se pela admissibilidade das mensagens do trabalhador para fundamentar o despedimento com justa causa.

Efectivamente, as mensagens em questão:

- continham no "Assunto" indicações de matérias profissionais, mais concretamente, nomes de negócios futuros da empresa ou nomes de empresas com as quais a recorrida e a C ÁFRICA mantinham relações comerciais;
- eram enviadas e/ou recebidas a partir do e-mail profissional atribuído pela recorrida ao recorrente, durante o seu horário de trabalho;
- eram enviadas e/ou /recebidas, quase na sua exclusividade, por trabalhadores da recorrida e/ou pessoas/clientes/terceiros que com ela estão relacionados;
- ***não tinham qualquer indicação de se tratar de matéria pessoal dos remetentes ou destinatários das mesmas, seja por via da designação em "Assunto", seja pelo seu "Arquivo" em ficheiros designados como, por exemplo, "Correspondência Privada"***. (negrito e itálico nossos)

Revelando preocupação com a protecção dos interesses, neste caso, do empregador, o douto acórdão menciona:

> "Doutro modo, a garantia constitucional constituiria a desprotecção dos meios de prova mais valiosos, em benefício dos mais falíveis, a verdade material ficaria à mercê das vicissitudes da prova testemunhal (…)".

Afigura-se-nos curial concluir que o Direito deve repensar as excepções à regra (absoluta?) da confidencialidade, quando o cumprimento estrito e cego desta poderá trazer mais inconvenientes do que benefícios.

4. Posição adoptada

Regressando ao ponto que despoletou a nossa reflexão concernente à "polémica" confidencialidade do trabalhador nas suas comunicações no horário e local de trabalho, mediante a utilização de recursos disponibilizados pela sua entidade empregadora, ou seja, retornando à jurisprudência recente do TEDH a favor do despedimento com justa causa assente na receptação de mensagens pessoais do trabalhador importa referir que a consideramos perigosa, por considerarmos que viola, ela própria, o Direito que se propõe salvaguardar, abrindo um duvidoso precedente.

Importa salientar o facto de apenas munidas do competente de mandato judicial ser permitido às autoridades judiciárias e policiais dos Estados-membros, interceptar, aceder, escutar, transcrever as comunicações pessoais dos cidadãos, desde logo porque são Estados de Direito Democrático. Paradoxalmente reconhece-se um direito ao empregador — aceder, ler e recolher os conteúdos das comunicações e correspondências pessoais — que as próprias autoridades policiais não têm.

Por conseguinte, não deixa de ser no mínimo questionável a posição acolhida pelo TEDH ao considerar legalmente admissível o despedimento com

justa causa por parte de uma entidade empregadora que violou os direitos, liberdades e garantias do seu trabalhador, os quais pertencem ao acervo de legislação europeia, a que aquele Tribunal se comprometeu em cumprir.

A nossa posição vai no sentido de considerar que o trabalhador, parte mais fraca na relação laboral, sai com a sua esfera jurídica mais enfraquecida.

O TEDH assumido como o guardião dos direitos fundamentais, liberdades e garantias na mais alta esfera de soberania judiciária, porque de "cariz transfronteiriço", é o mesmo Tribunal que vem subscrever a violação dos direitos constitucionais do cidadão e do trabalhador.

Rejeitamos, por isso, qualquer decisão que atente contra os próprios fundamentos democráticos e que legitime o recurso a "escutas" ilegítimas e abusivas utilizadas no caso em apreço, como meio de obtenção de prova para "desfechos" laborais convenientes ao empregador.

MODALIDADES CONTRACTUALES Y FOMENTO DE LA CONTRATACIÓN INDEFINIDA EN ESPAÑA: ¿EL FIN JUSTIFICA LOS MEDIOS?

Camino Ortiz de Solórzano Aurusa [1]

1. Rasgos fundamentales del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores

En el marco de la reforma del mercado de trabajo llevada a cabo en España en el año 2012[2], se estableció el denominado "contrato indefinido de apoyo a los emprendedores". Este nuevo contrato –que vino en cierta medida a sustituir al derogado contrato para el fomento de la contratación indefinida– se añadió a las modalidades de contratos ya existentes, con la finalidad declarada de incentivar el empleo estable y potenciar la iniciativa empresarial, especialmente en las pequeñas y medianas empresas.

Se trata de un contrato de trabajo indefinido –al menos nominalmente,

[1] * Prof.ª de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

[2] La reforma laboral se aprobó mediante el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. La norma, que se tramitó como proyecto de Ley, dio lugar a la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE núm. 162, de 7 de julio) que es la norma vigente en la actualidad. El contrato de apoyo a los emprendedores se regula en el artículo 4 de la citada Ley 3/2012.

pues como se verá, la previsión de un largo periodo de prueba puede hacer dudar de la verdadera naturaleza de este contrato– que puede celebrarse a tiempo completo o a jornada parcial. Sólo las empresas cuya plantilla no alcance los cincuenta trabajadores pueden acogerse a esta modalidad contractual; sin embargo, dada la composición del tejido productivo español –en el que más del 99% de las empresas tienen menos de cincuenta trabajadores[3]– la inmensa mayoría de las empresas son potenciales "usuarias" de este tipo de contrato. No obstante, esta circunstancia contrasta con el escaso índice de penetración de esta modalidad contractual en el mercado laboral español, ya que no llega a suponer el 1% de los contratos de trabajo que se celebran[4]. Por lo demás, se trata de una modalidad contractual de carácter puramente coyuntural –creada en un contexto socioeconómico marcado por un insostenible nivel de desempleo en España– pues está previsto que sólo pueda celebrarse mientras la tasa de paro no baje del 15%. Siendo esto así, lamentablemente, las actuales cifras de desempleo[5] auguran una larga vida a este contrato, pudiendo incluso darse la paradoja de que un contrato esencialmente coyuntural llegue a tener una vida más longeva que otros que se establecieron en su día con vocación de permanencia.

Para alcanzar la finalidad pretendida con este tipo de contrato, el legislador acompaña su celebración de ciertos incentivos. Por una parte, el empresario puede beneficiarse de bonificaciones en la cuota de seguridad social cuando el contrato se celebre con jóvenes –entre 16 y 30 años– o con personas mayores de 45 años[6]. También están previstas deducciones fiscales[7] cuando las empresas contraten a su primer empleado a través de esta modalidad de contrato, a condición de que sea un trabajador menor de 30 años, así como la posibilidad para el trabajador de compatibilizar un 25% de la prestación por desempleo

[3] En concreto, según se desprende de los datos del Directorio Central de Empresas (DIRCE) del Instituto Nacional de Estadística (INE) relativos al año 2015, las empresas de 50 o menos trabajadores suponían el 99'29% de las empresas españolas. Estas cifras son prácticamente coincidentes con las existentes en el momento de aprobación de la norma (99'23%), según consta en la exposición de motivos del RDLey 3/2012.

[4] Así, según la información estadística que ofrece el Servicio Público de Empleo Estatal https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/2016/enero_2016/ESTADISTICA_DE_CONTRATOS_MES.pdf, en el mes de enero de 2016 se realizaron en España un total de 1.356.633 contrataciones, de las cuales 10.242 corresponden al contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, lo que supone un 0'7% de los contratos en el periodo de referencia.

[5] La última Encuesta de Población Activa (EPA) publicada por el INE (correspondiente al cuarto trimestre de 2015) arroja una tasa de desempleo del 20'90%.

[6] La bonificación consiste en una minoración de las cuotas de seguridad social a tanto alzado, en la cuantía prevista por la norma –que va desde 1.000 euros/año hasta 1.300 euros/año–, cuantías que se incrementan en el caso de que se contrate a una mujer en ocupaciones en las que están subrepresentadas.

[7] Estas deducciones fiscales están reguladas actualmente en el artículo 37 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades.

pendiente de percibir con la retribución. Junto a estos incentivos, puramente económicos, se establece un incentivo de carácter institucional que se concreta en la previsión de un periodo de prueba de un año de duración en este tipo de contrato. Este es, indudablemente, el aspecto más controvertido del contrato, que ha suscitado dudas tanto de adecuación a la naturaleza propia del periodo de prueba, como de ajuste a la Constitución Española, al Derecho de la Unión Europea, así como a los Tratados Internacionales ratificados por España.

2. El periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores en la doctrina del Tribunal Constitucional

El régimen jurídico del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores es el previsto con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, ET en lo sucesivo) y el que se derive de los convenios colectivos que sean de aplicación en cada concreta relación laboral. La única excepción a lo anterior se refiere a la duración prevista del periodo de prueba que –a diferencia de lo dispuesto en el artículo 14 ET– será, en todo caso, de un año.

Pueden destacarse tres aspectos de este régimen del periodo de prueba[8]: Se trata de un periodo de prueba *largo* –un año–; *indisponible*, puesto que la duración prevista en la ley no puede ser alterada por convenio colectivo; e *indiscriminado*, en la medida en que la duración prevista es la misma para cualquier trabajador, sea cual sea su cualificación profesional o la complejidad del puesto de trabajo a desempeñar.

Estas características ponen de manifiesto problemas de diversa índole. Por una parte, la eventual desnaturalización del periodo de prueba, ya que es cuestionable que para atender la finalidad propia de esta institución –el conocimiento mutuo de las partes y la experimentación de la relación laboral– sea preciso disponer de un periodo de tiempo tan dilatado, máxime si se tiene en cuenta que durante el mismo la posición del trabajador queda fuertemente debilitada desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo.

Por otra parte, desde un punto de vista constitucional, el régimen del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores suscita ciertas dudas en relación con algunos derechos reconocidos en la norma fundamental. Así ocurre con el derecho al trabajo (artículo 35 CE), puesto que la facultad de

[8] Vid. OLARTE ENCABO, S.: "La ilegalidad internacional del periodo de prueba de un año del contrato de apoyo a emprendedores", *CEF. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 370 (2014), pág. 173.

desistimiento *ad nutum* de la que dispone el empresario durante un periodo de tiempo tan extenso, puede suponer la quiebra de un derecho como la estabilidad en el empleo que, aunque no está explícitamente reconocido a nivel constitucional, integra el contenido propio del derecho al trabajo. Además, el carácter indisponible de la regulación del periodo de prueba en este tipo de contrato puede suponer una limitación del derecho a la negociación colectiva (artículo 37 CE), desde el momento en que se asiste a un desapoderamiento de la autonomía colectiva, a la que se impide cualquier posibilidad de intervención en una materia –como la duración del periodo de prueba– en la que estatutariamente se reconoce al convenio colectivo un amplio margen de actuación, dado el carácter dispositivo de la regulación legal. En otro orden de cosas, el régimen unitario de duración de la prueba puede plantear problemas de adecuación con el derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 14 CE), en la medida en que no se tienen en cuenta posibles diferencias derivadas de la cualificación del trabajador o de la dificultad del puesto de trabajo a desempeñar.

Las anteriores objeciones en relación con el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores –tanto en el plano dogmático, como constitucional– se han planteado ante el Tribunal Constitucional en el marco de sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la reforma laboral en su conjunto. La respuesta del alto tribunal –en sus sentencias 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero[9]– ha venido a avalar la medida cuestionada fundamentalmente sobre la base de un criterio de oportunidad.

El Tribunal Constitucional elude pronunciarse sobre la posible desnaturalización del periodo de prueba, por ser una cuestión de legalidad ordinaria ajena, por tanto, al control constitucional. Siendo cierto que el periodo de prueba es una institución de configuración legal, cabe plantearse hasta qué punto los conceptos dogmáticos están por completo en manos de la ley[10], siquiera sea por una elemental cuestión de seguridad jurídica.

Desde el punto de vista de los derechos constitucionales, el TC entiende que la regulación que se impugna no implica vulneración alguna, por lo que es plenamente adecuada al texto constitucional. El tribunal sostiene que aunque en algunos casos –significativamente, en lo que se refiere al derecho al trabajo– se asiste a una limitación de derechos–, dicha limitación es razonable y propor-

[9] Un completo análisis de ambas sentencias del Tribunal Constitucional, puede verse en PÉREZ CAMPOS, A.I.: *Contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2015, págs. 89-108.

[10] Como sugiere SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La reforma de 2012 supera cuatro tachas de inconstitucionalidad", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm.8 (2014), apartado 4 del ejemplar manejado de la base de datos westlaw.es (BIB 2014/3969).

cionada en atención a la preservación de otros bienes y derechos constitucionales, por lo que no sería reprochable desde el punto de vista constitucional. Los argumentos que se emplean para sostener la validez de la medida impugnada van desde su carácter puramente coyuntural –vinculado a la gravedad de la situación económica y a la elevada tasa de desempleo– hasta la existencia de medidas disuasorias de la extinción del contrato en el régimen de los incentivos previstos[11], pasando por la existencia de límites objetivos a la celebración de este contrato. Pero, sin duda, el principal punto de apoyo de la decisión del TC se basa en la consideración de que en un contexto de crisis económica –como en el que se aprueba la medida– a la finalidad propia del periodo de prueba se viene a añadir la de permitir al empresario comprobar la viabilidad económica del puesto de trabajo.

Algunas consideraciones pueden hacerse al respecto: la primera, la constatación –que ya realiza el voto particular de la STC 119/2014[12]– de la irrelevancia a nivel constitucional de los argumentos utilizados por el tribunal para actuar como parámetros de constitucionalidad de la medida objeto de recurso. Por otra parte, la impresión de una cierta incoherencia del TC que declina entrar en el problema de la eventual desnaturalización del periodo de prueba en este tipo de contrato, pero en la propia sentencia entra de lleno en un aspecto –como la finalidad del periodo de prueba– que forma parte fundamental de su esencia. Y no sólo eso, sino que erige una "novedosa" finalidad de la prueba en su criterio fundamental para avalar la medida impugnada. En tercer lugar, la regulación impugnada y el argumento de la finalidad "adicional" utilizado por el TC, son síntomas de una preocupante crisis de los conceptos, en este caso, del periodo de prueba. Si se llevan las instituciones más allá de sus propios límites es fácil deslizarse por la pendiente del relativismo más peligroso.

3. Pronunciamientos sobre el periodo de prueba en el contrato de emprendedores en el ámbito comunitario e internacional

Las objeciones en relación con el periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores han trascendido el ámbito puramente nacional,

[11] De hecho, como contrapartida por el disfrute de los incentivos fiscales y de seguridad social vinculados a este tipo de contrato, se exige a la empresa su mantenimiento durante al menos tres años, así como conservar el nivel de empleo alcanzado con dicha contratación al menos un año desde la celebración del contrato. En caso contrario, surge para el empresario la obligación de reintegro de los incentivos percibidos.

[12] Voto particular formulado por el magistrado Valdés Dal-Ré, al que se adhieren los magistrados Asúa Batarrita y Ortega Álvarez.

habiéndose pronunciado distintas instancias internacionales al respecto, con diverso alcance. En concreto, hasta la fecha, los pronunciamientos se han producido en el ámbito de la Unión Europea, en el de Naciones Unidas y también en el Consejo de Europa.

En la Unión Europea se planteó la compatibilidad del periodo de prueba previsto en el contrato de que se trata con el Derecho de la Unión, con motivo de la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Social núm. 23 de Madrid. Básicamente, el juez nacional preguntó al TJUE si era contrario al Derecho de la Unión y compatible con el artículo 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –que contempla el derecho de todo trabajador a la protección en caso de despido injustificado– el periodo de prueba de un año en el contrato de apoyo a los emprendedores, durante el cual se permite el libre desistimiento de las partes.

El TJUE en sentencia de 5 de febrero de 2015[13], se declara incompetente para responder a la cuestión prejudicial, por tratarse de una materia –el periodo de prueba– que no está regulada por el Derecho de la Unión, por lo que no entró en el fondo del asunto[14].

Tampoco resulta concluyente la respuesta ofrecida por la Oficina Internacional del Trabajo, en Naciones Unidas, en relación con la reclamación planteada en mayo de 2012 por los sindicatos Comisiones Obreras (CC.OO) y Unión General de Trabajadores (UGT) relativa al eventual incumplimiento del Convenio 158 OIT[15] por la norma que prevé la duración anual del periodo de prueba en el contrato de emprendedores. El citado Convenio establece como regla general la justificación de la extinción del contrato de trabajo, pero admite que esta regla pueda excepcionarse durante el periodo de prueba, siempre y cuando su duración se haya fijado de antemano y sea razonable.

El Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, que aprueba el informe del comité tripartito de junio de 2014, concluye que no dispone de fundamentos suficientes para considerar si la exclusión durante un año de la aplicación del Convenio 158 es razonable, más aún cuando la duración del periodo de prueba no ha sido resultado de la concertación social y se ha introducido de manera indiferenciada en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. Sentado lo anterior, la Oficina Internacional invita al go-

[13] Asunto C-177/14, *Nisttahuz Poclava*.

[14] Como pone de manifiesto PÉREZ CAMPOS, A.I.: *Contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores*, cit., pág. 108, el fallo no cumple las expectativas existentes en la medida en que no se ha pronunciado sobre el fondo del asunto por falta de competencia.

[15] Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, de 22 de junio de 1982, ratificado por España el 26 de abril de 1985.

bierno español a presentar informes sobre la evolución de esta modalidad de contrato y a examinar la posibilidad de adoptar medidas para evitar que su extinción eluda de manera abusiva la protección prevista en el Convenio[16].

En el ámbito del Consejo de Europa, la Carta Social Europea[17] no se refiere directamente al periodo de prueba. Sin embargo, en la medida en que la extinción del contrato durante el mismo no está sujeta a preaviso, se ha planteado la compatibilidad de la regulación del periodo de prueba en el contrato de emprendedores con el artículo 4.4 de la Carta Social Europea. A tenor de dicho precepto, los Estados firmantes se comprometen a reconocer a todos los trabajadores un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo.

El Comité Europeo de Derechos Sociales –máximo órgano encargado de la interpretación, defensa y control de la Carta– en las Conclusiones XX-3 (2014) emitidas en enero de 2015, sobre el informe presentado por España relativo al grado de cumplimiento de los derechos laborales de la Carta en el periodo 2009-2012[18], ha señalado que la regulación del contrato de apoyo a emprendedores no se ajusta al artículo 4.4 de la Carta, porque el plazo de preaviso queda excluido durante el periodo de prueba. En realidad el Comité no se pronuncia sobre la duración de un año del periodo de prueba, sino sobre la ausencia de un plazo de preaviso en caso de extinción del contrato durante ese tiempo, cuestión que, por lo demás, constituye una característica general del periodo de prueba en todo contrato de trabajo, no sólo en la modalidad de apoyo a los emprendedores.

También respecto de una norma griega que establecía un contrato con un periodo de prueba de un año, durante el cual la empresa tenía derecho a rescindir el contrato de trabajo sin previo aviso ni indemnización para el trabajador, el Comité –en la Decisión de fondo de 23 de mayo de 2012[19]– consideró que se trataba de una violación del artículo 4.4 de la Carta al no prever un plazo de preaviso en caso de extinción durante la prueba.

Precisamente, este pronunciamiento sobre Grecia ha servido de base a

[16] Puntos 246 y 297c del informe del Comité (Documento GB.321/INS/9/4, de 13 junio de 2014). El informe está disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_247068.pdf .

[17] Firmada en Turín, el 18 de octubre de 1961 y ratificada por España mediante Instrumento de 29 de abril de 1980. No obstante, España no ha ratificado la versión revisada de la Carta de 1996, ni el Protocolo de 1995 por el que se permite a los Estados firmantes la presentación de reclamaciones colectivas.

[18] Puede accederse al texto de las Conclusiones en http://portal.ugt.org/actualidad/2015/abril/boletin21/001-europa.pdf .

[19] Un análisis de la Decisión sobre la norma griega puede verse en SALCEDO BELTRÁN, C.: "Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y periodo de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: la aplicación del control de convencionalidad en España", *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 2 (2014), págs. 36-38.

una corriente de la doctrina judicial que, aplicando la argumentación del Comité a la norma española, estima que ésta vulnera la Carta Social Europea[20]. Al tratarse de un Tratado internacional suscrito por España –de rango superior a la Ley– la normativa que lo contraviene sería inaplicable por una simple cuestión de jerarquía normativa. En consecuencia, según esta doctrina judicial, el periodo de prueba no sería válido y por tanto, el despido efectuado durante el mismo debe declararse improcedente.

Frente a esta doctrina se alzan otras resoluciones –fundamentalmente dictadas en suplicación– que no consideran directamente aplicables las disposiciones de la Carta en las pretensiones entre particulares, por lo que no entienden vulnerada la normativa internacional[21]. Además, de manera subsidiaria se estima que, aunque se admitiera la aplicación directa de la Carta, la consecuencia de su incumplimiento no sería la improcedencia del despido, sino la obligación del empresario de indemnizar al trabajador por la falta de preaviso.

4. Conclusión

Que el mercado laboral español –y, por extensión, la economía de España– tiene un importante problema de desempleo es una realidad incuestionable. Que ese problema se ve agudizado en épocas de crisis tampoco parece discutible. Que es preciso adoptar medidas que faciliten la creación de empleo, es una obviedad; ahora bien, la imperiosa necesidad de facilitar el acceso a un puesto de trabajo a quienes se han visto privados del empleo –o ni siquiera han podido acceder a él–, no puede hacerse a toda costa, ni de cualquier manera.

Distorsionar una institución de perfiles tan concretos y nítidos como el periodo de prueba, haciéndole responder a finalidades en principio ajenas a su esencia, no parece la mejor manera de alcanzar un objetivo como la creación de empleo, aunque este sea perentorio. No todo vale. El respeto a las instituciones jurídicas –a lo que las cosas son– es un elemento fundamental del Estado de Derecho. Un elemental sentido de seguridad jurídica –y hasta cierto punto, de sentido común– impiden que el legislador pueda manejar a su antojo las categorías jurídicas, más aún cuando están en juego algunos derechos constitucionalmente reconocidos.

[20] La SJS núm. 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013 es la que inaugura esta corriente judicial, que luego han seguido otras resoluciones, por ejemplo, la SJS núm. 33 Barcelona, de 9 de noviembre de 2015, la SJS núm. 1 Toledo, de 24 de noviembre de 2014 o la SJS núm. 3 Barcelona, de 5 de noviembre de 2014.

[21] Entre otras, pueden verse la STSJ Cataluña, de 22 de junio de 2015, STSJ Canarias/Tenerife de 22 de abril de 2015, o las SSTSJ Castilla y León/Valladolid de 22 de abril y 25 de marzo de 2015.

La respuesta del Tribunal Constitucional y de las instancias internacionales que han tenido la ocasión de pronunciarse sobre el periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores, unas veces por complaciente y otras por no entrar en el fondo del asunto por motivos diversos, presenta un panorama algo decepcionante. Sólo el informe del Comité Europeo de Derechos Sociales declara el incumplimiento de la Carta Social Europea, pero ni siquiera por la duración del periodo de prueba. Además, las dudas sobre el carácter vinculante del informe y de la propia Carta Social Europea, contribuyen a restar virtualidad a esta vía, por más que sea a la que se acogen algunos órganos judiciales españoles, con el convencimiento de que quizá es el último argumento disponible para dejar de aplicar una norma tan polémica como criticable.

EL DESCUELGUE DE CONDICIONES LABORALES ESTABLECIDAS EN CONVENIO COLECTIVO: LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL SOMETIMIENTO A UN ARBITRAJE OBLIGATORIO?

Pilar Charro Baena y Sergio González García [1]

Sumario: 1. El descuelgue como medida de flexibilidad interna. 2. La regulación del descuelgue a raíz de la reforma de 2012. 3. La posible inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio. 3.1. La fuerza vinculante de los convenios colectivos. 3.2. La libertad sindical. 3.3. La tutela judicial efectiva.

1. El descuelgue como medida de flexibilidad interna

El llamado descuelgue, esto es, la inaplicación de convenios colectivos, es un mecanismo previsto por el legislador mediante el cual es posible sustituir el régimen convencional, o de determinadas condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo, por otro más adaptado a la realidad y las necesidades

[1] Profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Universidad Rey Juan Carlos.

de la empresa (si el convenio a inaplicar es de sector) o a su situación actual (si es de empresa)[2]. Dicho de otro modo, permite que, aunque las relaciones laborales de una determinada empresa sigan rigiéndose por lo previsto en el correspondiente convenio colectivo, se margine aquella parte que generalmente incide sobre los costes productivos[3].

Este mecanismo, aunque con antecedentes respecto del descuelgue salarial en el Acuerdo Marco Interconfederal para la negociación colectiva de 5 de enero de 1980[4], se incorpora por primera vez a la legislación laboral en la Reforma de 1994, que introdujo elementos de flexibilidad interna importantes al servicio de los intereses empresariales, fundamentalmente eliminando su condicionamiento a autorización administrativa. La Ley 11/1994 dio una nueva redacción al artículo 82.3 ET, en cuya virtud, los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa establecerían las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del mismo a "las empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación". Las cláusulas de descuelgue salarial se configuraban como parte del contenido necesario y mínimo legal del convenio colectivo supraempresarial estatutario, ámbito en el que su establecimiento se imponía imperativamente.

El proceso reformador de los años 2010 a 2012[5] ha introducido cambios en su régimen jurídico de envergadura. La Ley 35/2010 modifica sustancialmente el artículo 82.3 ET, que pasa a regular directamente el procedimiento y condiciones de descuelgue salarial por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, sin remitirse a la negociación colectiva supraempresarial, a la que se le reserva el establecimiento de las previsiones sobre la solución de los desacuerdos que se pudieren plantear. La nueva regulación supuso un fuerte

[2] Sanguineti Raymond, W.: "La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014, p. 10.

[3] Sempere Navarro, A.V. y Martín Jiménez, R.: *Claves de la Reforma Laboral de 2012 (Estudio del RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero).* Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 124.

[4] Sobre el origen de esta figura, véase, Fernández Avilés, J. A.: "Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad `interna´". Relaciones laborales núm. 11, 2011, www.laley.es, ref. 12227/2011, p. 1.

[5] Sobre las intervenciones legislativas que se produjeron estos años, vid. Lantarón Barquín, D.: "Novedades normativas y proyección de la reforma laboral de 2010 en el ámbito de la solución extrajudicial de conflictos", *RGDTSS (Iustel),* 2011, núm. 24, pp. 3 y ss.; y Vivero Serrano, J. B.: "El arbitraje al servicio del interés empresarial: el papel de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el procedimiento de descuelgue del convenio colectivo", *RTSS, CEF,* núm. 368 (noviembre 2013), pp. 5-60, en pp. 13 y ss. Para una visión general de la normativa anterior a este periodo de reformas, vid. Sempere navarro, A. V. y Meléndez Morillo-Velarde, L.: "El Descuelgue Salarial. Estudio de su Régimen Jurídico en la Negociación Colectiva", *Cuadernos de Aranzadi Social*, Aranzadi, 2009.

varapalo al sistema de negociación colectiva, pues se traducía en la marginación de los sujetos colectivos[6].

A pesar de la importante flexibilización que supuso el nuevo régimen jurídico, las estadísticas evidenciaban que seguía siendo una técnica escasamente utilizada. Por ello, la Reforma Laboral de 2012 introdujo un nuevo régimen, cuya finalidad respondía, según se señala en la Exposición de motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, "al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa".

La nueva regulación reordenó todos y cada uno de los elementos que caracterizaban el descuelgue[7], entre ellos los convenios afectados, las causas, las materias objeto de inaplicación, y el proceso de aprobación de las medidas de descuelgue, introduciéndose el arbitraje obligatorio, aspecto sobre el que nos detendremos en este breve estudio. El nuevo régimen jurídico ha de ponerse en relación con la también novedosa regulación de la modificación sustancial de condiciones laborales (artículo 41 ET), de cuyo procedimiento queda despojada la modificación de las condiciones pactadas convencionalmente. En suma, ahora, la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos estatutarios pasa a regularse por el art. 82.3 ET, mientras que las contenidas en otros pactos colectivos deberán seguir el procedimiento contenido en el artículo 41 ET.

La doctrina ha prestado especial atención a la regulación del descuelgue después de la reforma de 2012[8]. Los recursos de inconstitucionalidad presentados, uno, por el Parlamento de Navarra y, otro, por los Grupos Parlamentarios PSOE e Izquierda Unida, contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes del mercado laboral y, en particular, frente a la redacción que esta última

[6] Mendoza Navas, N.: "La intervención de la comisión nacional consultiva de convenios colectivos en los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo", en *Las reestructuraciones empresariales: un análisis transversal y aplicado*. Escudero Rodríguez, R. (Coord.) Cinca, Madrid, 2016, p. 185.

[7] Mendoza Navas, N.: "La intervención de la comisión nacional consultiva de convenios colectivos en los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo", cit., p. 186.

[8] Entre otros, Cruz Villalón, L.: "El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012"; Baylos Grau, A. (coord.), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012,* Bomarzo, Albacete, 2012, pp. 405 y ss.; Álvarez Alonso, D.: "Inaplicación del convenio colectivo y prioridad aplicativa del convenio de empresa: dos vías concurrentes para descentralizar la regulación de condiciones de trabajo", AA.VV. *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012, XXII Congreso Nacional AEDTSS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 990 y ss.; y Castro Argüelles, Mª. A.: "Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo", García Murcia, J., Montoya Melgar, A. (coord.), *Comentario a la Reforma laboral de 2012*. Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 371-404.

introdujo del artículo 82.3 ET, ponen de manifiesto la sensibilidad de esta figura. En particular, se planteaba si la posibilidad de que la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC)[9] u órganos autonómicos equivalentes decidan el descuelgue vulnera el reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos (artículo 37.1 CE), la libertad sindical (artículo 28.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE).

Detrás de este recurso estaba latente el debate ideológico sobre las motivaciones que deben inspirar la redacción de la ET. En particular, en el caso del descuelgue se ha señalado que constituye una vía para facilitar el objetivo macroeconómico de la devaluación interna (a falta de competencias en materia de política monetaria), a la vez que legaliza una situación que se ha generalizado en los últimos años en la pequeña y mediana empresa española[10].

El escenario en el que se encontraba el legislador no era (y no es), tal vez, el mejor. Desde 2008, los problemas estructurales del mercado de trabajo español han ido de la mano de una profunda crisis económica -también estructural- causada por las deficiencias de nuestro mercado productivo. Las reformas que se han acometido a lo largo de los últimos años han fomentado la flexibilidad interna, esto es, la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de producción, como alternativa a la flexibilidad externa o de salida, generadora de desempleo. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 justificó la nueva regulación del descuelgue "por la necesidad de resolver eficazmente el desacuerdo entre empresa y trabajadores en las medidas de flexibilidad interna que aquella pretende adoptar para hacer frente a una situación de dificultad económica o necesidad de adaptación, con la finalidad de ajustar la regulación a la situación y defender la productividad, se evitaría así la extinción de puestos de trabajo, máxime en un contexto sociolaboral en el que la reducción de la elevada tasa de desempleo constituye un objetivo prioritario para los poderes públicos".

El estudio elaborado en 2014 por el Ministerio de Empleo y de la Seguridad Social, con el título "*La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva*", puso de manifiesto la aparente efectividad de la medida. A partir de la entrada en vigor de la reforma de 2012 se produjo un incremento notable de los descuelgues. En concreto, los datos hasta julio de 2014 revelan que desde la aprobación de la reforma se habían producido

[9] El régimen jurídico de la CCNCC se desarrolla en el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos

[10] Vivero Serrano: "El arbitraje al servicio del interés empresarial…", pp. 9-10.

un total de 4.792 inaplicaciones que afectaban a más de 230.000 trabajadores[11]. Otra cuestión distinta es que el trabajador quiera que opere la regla prevista en el artículo 82.3 ET cuando se produce un bloqueo en las negociaciones con el empresario y se llega a un arbitraje obligatorio. Es en este escenario donde, una vez examinada la regulación vigente del descuelgue, se analizarán los pronunciamientos que se realizan en las STC 119/2014, de 16 de julio de 2014, y STC 8/2015, de 22 de enero, sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio previsto en el artículo 82.3 ET.

2. La regulación del descuelgue a raíz de la reforma de 2012

Como se ha avanzado, el descuelgue posibilita la inaplicación de determinadas condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo por causa económica, técnica, organizativa y de producción, en los términos previstos en el artículo 82.3 ET[12].

Sin ánimo exhaustivo, en las páginas que siguen se hará una breve referencia a los principales rasgos del régimen jurídico.

En primer lugar, ha de precisarse de qué tipo de convenio se puede descolgar una empresa. No resulta ocioso recordar que el artículo 37.1 CE recoge reconoce el derecho a la negociación colectiva en los siguientes términos: "La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios". El derecho a la negociación colectiva cristaliza básicamente en dos productos: convenios colectivos y acuerdos de empresa. Dentro de los convenios colectivos es clásica la distinción entre los que se negocian siguiendo el procedimiento del Título III ET, calificados de *estatutarios*, que tendrían eficacia *erga omnes*, y los convenios *extraestatutarios*, que se negocian fuera del

[11] Cruz Villalón, J. (dir.), Rodríguez-Ramos Velasco, P., Gómez Gordillo, R. y Ferradans Caramés, C.: *La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva,* Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2014. En este estudio se indica, además, que la mayor parte de las empresas afectadas tenían menos de 50 trabajadores (de las 1.532 inaplicaciones depositadas, 1.267 correspondían a empresas de menos de 50 trabajadores, es decir, un 82,70 %); y el grueso de las inaplicaciones se concentraban en el sector servicios (de las 1.532 inaplicaciones, 1.191 corresponden a este sector, es decir, un 77,74 %, seguido del industrial y a cierta distancia del de la construcción y el agrario). Estos datos contrastan con los que revelaba el estudio elaborado por la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos, *La negociación colectiva en España en 2005, 2006 y 2007*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, noviembre de 2007, p. 122.

[12] Vid., por todos, Castro Argüelles, "Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo", pp. 371-404.

procedimiento y tramitación establecidos en el ET, y que tendrían una eficacia limitada para quienes lo suscriben y sus representados.

El artículo 82.3 ET alude simplemente al convenio colectivo. Este precepto parece proyectarse sobre todos los convenios colectivos regulados en el ET ("los convenios colectivos regulados por esta ley"); existe unanimidad acerca de que quedan fuera del ámbito del descuelgue los convenios colectivos extraestatutarios y los acuerdos de empresa[13]; la posibilidad de inaplicar estos convenios y pactos se llevaría a cabo a través de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, regulada en el artículo 41 ET. Por tanto, el tipo de convenio que puede descolgarse sería el convenio colectivo estatutario sectorial o de empresa (éstos, desde la reforma de 2012). En relación a si es posible un descuelgue a nivel inferior a la empresa, aunque en un principio no resultaba pacífico admitir que un centro pudiera descolgarse de un convenio de empresa, se entiende que al hablar el precepto estatutario habla de inaplicación en la empresa, da una concepción unitaria e integral[14], por lo que debe rechazarse aquella posibilidad; no cabe distinguir entre centros de trabajo afectados y no afectados, pues la inaplicación operará siempre en relación a la empresa en su globalidad[15].

En relación a las causas que amparan el descuelgue, la Reforma Laboral de 2012 ha supuesto un aligeramiento de sus exigencias causales, al desaparecer el requerimiento, contenido en otras versiones anteriores del texto, de que se justifique que la aplicación del convenio pudiera suponer unos daños a la estabilidad económica de la empresa o afectar al mantenimiento del empleo. Por lo demás, el precepto estatutario dispone que el descuelgue puede llevarse a cabo cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas y de producción; causas, por otra parte, comunes en otras medidas de flexibilidad interna (modificación sustancial de las condiciones de trabajo y movilidad geográfica) y externa (despidos colectivos). De esta manera, se amplía considerablemente la capacidad empresarial para poder poner en marcha una modificación de condiciones de trabajo establecida en convenio, pues tradicionalmente el descuelgue solo se anudaba a la causa económica. El legislador se encarga de enunciar cuándo concurren dichas causas, siendo más prolijo en relación a la causa

[13] Roldán Martínez, a. Alarcón Castellanos, Mª. del M.: "El `descuelgue´ salarial y el concepto de convenio colectivo aplicable", Nueva revista española de derecho del trabajo núm. 176, 2015, pp. 257. En el mismo sentido, la STS de 23 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10712).

[14] San Martín Mazzucconi, C.: "Flexibilidad interna e inseguridad jurídica: disfunciones del régimen legal que desincentivan el uso de esta herramienta", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, (363), 2013 pp. 83-104.

[15] Sanguineti Raymond: "La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva", p. 5.

económica. Como evidente signo de flexibilización del régimen jurídico del mecanismo de descuelgue y debilitamiento causal, el legislador declara que la concurrencia de la causa se presume si existe acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores[16]. No obstante, aunque el legislador haya ampliado las causas de descuelgue omitiendo ciertas precisiones, resulta obvio que el empresario tendrá que justificar la conexión entre la causa y la medida[17].

La Reforma Laboral de 2012, por otra parte, ha incrementado notablemente el ámbito del tradicionalmente conocido como descuelgue, que se limitaba a la materia retributiva. Ahora, se importa del artículo 41 ET la lista de materias modificables (descolgables), añadiendo las mejoras voluntarias de la Seguridad Social[18]. Su extensión a otras materias se planteó por las instancias empresariales como un instrumento de flexibilidad interna que permitiría efectuar una gestión adaptada a las condiciones de cada organización empresarial. La redacción actual responde a este espíritu e incluye entre las materias susceptibles de descuelgue (lista cerrada, por contraposición a la lista abierta del artículo 41 ET[19]): la jornada de trabajo, el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo por turno, el sistema de remuneración y cuantía salarial, el sistema de trabajo y rendimiento, las funciones (cuando excedan de los límites previstos en el artículo 39 ET para la movilidad laboral) y las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. No obstante lo anterior, las estadísticas revelan que la mayor parte de los descuelgues siguen comportando pactos de reducción salarial (un 66,6 % de las inaplicaciones afectaron a la cuantía salarial en 2013 y un 62 % en 2014, teniendo en cuenta las inaplicaciones depositadas hasta julio de 2014; y si a ellas sumamos las relativas a cuantía salarial y sistema de remuneración, el porcentaje se eleva al 77 % en 2013 un 77,2 % en 2014), también se aprecia un porcentaje importante de inaplicaciones que se traducen en cambios en el régimen del tiempo de trabajo (un

[16] Gorelli Hernández, J.: "El descuelgue de condiciones del convenio colectivo estatutario", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo Volumen 1, núm. 1, enero-marzo de 2013, p. 6.

[17] Escudero Rodríguez, R.: "El RDley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva", Escudero Rodríguez, R. (coord.): *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, 2012, p. 38.

[18] San Martín Mazzucconi: "Flexibilidad interna e inseguridad jurídica: disfunciones del régimen legal que desincentivan el uso de esta herramienta", pp. 83-104.

[19] Castro Argüelles: "Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo", p. 375.

3,5 % de inaplicaciones en 2013 y 6,1 % de las depositadas hasta julio de 2014 afectaron a cuantía salarial y jornada de trabajo)[20].

La referida relación de materias se completa con una limitación o prohibición: el acuerdo de inaplicación de las condiciones laborales no puede dar lugar al incumplimiento de las obligaciones convencionales relativas a la eliminación de discriminaciones por razón de género o a las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad de la empresa.

En cuanto al procedimiento, como portal de entrada debe señalarse que la inaplicación del convenio no es una potestad soberana del empresario, puesto que éste debe consultar previamente a los representantes con vistas a alcanzar un acuerdo[21]. En este punto, el precepto estatutario se remite al artículo 41.4 ET, lo que evidencia las íntimas relaciones entre descuelgue y modificación sustancial de las condiciones de trabajo[22].

El legislador parte del acuerdo como presupuesto del descuelgue, y éste debe determinar las nuevas condiciones que resultarán aplicables como consecuencia de la inaplicación en la empresa del régimen previsto en el convenio colectivo de sector o de empresa. El descuelgue no puede producir un vacío de regulación respecto a las condiciones laborales cuya inaplicabilidad se acuerde y debe estar vinculado a la vigencia del convenio colectivo que deroga parcialmente[23]. En este sentido, existe ya una consolidada doctrina jurisprudencial[24] que niega el carácter retroactivo del descuelgue. En efecto, señala el Tribunal Supremo que un acuerdo novatorio como es el de descuelgue no es un convenio colectivo negociado con plena libertad y autonomía que fije su vigencia, cual requieren y autorizan los artículos 85.3 a) y 86.1 ET, sino que es un simple acuerdo por el que se concierta la inaplicación del ciertas condiciones del convenio colectivo de aplicación, lo que comporta que los efectos temporales del acuerdo, su vigencia, sea distinta por existir limitaciones que los negociadores

[20] Cruz Villalón, (dir.): *La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva,* pp. 36 y ss.

[21] SAN de 19 de junio de 2013.

[22] Gorelli Hernández, J.: "El descuelgue del convenio colectivo estatutario", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,* núm. 34, 2013, p. 23.

[23] STSJ de Navarra, de 5 de julio de 2013 (AS 2013,117) y STSJ de Madrid, de 14 de diciembre de 2012 (AS 2013, 1033) y de 11 de octubre de 2005, rec. 24/2005. Sobre este aspecto, vid. las reflexiones de Castro Argüelles: "Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo", pp. 402 y ss.

[24] SSTS de 7 de julio de 2015 (rec. 206/2014); de 16 de septiembre de 2015 (rec. 110/2014) y de 23 de diciembre de 2015 (rec. 28/2015).

de ese pacto deben respetar, no pudiendo fijar una vigencia diferente a la que resulta de la aplicación del convenio que se modifica en parte.

El periodo de consultas -que habrá de llevarse a cabo conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET- es una manifestación del carácter finalista de la negociación colectiva. El empresario debe proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente para que las consultas alcancen su finalidad. Las partes disponen de un periodo no superior a quince días para tratar las causas que motivan el descuelgue, la posibilidad de evitar sus efectos, así como las medidas que deben adoptarse para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados[25]. La negociación es un intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre empresario y los representantes de los trabajadores sobre la propuesta empresarial y las alternativas que permitan evitarla, reducirla o atenuar sus consecuencias[26]. Por ello, debe estar presidida por la buena fe[27], existiendo una obligación informativa y documental por parte del empresario, que tendrá que acreditar las causas del descuelgue[28]. El posible acuerdo resultante tendrá carácter normativo y eficacia personal *erga omnes*[29] y, al igual que el convenio que modifica, será expresión del derecho a la negociación colectiva.

El ET prevé que, en ausencia de representantes legales de los trabajadores, estos últimos atribuyan su representación a una comisión designada al efecto (integrada por hasta tres trabajadores de la empresa elegidos democráticamente por sus compañeros o por una comisión compuesta por hasta tres miembros designados por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo, a elección de los propios trabajadores) en el plazo de cinco días desde que se inició el período de consultas. El principal problema que plantea la creación de esta comisión, más allá de las presiones que pueda recibir por parte de la empresa, es que, careciendo de legitimación para negociar un

[25] Castro Argüelles: "Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo", p. 388.

[26] SAN de 19 de junio de 2013.

[27] Vid. en este sentido, la SAN 219/2013, de 9 de diciembre de 2013, FJ 4, en el caso Air Europa, que a su vez trae a colación la STS, Sala 4ª, de 1 de marzo de 2001 (rec. núm. 2019/200), seguida de forma reiterada, entre otras, en la STS, Sala 4ª, de 21 de octubre de 2010, rec. núm. 198/2009. Vid. Marcos González, J. I.: "El nuevo procedimiento de terminación de los bloqueos en los descuelgues de convenios: ¿De verdad es efectiva la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos?, *Diálogos de jurisprudencia, RTSS. CEF,* núm. 371, febrero de 2014, pp. 1-4.

[28] Vid. la STSJ de Madrid de 14 de diciembre de 2012 (rec. 59/2012).

[29] Gorelli Hernández, J.: "El descuelgue de condiciones del convenio colectivo estatutario", p. 7.

convenio colectivo, puede decidir su inaplicación y la sustitución de parte de su contenido[30] (y ello, aunque actúe bajo el control de la CCNCC).

Cuando la falta de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores produce un bloqueo en el proceso de negociación, se establece una sucesión de mecanismos dirigidos a conseguir que las partes alcancen un pacto.

La primera instancia para solucionar las discrepancias es la comisión paritaria del propio convenio que se pretende inaplicar. La comisión dispone de siete días para resolver a contar desde que se plantea la discrepancia. El artículo 85.3 ET, relativo al contenido mínimo de convenio colectivo, señala que éste habrá de expresar "los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir" en el descuelgue. Por lo tanto, habrá que estar al procedimiento que se recoja en el mismo.

Si no se ha solicitado la intervención del convenio o, solicitada ésta, no se hubiese alcanzado un acuerdo, las partes pueden recurrir a los procedimientos previstos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico. Y estos pueden incluir el compromiso de exigir la obligatoriedad del arbitraje. En este caso, el laudo resultante tendrá los mismos efectos que los acuerdos alcanzados en período de consultas.

Finalmente, de no alcanzarse el acuerdo por ninguno de los procedimientos que se han indicado, "cualquiera de las partes" ("elusión del *nomen* de la única parte contractual que en la realidad adoptará esa iniciativa": el empresario[31]) podrá someter la solución de la discrepancia a la CCNCC o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas. El fallo que se adopte en el seno de estos órganos o por un árbitro designado por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, se dictará en un plazo no superior a veinticinco días desde la fecha que se haya acudido al arbitraje obligatorio.

El estudio publicado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social de 2014 reveló que la mayoría de los descuelgues que se llevaron a cabo en el periodo 2012-2014 se produjeron a resultas de un acuerdo entre las partes (2.279 de las 2.512 en 2013; 1.501 de las 1.532 depositadas hasta julio de 2014, lo que representa un 90,7 % y un 98 %, respectivamente del total), por lo que la intervención de la CCNCC y órganos similares de las CCAA es muy reducida a estos efectos[32.] La decisión de estos órganos se equiparará al acuerdo de empresa

[30] Gorelli Hernández, J.: "El descuelgue de condiciones del convenio colectivo estatutario", p. 10.

[31] Vid. en este sentido, el voto particular que formula Fernando Valdés Dal-Ré en la STC 119/2014, de 8 de 16 de julio, al que se adhieren Doña Adela Asua Batarrita y Don Luis Ignacio Ortega Álvarez (II.B.7).

[32] Cruz Villalón: *La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva,* p. 36 y ss.

durante el periodo de consultas, por lo que tendrán la misma eficacia personal *erga omnes* que el convenio colectivo estatutario y, por sus propias características, una eficacia jurídica normativa[33].

3. La posible inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio

La redacción del artículo 82.3 ET permite diferenciar tres tipos de arbitraje: 1) el arbitraje voluntario, decidido por las partes en conflicto una vez constatada la falta de acuerdo tras el periodo de consultas o en sustitución del mismo; 2) el arbitraje predeterminado por la autonomía colectiva, que tiene su origen en el propio convenio colectivo; y 3) el arbitraje obligatorio, *ope legis,* como cierre del procedimiento de descuelgue[34]. En nuestro caso, nos referiremos a este último por las dudas que ha planteado su constitucionalidad.

Como se viene insistiendo, la nueva regulación del descuelgue exige acuerdo entre las partes para proceder a la inaplicación convencional. De no alcanzarse, estas pueden someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio, a un arbitraje o, en última instancia, tendrán que sujetarse a la decisión de la CCNCC o sus equivalentes de ámbito autonómico. Por lo tanto, el sistema de descuelgue culmina con un arbitraje obligatorio que, en condiciones normales, se producirá a instancias del empresario.

El Tribunal Constitucional ya había tenido ocasión de pronunciarse en anteriores ocasiones sobre la exigencia de un arbitraje obligatorio. Así, en la STC 11/1981, de 8 de abril, dictada con motivo del enjuiciamiento de una norma que imponía un arbitraje obligatorio ante conflictos planteados para modificar las condiciones de trabajo a raíz del fracaso de las negociaciones del convenio colectivo, se señala, en orden a su eventual admisión, que su justificación "puede hallarse en el daño que el puro juego de las voluntades particulares y las situaciones que de él deriven, puede irrogar a los intereses generales (FFJJ 19 y 24)". Conforme a este pronunciamiento, cabe apreciar la justificación constitucional para la designación del árbitro obligatorio cuando concurran circunstancias excepcionales y el árbitro ofrezca garantías de imparcialidad[35].

En el supuesto concreto que nos ocupa, se planteó si el arbitraje *ope legis* que cierra el procedimiento de descuelgue reunía los requisitos para poder afir-

[33] Vivero Serrano: "El arbitraje al servicio del interés empresarial…", pp. 28-29.

[34] Vivero Serrano: "El arbitraje al servicio del interés empresarial…", pp. 25-27.

[35] Sobre el arbitraje obligatorio, vid. Vivero Serrano: "El arbitraje al servicio del interés empresarial…", pp. 36 y ss., que pone de manifiesto la similitud entre el arbitraje *ope legis* previsto en el artículo 82.3 ET y el que se recogía en el Real Decreto Ley 17/1977 y en el Real Decreto Ley 7/2011.

mar su constitucionalidad[36]. El recurso de inconstitucionalidad nº 5603-2012, presentado por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, y el nº 5610-2012, interpuesto por Diputados del Grupo Parlamentario Socialista, Grupo Parlamentario la Izquierda Plural [Izquierda Unida (IU), Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa (ICV-EUiA) y Chunta Aragonesista (CHA), ponen en duda la compatibilidad del artículo 82.3 ET con el reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos (artículo 37.1 CE), la libertad sindical (artículo 28.1 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Aunque las SSTC 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero, que resuelven -respectivamente- los referidos recursos, respaldan la Reforma Laboral de 2012 y se manifiestan a favor de la constitucionalidad del artículo 82.3 ET, el voto particular que en cada una de ellas introduce Fernando Valdés Dal-Ré[37], deja abierto el debate.

3.1. La fuerza vinculante de los convenios colectivos

El artículo 37.1 CE dispone: "La Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios". Este precepto refuerza el principio del *pacta sunt servanda* de los convenios colectivos, elevando a rango constitucional lo que es una regla para el resto de los contratos privados.

En los recursos de inconstitucionalidad nº 5603-2012 y nº 5610-2012, se sostiene que el mecanismo arbitral público y obligatorio previsto en el artículo 82.3 ET para desbloquear la falta de acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores con respecto a un posible descuelgue es incompatible con la fuerza vinculante de los convenios, vulnerando el derecho a la negociación colectiva[38]. La regulación prevista en este precepto basa la intervención arbitral en la iniciativa unilateral de una de las partes (normalmente,

[36] Cruz Villalón, J.: "El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva", *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, p. 278.

[37] Vid. en este sentido, el voto particular que formula Fernando Valdés Dal-Ré en la STC 119/2014, de 8 de 16 de julio (II.B). Vid., posteriormente, el voto que formula en la STC 8/2015, de 22 de enero (apartado Segundo), que coincide con el anterior. No de resultar extraño este voto particular si tenemos en cuenta sus trabajos anteriores: Valdés dal-Ré, F.: "El modelo español de negociación colectiva (I) y (II)", *RL*, 2006 I, pp. 101 y ss. y, del mismo autor, "Eficacia jurídica de los convenios colectivos en el sistema español de relaciones laborales: la perspectiva constitucional (I) y (II)", *RL*, 2005 II, pp. 71 y ss. Vid. en un sentido parecido, pero de forma más moderada, Vivero Serrano: "El arbitraje al servicio del interés empresarial…", pp. 38 y ss.

[38] En el escrito de demanda se cita en este sentido la STC 11/1981, donde se rechazó la admisibilidad de un arbitraje forzoso para la modificación de las condiciones de trabajo por menoscabar dichos derechos.

el empresario), por lo que estaría ignorando el *pacta sunt servanda* de los convenios colectivos, que se basa en el libre consentimiento de las partes. A ello se añade que el arbitraje se estaría encomendando a un órgano de carácter público, cuya decisión operaría al margen de la autonomía negocial de las partes[39]. La atribución de potestades decisorias a la CCNCC[40] y a los correspondientes órganos autonómicos, imponiendo un arbitraje obligatorio de carácter público, rompería "los mimbres de la constitucionalidad"[41].

A favor de la constitucionalidad del artículo 82.3 ET, se argumenta que el artículo 37 CE no consagra el derecho a la negociación colectiva en términos tales que ningún otro instrumento pueda suplirlo a la hora de alcanzar la normativa laboral. Ningún derecho constitucional es absoluto. Por lo que cabe establecer ciertos límites o condicionamientos a la fuerza vinculante de lo pactado en convenio colectivo. La excepcionalidad del arbitraje vendría determinada por distintas circunstancias: una de carácter general, la crisis económica, que exigiría un esfuerzo en defensa de la viabilidad y la productividad de las empresas; y otras de carácter particular, derivadas de la situación de bloqueo negociador. El referido precepto constitucional reconoce el derecho a la negociación colectiva (cuya garantía encomienda al legislador), señala quiénes son sus titulares (los representantes de los trabajadores y empresarios) y establece la eficacia del resultado de la actividad negocial (fuerza vinculante de los convenios)[42]. De lo que se deriva que el legislador dispone de un amplio margen de libertad para configurar el derecho a la negociación colectiva, sin que dicha libertad tenga un carácter absoluto: concreta y desarrolla este derecho[43]; establece restricciones a la fuerza vinculante de los convenios colectivos para "proteger o preservar

[39] STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 4.

[40] Así lo confirma la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: "La última reforma del mercado de trabajo pretendió hacer más viable la posibilidad del descuelgue, pero, a la luz de los datos de 2011, en un contexto de agravamiento de la crisis económica, no parece que se haya avanzado significativamente en este terreno. La norma estatal no ha garantizado el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo. Por ello, en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, el presente real decreto-ley incorpora una modificación del régimen del descuelgue para que, ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes se sometan a un arbitraje canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas. Se trata, en todo caso, de órganos tripartitos, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración cuya intervención se justifica también en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española".

[41] Escudero Rodríguez: "El Real decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva", p. 47.

[42] STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 4, que recoge la postura de la Abogacía del Estado.

[43] STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 3.

otros derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes"[44]; y puede "excluir determinadas materias de la negociación colectiva y establecer la sujeción de la negociación colectiva a las normas legales imperativas"[45].

En este sentido, en las referidas sentencias del Tribunal Constitucional se resuelve que la restricción de la fuerza vinculante del convenio colectivo derivada del artículo 82.3 ET está justificada, por su finalidad, y es razonable y proporcionada. La finalidad de la intervención de la CCNCC o del órgano autonómico equivalente no es otra que posibilitar "la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias adversas que concurran en una empresa, sobrevenidas después de la aprobación del convenio" ante el riesgo de que el mantenimiento de esas condiciones "pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa y, con ello, el empleo". Es decir, "facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo" en un contexto de crisis económica "muy grave"[46]. El arbitraje obligatorio constituye una medida razonable y proporcionada, puesto que el descuelgue está sujeto a límites causales (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción); restricciones materiales (solo se permite con respecto a las materias previstas en el artículo 82.3 ET); límites temporales (su duración no puede ir más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio); y tiene carácter subsidiario (la inaplicación del convenio por decisiones de la CCNCC o de los órganos autonómicos correspondientes sólo se admite para el supuesto de que fracasen los sucesivos cauces previstos en la norma). Además, se añade que la CCNCC es un órgano integrado por representantes de Administración, empresa y sindicatos, que, pese a estar adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, no forma parte de su estructura jerárquica y ejerce sus competencias con independencia y autonomía funcional, por lo que sus decisiones están sometidas a control judicial[47].

Las SSTC 119/2014 y 8/2015, de 22 de enero, se apartan de la doctrina contenida en la STC 11/1981, de 8 de abril, que consideraba excepcional el re-

[44] Vid. STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 24.

[45] SSTC 48/1985; FJ 3; 177/1988, FJ 4; 210/1990, FJ 2; y 62/2001, FJ 3.

[46] Vid. la STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 4. En este mismo sentido, la STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 5.

[47] Las diferencias entre la STC de 16 de julio de 2014 y la STC 11/1981, son sustanciales. Esta última se dictó en relación con un arbitraje público obligatorio como medio de resolución de los conflictos laborales (arts. 25 b) y 26 del Real Decreto-ley 17/1977) y en ella "se declara la inconstitucionalidad de los laudos de obligado cumplimiento de la autoridad administrativa laboral que la norma contemplaba como mecanismo de solución de los conflictos de intereses, por considerarlos contrarios al derecho de negociación colectiva (art. 37.1 CE). En dicha sentencia se señala que los cuestionados laudos arbitrales no constituían en puridad un genuino

curso al arbitraje obligatorio, justificable únicamente si se verificaba un daño de especial entidad a los intereses generales y siempre a tenor de las circunstancias concurrentes en cada caso[48]. El artículo 82.3 ET no es un precepto "excepcional", aplicable a supuestos puntuales. Las causas que pueden propiciar el descuelgue (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción) tienen un carácter general. Si el negocio va bien, lo normal es que el empresario quiera contratar más gente, si va mal... En este sentido, tampoco se ve la excepcionalidad del ámbito de aplicación. La norma afecta a los aspectos clave de cualquier negociación colectiva (salario, jornada laboral…) y no tiene un horizonte temporal delimitado (no es una norma de emergencia o de derecho transitorio, se aprueba *sine die*)[49].

El que se traiga a colación como argumento para justificar la legitimidad de la medida legal la defensa de "intereses constitucionales vinculados a la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial la productividad"[50], ha sido objeto de crítica en el voto particular de Fernando Valdés Dal-Ré[51], que considera que no estamos en presencia de intereses constitucionalmente protegidos, sino "de matriz exquisitamente privada" que, en ningún caso, pueden proyectar restricciones sobre el derecho consagrado en el artículo 37.1 CE[52]. En

arbitraje, puesto que eran públicos y obligatorios (se trata de un supuesto de "sumisión a una decisión de un órgano administrativo") y, aunque se tratará de un verdadero arbitraje, no concurrían los elementos justificativos de las restricciones a las que puede someterse el derecho de negociación colectiva (STC 11/1981, FFJJ 19 y 24). Asimismo, el arbitraje de la autoridad laboral objeto de la STC 11/1981 se preveía ante cualquier pretensión de modificación de las condiciones de trabajo -singularmente ante el fracaso de la negociación colectiva-, sin requerir la concurrencia de causas concretas que justificaran la medida y sin establecer límites materiales. Por motivos similares, tampoco se considera equiparable el supuesto del artículo 82.3 ET con el que se examinó en la STC 92/1992, de 11 de junio, con relación al artículo 41.1 LET, que reconoce a la autoridad laboral la facultad de aprobar modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo en caso de concurrencia de determinadas causas técnicas, organizativas o productivas. En esta sentencia se indica que "la sujeción del convenio colectivo al poder normativo del Estado, constitucionalmente legítima, no implica ni permite la existencia de decisiones administrativas que autoricen la dispensa o inaplicación singular de disposiciones contenidas en convenios colectivos, lo que no sólo sería desconocer la eficacia vinculante del convenio colectivo, sino incluso los principios garantizados en el art. 9.3 CE" (FJ 4).

[48] Vid. el voto particular de Fernando Valdés Dal-Ré, a la STC 199/2014, de 16 de julio VP II.B.7.

[49] Vivero Serrano: "El arbitraje al servicio del interés empresarial…", p. 42.

[50] STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 5.A.

[51] Vid. en este sentido, el voto particular que formula Fernando Valdés Dal-Ré en la STC 119/2014, de 8 de 16 de julio (II.B). Vid., posteriormente, el voto que formula en la STC 8/2015, de 22 de enero (apartado Segundo), que coincide con el anterior. No de resultar extraño este voto particular si tenemos en cuenta sus trabajos anteriores: Valdés dal-Ré, F.: "El modelo español de negociación colectiva (I) y (II)", *RL*, 2006 I, pp. 101 y ss. y, del mismo autor, "Eficacia jurídica de los convenios colectivos en el sistema español de relaciones laborales: la perspectiva constitucional (I) y (II)", *RL*, 2005 II, pp. 71 y ss. Vid. en un sentido parecido, de forma más moderada, Vivero Serrano: "El arbitraje al servicio del interés empresarial…", pp. 38 y ss.

[52] STC 119/2014, de 16 de julio, VP II.B.3.

otras palabras, no sería compatible con nuestro modelo constitucional convertir todo conflicto laboral en un problema público que permita formas acusadas de intervencionismo"[53].

Como acierta a recordar el propio Tribunal Constitucional, "la negociación colectiva no es una facultad derivada de la ley, sino que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional"[54]. Siendo este el punto de partida, no se entiende porque las dos sentencias que analizan la constitucionalidad del artículo 82.3 ET afirman que el derecho a la negociación colectiva es de "configuración legal"[55] y, en lugar de emplear el canon del respeto de la limitación establecida al contenido del derecho esencial, acuden de forma alternativa (y no complementaria) al canon de proporcionalidad que, en el caso que nos ocupa, se convierte en un canon de estricta legalidad[56] que remite al derecho a la libre empresa.

En la STC 119/2014, de 22 de julio se justifica la redacción del artículo 82.3 ET en atención a criterios económicos y de mercado, ponderando el derecho a la negociación colectiva con el derecho a la libre empresa (artículo 38 CE). Sin embargo, como se indica en el voto particular, el derecho a la libre empresa se proyecta sobre "las reglas de ordenación de la economía de mercado" y no sobre "las fuentes del derecho laboral", el "patrimonio jurídico de los trabajadores" o "los límites del legislador laboral al incidir en derechos fundamentales de los trabajadores y sus organizaciones". Cuando una norma laboral tiene una finalidad mercantil, y privilegia el derecho a la libre empresa frente al derecho a una negociación colectiva de garantías, resulta cuando menos dudosa su razonabilidad y su proporcionalidad[57]. No parece de recibo que se sitúe la justificación objetiva del arbitraje obligatorio como cierre del procedimiento de descuelgue por "intereses constitucionales vinculados a la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo".

[53] Correa Carrasco, M.: "Los límites de la intervención legal en la configuración del modelo de negociación colectiva (Consideraciones en torno a la STC de 16 de julio de 2014)", *Relaciones Laborales*, núm. 11 (2014), en http://laleylaboral.laley.es.

[54] STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 4.A.

[55] Vid. en este sentido, el voto particular que formula Fernando Valdés Dal-Ré en la STC 119/2014, de 8 de 16 de julio, VP II.B. Vid., posteriormente, el voto que formula en la STC 8/2015, de 22 de enero (apartado Segundo), que coincide con el anterior.

[56] Vid. en este sentido, el voto particular que formula Fernando Valdés Dal-Ré en la STC 119/2014, de 8 de 16 de julio, VP II.B.

[57] Vid. en este sentido, el voto particular que formula Fernando Valdés Dal-Ré en la STC 119/2014, de 8 de 16 de julio, VP II.B.

Como se indica en el voto particular de la STC 8/2015, de 22 de 22 de enero: "El límite de los límites de los derechos constitucionales debe ser, así pues, único y uniforme, al margen y con independencia del contexto económico, debiendo mantenerse inalterable a resultas del ciclo económico"[58]. En este mismo sentido, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha señalado que: "las medidas que pretenden consolidar las finanzas públicas, asegurar la viabilidad de los regímenes de pensiones de jubilación o incentivar el empleo podrían estimarse legítimas en tiempos de crisis económica, pero 'no deben traducirse mediante una reducción de los derechos reconocidos en la Carta'"[59].

El carácter obligatorio del arbitraje a falta de acuerdo sobre el descuelgue puede llegar a deteriorar las relaciones entre el empresario y los trabajadores. No es una regla subsidiaria, es una norma de cierre que ofrece al empresario ("cualquiera de las partes" = el empresario) una salida rápida y unilateral en caso de conflicto con el trabajador; y solo puede explicarse como una manifestación en el ámbito de la negociación colectiva de la progresiva mercantilización de los derechos de los trabajadores.

Lo de menos en este caso es la regulación organizativa y de funcionamiento de la CCNCC y de los órganos autonómicos equivalente (ampliamente tratada en la STC 119/2014). Aunque todos ellos tienen una indiscutible naturaleza pública (no entran el catálogo de organismos administrativos, pero su creación, su financiación y sus funciones son públicas), esa cuestión pasa a un plano secundario cuando lo que está en juego es el derecho a la negociación colectiva. Como se pone de manifiesto en el referido voto particular a la STC 119/2014: "El órgano decisor es la herramienta o el instrumento del que el legislador se vale para articular su concreta opción política, consistente en zanjar de manera imperativa las legítimas discrepancias que hubieren podido aparecer en el curso de la negociación dirigida al 'descuelgue'"[60].

3.2. La libertad sindical

La lesión de la fuerza vinculante de los convenios colectivos podría afectar a la libertad sindical desde dos perspectivas distintas. En primer lugar, com-

[58] Vid. en este sentido, el voto particular que formula Fernando Valdés Dal-Ré en la STC 119/2014, de 8 de 16 de julio. Vid., posteriormente, el voto que formula en la STC 8/2015, de 22 de enero (apartado Segundo), que coincide con el anterior.

[59] CEDS, Conclusions XX-3 (2014), (Espagne), Javier 2015, comentario al art. 6, p. 26 de la versión francesa, citadas en el voto particular a la STC 8/2015, de 22 de enero.

[60] Vid. en este sentido, el voto particular que formula Fernando Valdés Dal-Ré en la STC 119/2014, de 8 de 16 de julio, II.B.4.

prometería el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y, por ende, a la libertad sindical (artículo 28.1 CE), que forma parte del mismo. Y, en segundo lugar, atacaría directamente al contenido esencial de esta última, puesto que las organizaciones sindicales son quienes, directa o indirectamente, negocian los convenios colectivos.

En las SSTC 119/2014 y 8/2015 se indica que los artículos 7, 28.1 y 37.1 CE no imponen al legislador estatutario como única opción la regulación de convenios colectivos, ni obligan a establecer una estructura centralizada de negociación colectiva; y se realiza una remisión a los criterios de ponderación que justifican la medida con respecto a la supuesta lesión de la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Sin embargo, sí se pone en duda la lesión del derecho a la negociación colectiva, podría entenderse afectado -aunque sea de forma indirecta- el contenido esencial de la libertad sindical. El cierre del procedimiento de descuelgue previsto en el artículo 82.3 ET (arbitraje obligatorio) podría tener "como consecuencia intencionadamente pretendida, la correlativa minoración del alcance y de la efectividad de la negociación colectiva y, por ende, del poder de los sindicatos y de los representantes unitarios de los trabajadores en la empresa"[61].

3.3. La tutela judicial efectiva

De acuerdo con la doctrina del TC, el arbitraje obligatorio no resulta conforme al derecho a la tutela judicial efectiva cuando el control judicial sobre el laudo se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar al fondo del asunto[62]. Los referidos recursos de inconstitucionalidad plantean la posible lesión de este derecho[63]. Se argumenta que el tratamiento que la Ley da a la impugnación de las decisiones arbitrales impide al legislador controlar el fondo del asunto, dado que se contemplan motivos tasados de impugnación entre los que no se incluye el motivo de la concurrencia del hecho causal de la

[61] Escudero Rodríguez: "El Real decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva", p. 16.

[62] SSTC 174/1995 de 23 de noviembre, FJ 3; 75/1996, de 30 de abril, FJ 2.

[63] Vivero Serrano: "El arbitraje al servicio del interés empresarial…", p. 45, se plantea la posible lesión de este derecho a efectos meramente dialécticos, puesto que el artículo 82.3 ET no estable límites específicos en este sentido.

inaplicación y alteración del convenio, así como la pertinencia y coherencia de las modificaciones introducidas con la finalidad perseguida por el descuelgue[64].

El Tribunal Constitucional resuelve que no se producirá la contravención del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando se interprete lo establecido en la ley en el sentido de que cabe un "control judicial pleno" sobre la decisión de la CCNCC u órgano autonómico equivalente y que ese control incluya "la concurrencia de las causas y la adecuación a ellas de las medidas adoptadas". No parece, por tanto, que se produzca una lesión de este derecho. La decisión arbitral que se adopte por la CCNCC u órgano autonómico similar "tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en el periodo de consultas" y será recurrible en pie de igualdad con los acuerdos con los empresarios y representantes de los trabajadores y con las decisiones basadas en la autonomía colectiva, permitiéndose un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. El arbitraje obligatorio resulta compatible con el derecho reconocido en el artículo 24.1 CE "cuando el control judicial a realizar por los tribunales ordinarios no se restringe a un juicio externo, sino que alcanza también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión" [65].

[64] STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 5.B; y STC 8/2015, de 22 de enero, FJ 5.

[65] STC 119/2014, de 16 de julio, en el antecedente 7º.

INCENTIVOS ECONÓMICOS COMO HERRAMIENTA DE FOMENTO DE EMPLEO EN EL CONTRATO DE TRABAJO DE APOYO A EMPRENDEDORES

Ana I. Pérez Campos [1]

I. INTRODUCCIÓN

Las últimas reformas laborales en España en materia de contratación han estado presididas por la finalidad declarada de fomentar el empleo y, al mismo tiempo, reducir la dualidad y segmentación del mercado de trabajo, ante la alta tasa de temporalidad existente en nuestro país. La reforma de 2012 no ha operado una modificación absoluta de la contratación laboral; al contrario, ha incidido sobre algunos contratos que, desde la posición político-jurídica del legislador, pueden contribuir a la creación de empleo y favorecer la ocupación, una vez más, a través de técnica de fomento e incentivo económico.

El hecho de que el empleo se haya convertido en el eje central de la política económica de las últimas décadas ha provocado una profusión legislativa en materia de bonificaciones/reducciones que ha llegado a constituir una autentica maraña de normas, a la que no son ajenas las últimas reformas laborales. No obstante, lo cierto es que desde la reforma laboral 2010 cabe observar una

[1] Prof. Titular de Derecho del Trabajo de Universidad Rey Juan Carlos. Madrid

leve tendencia hacia la racionalización del uso de la técnica de la bonificación/reducción todo sea debido a que, sus muchos años de aplicación, han demostrado que un cuadro excesivamente complejo y amplio reduce su efecto sobre la decisión del empresario, respecto al perfil que haya de reunir la persona con la que celebrar un contrato de trabajo[2].

Tradicionalmente, la elaboración del cuadro de bonificaciones ha resultado extremadamente confusa, pues, como se ha señalado, el legislador ha ido superponiendo disposiciones y previsiones parcialmente vigentes, fenómeno que, desde luego, no ha contribuido a su mejor difusión y, por tanto, aplicación. Así, el Preámbulo de la Ley 3/2012 establece también como objetivo de la reforma laboral la racionalización del sistema de bonificaciones para la contratación indefinida, ya que se considera que su "práctica generalización ha limitado gravemente su eficiencia".

Para cumplir el objetivo de integración laboral de colectivos desfavorecidos se vienen utilizando un conjunto variado de técnicas basadas fundamentalmente en el incentivo o estímulo del empleo de estos sujetos.

Dentro de estas medidas de actuación pública, las de carácter económico adquieren el absoluto protagonismo. Así, las más usuales en nuestro ordenamiento han sido las medidas de incentivo económico-financiero, fundamentalmente las consistentes en bonificaciones o exenciones de las cuotas a la Seguridad Social: reduciendo un porcentaje variable según los colectivos, o incluso excluyendo el pago de las cotizaciones sociales a cargo del empresario por cada trabajador contratado. Junto a ellas, también se han utilizado medidas de fomento fiscal del empleo, mediante deducciones, desgravaciones o exenciones fiscales.

Las bonificaciones y reducciones de cuotas a la seguridad social están sólidamente integradas en el conjunto de las políticas activas de empleo. Aceptando la existencia de tres ejes dentro de la política activa de empleo (colocación o intermediación, formación y fomento del empleo), la gran mayoría de las bonificaciones/reducciones previstas responden al objetivo de favorecer de manera selectiva el empleo de colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, si bien, en determinados supuestos, prevalece el objetivo formativo (reducciones en el contrato de formación y aprendizaje) o el de la intermediación (bonificaciones establecidas por sectores de actividad)[3] .

[2] MOLINA HERMOSILLA, O.: "Contratación temporal y medidas de fomento del empleo", en *AA:VV Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, (Dir. J.L. Monereo Pérez) Edit. Comares, Granada, 2010, págs. 465 y ss. MORENO VIDA, Mª N., "La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad". *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 34, 2013.

[3] PINEDA, *Bonificaciones en la contratación y fomento del empleo*, Tirant lo Blanch, Valen-

La ley 3/2012 establece una serie de beneficios fiscales y bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social en aras a incentivar el uso del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, y cuya aplicación queda condicionada al cumplimiento de dos obligaciones relacionadas con el mantenimiento del empleo. Y, es precisamente, este incentivo, lo que hace interesante esta modalidad contractual, puesto que no se caracteriza por otra circunstancia o ventaja para el empresario que la simple reducción de cuotas e incentivos de tipo fiscal. Es la primera vez en un contrato de fomento de empleo se establecen beneficios dirigidos al empresario tanto desde la vertiente de Seguridad Social, materializada en bonificaciones en la cotización, como en el ámbito fiscal, manifestado en la posibilidad de aplicar deducciones fiscales. Ambas posibilidades aparecen reguladas de forma independiente tanto en el contenido de los beneficios que otorgan como en las condiciones y limitaciones que exige cada una de ellas, pues las que afectan a las bonificaciones se regulan en el artículo 4 de la Ley 3/2012, mientras que las deducciones fiscales se regulan en el artículo 43 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), tal como prevé el apartado 4 del artículo 4 de la Ley 3/2012.

II. ANTECEDENTES

En el período bianual 2010-2012 han entrado en vigor tres normas básicas en la materia: la Ley 35/2010, cuyos efectos se prolongaron sobre los contratos celebrados hasta el 31 de diciembre de 2011; el RDLey 3/2012, que limita el ámbito de las bonificaciones/reducciones a la celebración del contrato de apoyo a emprendedores, y la Ley 3/2012, que introduce variaciones respecto al régimen previsto en su antecedente, en el sentido que se verá a continuación.

La Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, derogó las previsiones de la Ley 43/2006 relativas a las bonificaciones a la contratación indefinida y a tiempo completo de determinados colectivos y la transformación de contratos temporales (apartados 1 y 6 art. 2 Ley 43/2006), e introdujo una nueva regulación en el cuadro de bonificaciones a la contratación indefinida, con un doble objetivo. Por una parte, corregir la denominada "dualidad del mercado de trabajo español", esto es, la existencia de una visible tendencia a la celebración de contratos temporales para la cobertura de necesidades permanentes de mano de obra de las empresas y, por tanto, no causales.

cia, 2010, págs. 55 y ss. PALOMINO SAURINA, P., "Medidas de fomento de la contratación indefinida y para favorecer la creación de empleo recogidas en la L 3/2012, de 6 de julio", *Actualidad Laboral,* núm. 1, enero 2014, **(**LA LEY 10895/2013).

Y, por otra parte, contribuir a la reducción de las tasas de desempleo, en la medida en que, la empresa que pretendiera beneficiarse de dichas bonificaciones, había de acreditar un incremento del empleo fijo en la empresa[4] .

Para ello, la mencionada norma llevó a cabo una reorganización de algunas de las bonificaciones clásicas, esto es, las destinadas a la contratación indefinida de jóvenes y mayores de 45 años. Respecto a los primeros, bonificando únicamente el empleo de aquellos con especiales problemas de empleabilidad; y, respecto a los segundos, añadiendo el requisito de tratarse de parados de larga duración, esto es, los inscritos en la oficina de empleo al menos doce meses en los 18 anteriores a la contratación. Junto a lo anterior, el colectivo de mujeres dejó de tener un apartado específico para incrementarse la cuantía de la bonificación si se contrataba a mujeres jóvenes o mayores de 45 años, y desapareciendo algunas bonificaciones, como las relativas a contratación de parados de larga duración (menores de 45 años), o trabajadores beneficiarios de la prestación por desempleo[5].

Pero, sin duda, la principal novedad fue la relativa a la exigencia de que las nuevas contrataciones o transformaciones supusiesen un incremento del nivel de empleo fijo en la empresa, exigiendo la propia Ley 35/2010, que, para conservar la ayuda, el resultado había de ser inferior al número de contratados indefinidos existentes el día en que se celebra el contrato o la transformación, diferencia que habría de mantenerse, al menos, durante todo el tiempo de duración de la bonificación. Y, si se producía un incumplimiento, la ley preveía el reintegro de la bonificación, sin especificar si habría de ser de toda ella, o si la previsión sólo afectaba a la parte que restara desde el incumplimiento. El uso del verbo "reintegrar" y no de la expresión "dejar de disfrutar de las bonificaciones futuras", propició que la tendencia interpretativa se inclinase por entender aplicable la primera de las interpretaciones posibles, esto es, la restitución de la bonificación. Todo ello, con el objetivo de evitar el denominado "efecto sustitución", esto es, que las medidas, en vez de incrementar la contratación indefinida, propiciaran la sustitución de unos trabajadores por otros[6].

En definitiva, el sistema de bonificaciones se centraba no sólo en el con-

[4] En torno a estos incentivos, PÉREZ REY, J.: «El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva…», ob. cit.; p. 66 y GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I.: «La reforma laboral de 2012…», op. cit.; pág. 21.GUTIERREZ PÉREZ. M., "El fomento del empleo en España a través del contrato de apoyo a emprendedores: su origen, su reforma y su examen por la OIT", Revista latinoamericana de Derecho Social, México, núm. 21, 2015, págs. 61- 83.

[5] Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo.

[6] BAJO GARCÍA, I., "Incentivos económicos y fiscales a la creación y al mantenimiento del empleo", *Actualidad Laboral*, núm. 19, 2012 (LA LEY 17946/2012).

trato, sino también, y principalmente, en la figura del contratado, de manera que su objetivo era conseguir que los contratados indefinidos pertenecieran a un determinado colectivo con especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo, evitando, al mismo tiempo, el efecto sustitución.

El RDley 3/2012, por su parte, establecía -art. 4.5- medidas dirigidas a fomentar la contratación indefinida y creación de empleo, especialmente entre jóvenes y pymes (empresas de menos de 50 trabajadores), mediante la creación de una nueva modalidad de contrato indefinido para emprendedores y ´junto a ello la denominada "racionalización del sistema de bonificaciones a la contratación indefinida" en la medida en que dichos incentivos económicos se vinculan, únicamente, a la celebración de este contrato. En otros términos, se bonifica la contratación indefinida -únicamente a través del contrato de apoyo a emprendedores- de desempleados inscritos en la oficina de empleo que pertenezcan bien al colectivo de jóvenes entre 16 y 30 años, bien al de mayores de 45 años que, además, reúnan el requisito de tratarse de parados de larga duración, definidos como aquellos que hayan permanecido como demandantes de empleo al menos doce meses de los dieciocho anteriores a la contratación.

La citada norma hereda de la Ley 35/2010 la técnica de incrementar la cuantía de la bonificación en caso de contratar a mujeres, si bien incorporando la necesidad de que se trate de ocupaciones en las que se encuentren menos representadas, así como las exigencias relativas al mantenimiento del empleo, pero no con carácter general, sino específicamente el del propio trabajador cuya contratación, teóricamente indefinida, da pie a disfrutar de la bonificación, de manera que para la aplicación de los incentivos, exige que el empresario mantenga en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde el inicio de la relación laboral[7].

La Ley 3/2012 modifica esta regulación, si bien, por una parte, en su art. 4.5 elimina la necesidad de que los mayores de 45 años reúnan, a su vez, la condición de parados de larga duración para acceder a las bonificaciones, y, por otra parte, incorpora la obligación para la empresa de mantener el nivel de empleo alcanzado en la empresa con el propio contrato bonificado durante, al menos, un año desde la celebración del contrato.

La consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento del empleo, tanto concretas como generales, es el reintegro de los incentivos, sin que se precise, al igual que ocurría en la Ley 35/2010, si se trata de un

[7] FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "El contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores: un estudio comparativo con otras contrataciones de fomento de empleo", *Información laboral*, núm. 11, 2012, págs.6-20

reintegro total o parcial, si bien no se considera incumplimiento la extinción del contrato por despido procedente, dimisión, muerte, jubilación, o incapacidad. Listado éste que, procedente del RDLey 3/2012, se amplía significativamente en la Ley 3/2012, al incluir la posibilidad de considerar no incumplida la obligación cuando el trabajador haya sido despedido por causas objetivas. Por tanto, la empresa conservará el derecho a las bonificaciones aunque el trabajador cuya contratación justifica su percepción haya sido seleccionado por la propia empresa para la extinción de su contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Pero, sin duda, lo más relevante del régimen jurídico establecido en la Ley 3/2012 es que su disp. trans. 9.ª transforma en coyuntural el sistema de bonificaciones a la contratación indefinida, pues, en la medida en que el sistema se vincula al contrato de apoyo a emprendedores, y, éste, de acuerdo con la citada disposición transitoria, únicamente puede celebrarse mientras la tasa de desempleo se sitúe por encima del 15%, un eventual descenso de dicha tasa por debajo de esa cifra determina que del programa de fomento del empleo desaparezca toda medida para fomentar la contratación indefinida de jóvenes o mayores de 45 años. No obstante, la lenta recuperación económica y el alto porcentaje de desempleado que perdura, permite pronosticar que, aunque se trate de una medida coyuntural, no será inmediata.

III. BONIFICACIONES DE CUOTAS A LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Delimitación conceptual

Para los contratos de apoyo a los emprendedores concertados por las empresas el apartado 5 del art. 4 de la Ley 3/2012 precisa unas bonificaciones específicas y, por lo tanto, al margen de las que pudieran ser de aplicación para el resto de modalidades contractuales[8]. Conviene insistir en que la mencionada norma no permite la aplicación de estas bonificaciones solo por el mero hecho de concertar un contrato de apoyo a los emprendedores, sino que deben cumplirse diversos requisitos entre los que destaca, por su carácter complejo, el relacionado con el mantenimiento del empleo en la empresa cuyos principales

[8] La disp. trans. 6.ª, apartado primero, del RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, suprime el derecho de las empresas a aplicar cualquier tipo de bonificación en las cuotas de Seguridad Social, sea cual sea la norma que la tuviese establecida a la fecha de su entrada en vigor.

problemas aplicativos se abordarán en un epígrafe posterior.

Por su parte, el RDLey 16/2013 de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, ha vuelto a modificar parcialmente la Ley 3/2012 –y ha modificado también el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades– para adaptar las bonificaciones e incentivos fiscales destinados al contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores a su celebración a tiempo parcial y para extender las bonificaciones por transformación en indefinidos de contratos en prácticas a las empresas usuarias que, sin solución de continuidad, concierten un contrato de trabajo por tiempo indefinido con trabajadores en prácticas cedidos por una empresa de trabajo temporal (arts. 2 y 3.Dos y disposición final cuarta).

Si bien, el aspecto más trascendental en lo que a las anteriores bonificaciones se refiere, viene marcado por el hecho de que a raíz de la aprobación del RDL 16/2013, el contrato de apoyo a emprendedores pueda celebrarse a tiempo parcial. Puesto que en este caso, las bonificaciones se disfrutarán de modo proporcional a la jornada de trabajo pactada en el contrato. Por tanto, con esta nueva estipulación se viene a vincular la cuantía de la bonificación a la duración de la jornada establecida.

A su vez, la citada norma ordenó al Gobierno, sin fijación de plazo para su ejercicio, proceder a una reordenación normativa de los incentivos a la contratación en relación con la cotización a la Seguridad Social para "proporcionar una mayor seguridad jurídica", incluyendo en una disposición las bonificaciones y reducciones en la cotización a la Seguridad Social vigentes el 22 de diciembre de 2013, fecha de entrada en vigor del citado Real Decreto Ley, y armonizando, en su caso, los requisitos y obligaciones legales o reglamentariamente previstos (disposición final octava).

Por su parte, el RDLey 3/2014, de 28 de febrero de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida ha retomado una vez más el viejo mecanismo de incentivar la contratación mediante reducciones en las cotizaciones empresariales de Seguridad Social con todos los defectos de ineficiencia que la Ley 3/2012 y el RDLey 20/2012 habían imputado al modelo laboral anterior: el incentivo actúa de forma generalizada, destinándose a todas las empresas y respecto de la contratación por tiempo indefinido de cualesquiera trabajadores[9].

Por lo que se refiere al mecanismo elegido para fomentar el empleo, di-

[9] SEMPERE NAVARRO, A.V., "La tarifa plana y el RD Ley 3/2014, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, Thomson-Reuters, Aranzadi, núm. 162, 2014. Págs. 21 y ss.

versos son los autores que vienen propugnando la necesidad de modificar la tradicional regla de bonificar las cuotas empresariales a la Seguridad Social, cuya efectividad para incrementar los niveles de empleo de los colectivos afectados está más que cuestionada[10], por otras políticas que puedan tener una mayor incidencia directa en la creación de empleo (como son los relacionados con su mayor formación).

Sin embargo, siendo éste un contrato cuyo objetivo primordial es apoyar al emprendedor, se ha elegido el mecanismo más adecuado para reducir los costes sociales en la empresa[11]. Es por ello que, dada la actual situación de desempleo desbordado, no parece el camino más correcto que sea ésta la única política de fomento del empleo que permanezca vigente tras la reforma[12], especialmente porque la experiencia ha demostrado que la existencia de incentivos a la contratación, aparte de las desigualdades que crea tanto entre los empresarios como entre los trabajadores, suele generar un efecto de sustitución más que de creación neta de empleo[13].

Las bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social de las que podrán beneficiarse las empresas que suscriban contratos de apoyo al emprendedor están contempladas en los apartados 5, 7, 8 y 9 de la Ley 3/2012 que refiere a que los contratos de trabajo de apoyo a emprendedores celebrados con desempleados inscritos en la Oficina de empleo, darán derecho a las siguientes bonificaciones, siempre que se refieran a alguno de estos colectivos:

- Jóvenes entre 16 y 30 años, ambos inclusive: la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía será de 83,33 euros/mes (1.000 euros/año) en el primer año; de 91,67 euros/mes (1.100 euros/año) en el segundo año, y de 100 euros/mes (1.200 euros/ año) en el tercer año. Cuando estos contratos se concierten con mujeres, en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado, las cuantías anteriores se incrementarán en 8,33 euros/mes (100 euros/año).

[10] GÓMEZ GÓMEZ-PLANA, A., "Incidencia de las cotizaciones sociales en el mercado de trabajo español",*Política económica en España*, núm. 837, 2007, pág. 139.

[11] BAJO GARCÍA, I., "Incentivos económicos y fiscales a la creación y al mantenimiento del empleo", *Actualidad Laboral*, núm. 19, 2012 (LA LEY 17946/2012).

[12] CERVILLA GARZÓN, MªJ., "Las bonificaciones aplicables al nuevo contrato de apoyo a los emprendedores", *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2013, pág. 5.

[13] RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., CASAS BAAMONDE, MA.E., "El uso del Decreto Ley como instrumento de las reformas laborales. La garantía juvenil y la tarifa plana para el fomento del empleo y la contratación indefinida"…cit., pág. 3. LUJÁN ALCARAZ, J., GONZÁLEZ DÍAZ, F.A. y RÍOS MESTRE, J.M.: "Medidas para el fomento de la contratación indefinida y la creación de empleo", en CAVAS MARTÍNEZ, F. (Coord.): *La reforma laboral de 2012*, Ediciones *Laborum*, Murcia, 2012.

- Mayores de 45 años: la empresa tendrá derecho a una bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social, cuya cuantía será de 108,33 euros/mes (1.300 euros/año) durante tres años. El texto legal, tras la tramitación parlamentaria, ha eliminado el requisito de que el mayor de 45 años acreditara la situación de demandante de empleo durante al menos 12 meses en los 18 meses anteriores a la contratación, estableciéndose como único requisito que el trabajador sea demandante de empleo. Cuando estos contratos se concierten con mujeres, en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado, las bonificaciones indicadas serán de 125 euros/mes (1.500 euros/año).

Y ello ya que, mientras en el caso de las bonificaciones, estas se dirigen colectivos excluidos tradicionalmente en nuestro mercado de trabajo -desempleados, jóvenes y mayores de cuarenta y cinco años[14]- prestando una especial atención a las mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado, en el caso de las reducciones fiscales se incentiva no ya sólo la primera contratación por la empresa de menores de 30 años, sino también y, lo más llamativo, los perceptores de prestaciones contributivas de desempleo, singularmente las de alta cuantía y de amplia duración, un colectivo este que difícilmente se cualifica por su escasa empleabilidad, lo que, seguramente, demuestra que en este caso su justificación se centra básicamente en el ahorro para las arcas públicas.

Por último, la disp. adic. 1.ª Ley 3/2012, alude a los aspectos relativos a la financiación, aplicación y control de estas bonificaciones.

Por lo que se refiere a la financiación, se harán con cargo al Servicio Público de Empleo Estatal. Sus mecanismos de aplicación no parecen tener diferencias con los anteriormente establecidos, puesto que se aplican, con carácter automático, en los documentos de cotización, quedando a expensas de su control por parte de la Inspección de Trabajo, el Servicio Público de Empleo Estatal y la Tesorería General de la Seguridad Social.

Sí parece instaurarse un cauce específico y más rígido de control de los contratos de apoyo a los emprendedores bonificados, por cuanto se obliga a la Tesorería General de la Seguridad Social a facilitar, con carácter mensual, al Servicio Público de Empleo Estatal, el número de trabajadores que hayan sido bonificados, desagregados por colectivos. Posteriormente, la Dirección General

[14] Obsérvese que a diferencia de lo que aunque este RDL 3/2012 sí reclamaba todavía para los mayores de 45 un cierto periodo de inscripción previo en la Oficina de Empleo -al menos doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación-, ahora conviene insistir en que esta exigencia desaparece en la Ley 3/2012.

del Servicio Público de Empleo Estatal debe facilitar a la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social la información sobre el número de contratos bonificados, de forma que se permita vigilar la adecuada aplicación de las bonificaciones previstas a los sujetos beneficiarios de las mismas. Afirmación que confirma el buen propósito del legislador de establecer una vigilancia y control, quedaría verificar que no se trata de una mera declaración de intenciones, sino que supone una medida de aplicación real y efectiva.

2. Requisito de mantenimiento del empleo

Otra de las especialidades del sistema de incentivo económico desarrollado para la figura del contrato de trabajo de apoyo a emprendedores, hace referencia a que el sostenimiento de los incentivos queda condicionado al mantenimiento del empleo.

Así pues, de acuerdo con el art. 4.7 de la Ley 3/2012 se establece que "*el mantenimiento de todos los incentivos, tanto de índole fiscal como las bonificaciones descritas requiere la permanencia del trabajador durante tres años en la empresa. Asimismo, deberá mantener el nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores durante un año, desde la celebración del contrato. En caso de incumplimiento de estas obligaciones, se deberá procede al reintegro de los incentivos*".

A continuación el legislador realiza una salvedad respecto de la interpretación del requisito de mantenimiento del empleo, en el segundo párrafo del art. 4.7 que establece que "*no se considerarán incumplidas la obligaciones de mantenimiento del empleo anteriores, cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o por despido disciplinario, cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato*".

La interpretación del citado precepto suscita diversas cuestiones interpretativas tales como el alcance de la alusión a los "incentivos" nos pone en duda acerca de si se refiere sólo a los incentivos fiscales regulados en el art. 43 Ley del Impuesto de Sociedades, aplicables a este contrato «ex» art. 4.5 Ley 3/2012, o si también se tiene que extender su aplicación a las bonificaciones. Teniendo en cuenta la amplitud en que se enuncia el término "incentivos", es decir, que no se relacionan directamente con la Ley del Impuesto de Sociedades como sí se hace en el art. 4.5, entendiendo que habría que hacer una interpretación flexible

del término utilizado de forma que abarque a todo tipo de incentivos a la contratación[15], junto con el recargo y los intereses de demora correspondientes[16].

La segunda cuestión interpretativa iría referida a si la alusión incentivos vinculados a esta figura contratación abarcaría no sólo a las bonificaciones específicas previstas en el art. 4.5 sino, también, a cualquier otra que pueda resultar aplicable a esta modalidad contractual.

A este respecto, teniendo en cuenta la referencia genérica de la Ley a las bonificaciones aplicables a esta figura contractual, lo más lógico, sería deducir que el requisito previsto en el art. 4.7 sobre mantenimiento del empleo va a afectar a cualquier tipo de bonificación, sea cual sea la normativa que la permita. Como ya se ha señalado otra interpretación conllevaría, por una parte, a imponer un régimen jurídico distinto a cada una de las bonificaciones aplicadas y, por otra, a establecer un tratamiento más favorable de unas bonificaciones frente a otras[17].

El requisito temporal señalado por el legislador para el mantenimiento de las bonificaciones se plantea desde una doble perspectiva: general, el mantenimiento del nivel de empleo global de la empresa -un año- y particular, la del mantenimiento del empleo del propio trabajador contratado con este tipo de contrato -tres años-.

En lo relativo a la primera perspectiva mencionada, es decir, la que afecta a la obligación de mantener un nivel de empleo en la empresa, en general, según el art. 4.7, es obligación del empresario "*mantener el nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores durante, al menos, un año desde la celebración del contrato*". Según el apartado 8, para ello "*se tendrá en cuenta el número de trabajadores de la empresa en el momento de producirse la contratación*".

Esta segunda vertiente del obligatorio mantenimiento del empleo es una novedad introducida por la Ley 3/2012 que, viene a endurecer las posibilidades de mantener las bonificaciones aplicadas al contrato de apoyo a los emprendedores. Su finalidad parece ser la de evitar que se utilicen estos contratos con la finalidad de amortizar puestos de trabajo de las empresas y, desde esta perspectiva, nos parece positiva la modificación efectuada[18] , aunque de compleja aplicación práctica.

[15] CERVILLA GARZÓN, Mª J., "Las bonificaciones aplicables al nuevo contrato de apoyo a los emprendedores ….cit., , pág. 7.

[16] Art. 9 Ley 43/2006 de conformidad con el art. 4.7 Ley 3/2012.

[17] CERVILLA GARZÓN, Mª J., ""Las bonificaciones aplicables al nuevo contrato de apoyo a los emprendedores…." ob. cit., **pág. 5**

[18] MIRANDA BOTO, J.M. «El nuevo contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores»…cit., pág. 912 y PÉREZ REY, J. "El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo"…cit., pág. 70 ya apuntaban la necesidad de exigir el mantenimiento del empleo global en la empresa.

Por una parte, habría que plantearse si el nivel de empleo exigido debe mantenerse sólo en el centro de trabajo al que pertenece el trabajador contratado con esta modalidad contractual o el baremo se aplica a toda la empresa, en caso de que ésta tenga varios centros de trabajo. El criterio más lógico o razonable sería tomar como referente a la empresa en general, no sólo por el carácter general con que se expresa la norma, sino también por la necesaria conexión que debe hacerse entre los apartado 7 y el 8 del precepto y a su vez, al referirse el último apartado, al "número de trabajadores de la empresa", parece confirmar que se está aludiendo a un cómputo del volumen global de trabajadores.

Por lo que se refiere a la primera de las perspectivas mencionadas, y que afecta únicamente al empleo del trabajador contratado, según el art. 4.7 "la empresa deberá mantener en el empleo al trabajador contratado al menos tres años desde la fecha de inicio de la relación laboral". La puntualización sobre la fecha a partir de la cual debe computarse el citado periodo podría obedecer a la intención de desmarcar el periodo de tres años de cualquier otro tipo de contrato que el trabajador haya podido tener con la empresa. A este respecto, tampoco aclara la Ley si se computan todos los trabajadores de la empresa con independencia de la naturaleza de su vínculo contractual, aunque esta sería la interpretación más acorde con el objetivo o finalidad perseguida por esta modalidad de contrato como es el del fomento de la contratación indefinida.

Por otra parte, sobre las extinciones que se permiten y no impiden el cumplimiento del requisito de mantenimiento del empleo señaladas en el segundo párrafo del art. 4.7 de la Ley 3/2012 son las relativas a la extinción de contrato por causas objetivas o despido disciplinario declarados o reconocidos como procedentes; dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez; expiración del tiempo convenido y realización de la obra o servicio del contrato.

En la enumeración de causas que establece el legislador se introduce por la Ley 3/2012 la mención al despido por causas objetivas, el cual no podrá tenerse en cuenta a efectos del cumplimiento de este requisito en ambos supuestos: cuando finalice algún contrato de la empresa o el cese del propio contrato de apoyo a los emprendedores y ello teniendo en cuenta la facilidad con la que, actualmente, puede producirse el despido por causas objetivas, a raíz de la reforma introducida por la Ley 3/2012.

También se introducen por la Ley 3/2012 las dos últimas causas, con una técnica legislativa muy criticable por parte de la doctrina científica por la confusión que se produce puesto que el contrato de apoyo al emprendedor, al

ser de carácter indefinido, no puede extinguirse ni por expiración del tiempo convenido ni por la realización de la obra o servicio del contrato. Es decir, sólo tendrían sentido si se conectan con la vertiente del mantenimiento del empleo relativo al empleo global de la empresa, en cuyo caso sí es posible que el empresario extinga contratos por tales causas y que no sean tenidas en cuenta como amortizaciones ilegítimas de empleo por parte del empresario[19].

Haciendo un análisis global de los supuestos mencionados en el art. 4.7 se puede deducir que el legislador está considerando que las extinciones del contrato por causas no imputables al empresario, que se produzcan durante los periodos de tiempo analizados, no afectan al cumplimiento del requisito del mantenimiento del empleo. Y como causas de extinción no imputables al empresario pueden ser igualmente consideradas prácticamente todas las que no están directamente mencionadas, por lo que debiera entenderse que su concurrencia no va a dar lugar al incumplimiento del requisito.

La única que podría plantear dudas al respecto es la relativa a la extinción por voluntad del trabajador, regulada en el art. 50 ET. En este caso, no se puede deducir directamente que la extinción sea ajena a concretas actuaciones del empresario, es más, él es el provocador directo de la decisión del trabajador. Por ello no parecería lógico que puedan ser extinciones aceptadas para el mantenimiento de las bonificaciones al mismo nivel que las anteriormente citadas. Teóricamente se puede encontrar una justificación a esta postura del legislador, por cuanto no sería razonable.

penalizar a un empresario en base a unos sucesos que se producen de forma inevitable y que no constituyen una acción antijurídica por su parte. Sin embargo, como ya se ha señalado, también esta previsión puede tener un efecto "rebote" en el sentido de que contribuya a incentivar actuaciones del empresario tendentes a encubrir situaciones de abandono obligado del puesto de trabajo, es decir, el recurso a los despidos pactados y no impugnados por parte del trabajador o, lo que es lo mismo, las dimisiones incentivadas o producidas por presiones provenientes del empresario[20].

En consecuencia, la posibilidad de reintegro por parte de la empresa ante el incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento del empleo deja de ser una amenaza real para aquella, ante el extraordinario abanico de posibilidades

[19] CERVILLA GARZÓN, Mª J., "Las bonificaciones aplicables al nuevo contrato de apoyo a los emprendedores"…cit., pág. 7.

[20] MIRANDA BOTO, J.M. "El nuevo contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores", ob. cit., pág. 912. RAMOS MORAGUES, F., "El contrato de apoyo a emprendedores como medida de fomento del empleo", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 157, 2013.

con las que cuenta la empresa para poder extinguir el contrato de trabajo sin incurrir en incumplimiento de sus obligaciones de mantenimiento de empleo, máxime con la incorporación por parte de la norma de la extinción del contrato por causas objetivas declaradas o reconocidas como procedente, sobre todo si tenemos en cuenta la importante flexibilización que han venido experimentando en las distintas reformas legislativas aquellas causas[21].

El legislador también refiere a las consecuencias previstas en caso de incumplimiento de los requisitos ya señalados de mantenimiento del empleo. El mencionado apartado séptimo del art. 4 de la Ley 3/2012 sólo establece la obligación del reintegro de los incentivos percibidos. Si se atiende al cumplimiento de este requisito, cuando sólo afecta al trabajador contratado con un contrato de apoyo al emprendedor es evidente que las cantidades a devolver serán únicamente las que estén vinculadas al mismo. Sin embargo, cuando el incumplimiento afecte al volumen global de empleo en la empresa, no se ha establecido ninguna puntualización en cuanto a limitaciones de las cantidades a devolver. Parece, de esta forma, que el empresario deberá devolver todas las bonificaciones correspondientes a todos los contratos de apoyo al emprendedor concertados en la fecha en que se produzca la extinción ilegítima del contrato, siempre que tengan una antigüedad menor a un año.

Finalmente, el apartado noveno de la Ley remite a la aplicación de lo dispuesto en la Ley 43/2006 de 29 de diciembre de mejora para el crecimiento y el empleo como normativa de carácter supletorio en lo no establecido por el art. 4 de la Ley 3/2012. No se trata de una remisión general sino matizada, en la medida en que deja fuera lo dispuesto en los art. 7.2 y art. 6.2 de la citada norma que refiere a la pérdida de las bonificaciones contempladas por el legislador en empresas que hayan extinguido contratos de trabajo calificados como despedidos improcedentes o extinciones derivadas de despido colectivos.

Así pues, sería aplicable lo dispuesto en el art. 5 de la citada norma que alude a los requisitos que deben reunir los beneficiarios de las bonificaciones y que, por tanto, serían aplicables a los emprendedores:

- En primer lugar, hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, en la fecha de alta y durante la aplicación de las bonificaciones. En caso de falta de ingreso, se produce la pérdida automática de la bonificación respecto a las cuotas no ingresadas, teniéndose en cuenta dicho periodos como consumido a efectos de computar el tiempo máximo de bonificación.

[21] GUTIERREZ PÉREZ, M., "El contrato indefinido de apoyo a emprendedores a la luz del RDLEY 16/2013: una nueva vuelta de tuerca…cit., (BIB 2014\3656).

- En segundo lugar, no haber sido el empresario excluido del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas, de conformidad con el contenido de la LISOS.

3. acumulación

Otro aspecto a destacar en la regulación de las bonificaciones es, sin duda, en el relativo a la posibilidad de acumular distintas bonificaciones aplicables a un mismo trabajador vinculado a la empresa con un contrato de apoyo a emprendedores.

Como precepto de referencia, el art. 4.5 "in fine" establece que "*estas bonificaciones serán compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, sin que en ningún caso la suma de las bonificaciones aplicables pueda superar el 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social*".

La redacción de este precepto genera diversas dudas interpretativas que girarían en torno a dos vertientes.

Por una parte, en lo que refiere a la terminología utilizada por el legislador que es confusa, sin que "a priori" se pueda precisar el alcance de los términos "ayudas públicas" y la obligación de que tengan «la misma finalidad».

Por otra parte, porque esta no es la única norma que interviene en la determinación de las reglas de concurrencia. Además de ella debe tenerse en cuenta otros dos preceptos: el art. 7 Ley 43/2006, de aplicación supletoria y cuya regla general aporta un criterio distinto al obligar a elegir al beneficiario entre una de las posibles bonificaciones que le puedan ser de aplicación, y el art. 15 de la propia Ley 3/2012, que al regular la compatibilidad de la bonificación por trabajadores sustituidos o con reducción temporal de jornada por causas económicas no se expresa exactamente en los mismos términos.

Cabrían dos posibles interpretaciones al respecto, una amplia y otra más restrictiva. En una interpretación más estricta, el legislador se estaría refiriendo a la compatibilidad entre las bonificaciones específicas y otro tipo de incentivos como pueden ser los fiscales de la propia norma u otras subvenciones que estén establecidas. En esta línea interpretativa, la limitación al 100% de la cuota empresarial sólo sería aplicable entre bonificaciones de la Ley 3/2012 y estos otros incentivos. En el caso de concurrencia de distintas bonificaciones tendría que tenerse en cuenta la regla del art. 7.1 Ley 43/2006, en virtud del cual no serían compatibles entre sí y tendría que elegir el beneficiario. No obstante lo anterior,

quizá resulta más razonable entender que la concurrencia entre bonificaciones se resuelva por reglas que afectan a las cuotas de Seguridad Social, y la concurrencia entre bonificaciones y otros incentivos se solvente en función del coste global del contrato. De hecho, la interpretación literal del propio precepto no dice que la suma de las bonificaciones e incentivos no pueda alcanzar el 100% de la cuota, por el contrario, sólo alude a la "suma de las bonificaciones aplicables".

Por otra parte, la problemática todavía se acentúa más si tenemos en cuenta que a la exigencia de concurrencia anterior se añade el hecho de que se trate de ayudas previstas "con la misma finalidad". También en relación a este término la interpretación puede ser más o menos amplia.

Una interpretación amplia supondría entender que todo tipo de bonificaciones y otras ayudas e incentivos regulados para favorecer los contratos indefinidos tienen la misma finalidad, por lo que las reglas del precepto se aplicarían independientemente del colectivo beneficiado.

La interpretación más restricta nos llevaría a considerar que la misma finalidad se refiere a que se trate de ayudas aplicables a los mismos colectivos beneficiados por las bonificaciones específicas, esto es, jóvenes entre 16 y 30 años, mayores de 45 años y mujeres en ocupaciones en las que este colectivo esté menos representado. En tal caso, cuando la concurrencia no afecte a ninguno de ellos habría que aplicar las reglas generales del art. 7 Ley 43/2006 salvo en el supuesto contemplado por el art. 15 Ley 3/2012. Dada la derogación de las bonificaciones previstas por el RDLey 20/2012 que ha afectado, precisamente, a estos mismos colectivos, nos parece que tiene mayor sentido en realizar una interpretación más flexible del precepto.

Por otra parte, también surgen dudas sobre la a acumulación de bonificaciones en el casos de que el trabajador haya prestado con anterioridad funciones en la empresa, sobre todo teniendo en cuenta el nuevo inciso que la Ley 3/2012 ha introducido en su art. 4.3, no previsto en el RDLey 3/2012, y cuyo tenor literal es el siguiente: "*No podrá establecerse un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación*".

La Ley 3/2012 se refiere a si pueden o no formalizarse contratos de apoyo a los emprendedores en las circunstancias descritas, otra cuestión distinta es si, en caso de formalizarse el contrato habiendo existido un contrato previo, existe alguna regla específica que impida aplicar las bonificaciones. Teniendo en cuenta la prevista aplicación supletoria de la Ley 43/2006, esta norma parece impedir tal posibilidad al excluir la aplicación de sus bonifi-

caciones en caso de "contrataciones realizadas con trabajadores que en los veinticuatro meses anteriores a la fecha de la contratación hubiesen prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad mediante un contrato por tiempo indefinido, o en los últimos seis meses mediante un contrato de duración determinada o temporal o mediante un contrato formativo, de relevo o de sustitución por jubilación" [22] . De ello se infiere que, aun cuando pueda contratarse a trabajadores que han prestado servicios anteriormente en la empresa, las bonificaciones en la cuota empresarial sólo serán aplicables si el trabajador lleva, al menos, seis meses fuera de la empresa en caso de contratos temporales, formativos, de relevo o de sustitución por jubilación, o veinticuatro meses en caso de contrato indefinido.

En definitiva, la redacción de la norma nos sumerge en un mar de dudas que dificultan, seriamente, su aplicación efectiva. Debería el legislador haber unificado la regulación de este tema, coordinando el contenido de las distintas normas que entran en juego y no incrementando el confuso panorama que ya existía en la determinación de los instrumentos de las políticas activas de empleo. No es posible establecer una relación de causalidad entre los períodos en los que se produce un incremento de la contratación de trabajadores pertenecientes a uno de los colectivos protegidos y las bonificaciones y beneficios fiscales vinculados a su contratación, debido a que, esta medida, suele no ser la única que acompaña a la inserción laboral del trabajador, pudiendo sumar subvenciones directas a la contratación, u otras, como sería el caso de la indemnización reducida a 33 días por despido objetivo improcedente en el contrato indefinido de fomento. A lo que debe añadirse el hecho de que, habitualmente, el empresario no es preguntado por las motivaciones que le han llevado a seleccionar un concreto trabajador, por lo que resultaría difícil de calcular el peso relativo que la bonificación haya tenido en la decisión empresarial de contratar a un concreto demandante de empleo[23].

El sistema de bonificaciones y ayudas a la contratación, sigue careciendo de sistemática y eficiencia, que en nada clarifican y ayudan a la contratación laboral. La reforma laboral operada por el RDLey 10/2010, ya intentó dar sentido a la política de bonificaciones existente partiendo del consenso entre

[22] Art.6.1 c), vigente en cuanto no se ha producido ninguna derogación específica en la L 3/2012. Sin embargo, parece contrario a su posible aplicación, GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., "Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a los emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales», en AA.VV. «Reforma Laboral 2012" (Dir: *García-Perrote Escartín*, I. y *Mercader Uguina*, J.), Lex Nova 2012, pág. 72.

[23] DÍAZ HERRERA , M.A., "El contrato único que viene", Diario La Ley, noviembre 2013 (LA LEY 8715/2013).

los agentes sociales. En aquel momento, los interlocutores sociales en el marco del diálogo social de 5 de febrero de 2010, partían de la base de que al ser prácticamente universal, el sistema no favorece adecuadamente la empleabilidad de los colectivos con mayores dificultades de incorporación al empleo, lo que determina que el sistema presente un importante "peso muerto" *(sic)* o "efecto ganga" *(sic)* (existieran o no las bonificaciones, la contratación se realizaría igualmente) que afecta negativamente a su eficacia.

La generalización de diversos tipos de bonificaciones ha ido adulterando el instrumento de intervención en el mercado laboral hasta hacerlo del todo ineficiente, suponiendo por el contrario un elevado coste de financiación para el Estado, o las CC.AA. En la medida en que no se ha alcanzado la eficiencia deseada aún hoy día, merece la pena el esfuerzo de simplificar y dar sentido a la actual maraña de bonificaciones y ayudas a la contratación, teniendo en cuenta, además, que los recursos presupuestarios deben racionalizarse[24].

No existe un sistema de bonificaciones eficaz, sino de una amalgama de medidas, producto de la superposición de normas en el tiempo, que no responde a un único objetivo ni a una estrategia socio-económica única. Como ha señalado Fernández Orrico quizá habría sido más interesante —en lugar de suprimir bonificaciones y mantener expresamente las anteriormente enumeradas— la creación de una sola disposición que acogiera todas las bonificaciones existentes en la contratación laboral, sería un esfuerzo que todos agradecerían (empresas, trabajadores, la propia administración que tiene que controlar su aplicación, e incluso los estudiosos del derecho), pues es tal el grado de complicación en esta materia que se ha llegado a una situación cercana a la inseguridad jurídica, y no digamos si determinada bonificación sigue o no vigente[25].

IV. INCENTIVOS FISCALES

Por lo que se refiere a los incentivos fiscales, tal y como se específica en el Preámbulo de la Ley 3/2012, se establecen dos incentivos fiscales para sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades y contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que realicen actividades económicas, destinados, al igual que ocurre con las bonificaciones a las cuotas de Seguridad Social, a incentivar este tipo de contrato. El primero de los incentivos resulta aplicable

[24] CERVILLA GARZÓN, MªJ., "Las bonificaciones aplicables al nuevo contrato de apoyo a los emprendedores", Actualidad Laboral, núm. 5, 2013, pág. 5.

[25] FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "El contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores: un estudio comparativo con otras contrataciones de fomento de empleo", *Información laboral,* núm. 11, 2012, pág. 16.

exclusivamente a aquellas entidades que carezcan de personal contratado, mientras que el segundo va destinado a las empresas de cincuenta o menos trabajadores, que realicen la contratación de desempleados beneficiarios de una prestación contributiva de desempleo.

El apartado quinto del art. 4 de la Ley 3/2012 refiere a los incentivos fiscales aplicables a esta nueva figura contractual, efectuando una remisión a lo dispuesto en el art. 43 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 5 de marzo de 2004. El citado precepto establece bajo la rúbrica de deducciones por creación de empleo dos tipos diferenciados: para la contratación del primer trabajador de la empresa, cuando sea menor de 30 años; y para la contratación de perceptores de prestaciones por desempleo del nivel contributivo. Veamos, pues, el régimen jurídico de cada uno de estos dos incentivos.

1. Deducción fiscal por contratación del primer trabajador menor de 30 años

La deducción fiscal por la contratación del primer trabajador de la empresa, establece la posibilidad de aplicarse una deducción fiscal de 3.000 euros cuando la empresa contrata a su primer trabajador y éste es menor de 30 años, siendo dichos requisitos concurrentes, si falta uno de ellos desaparece el derecho al incentivo. No se exige que el trabajador se encuentre desempleado, ni inscrito en la oficina de empleo correspondiente, lo que resultaría, en principio, poco conciliable con una medida que se plantea con la finalidad de creación de empleo, y no de movilidad en el empleo[26].

Como ya se ha señalado la expresión "primer trabajador de la empresa", empleada por la Ley 3/2012, resulta confusa puesto que generaba dudas sobre si con ella el legislador refería a la primera contratación practicada por la empresa que hasta entonces carecía de trabajadores o, por el contrario, la deducción se podría aplicar también al primero de los contratos de apoyo a emprendedores que realice la empresa que contaba ya con trabajadores contratados anteriormente. Se entendió que, atendiendo a la finalidad del contrato de apoyar a los emprendedores, se ha de tratar de empresas de nueva

[26] LÓPEZ GANDÍA, J., "Contratación laboral", en AA.VV., *Derecho del Trabajo*, *Addenda* 2012,Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág.6. ROQUETA BUJ, R., "Modalidades de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores", Relaciones laborales, núm. 23, diciembre 2012, (LA LEY 18649/2012).

creación[27], interpretación que se ha confirmado en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 determinando que son beneficiarias del mismo "(…) *las entidades que carezcan de personal contratado*".

La deducción opera, por tanto, cuando la entidad no tiene ningún trabajador y formaliza su primer contrato de trabajo, utilizando esta modalidad con un menor de 30 años. Si la entidad ya tiene o ha tenido trabajadores contratados no opera esta deducción.

El concepto de trabajador contratado debe incluir cualquier tipo de relación laboral, ordinaria o especial, y no computaría otro tipo de prestaciones de servicios no calificadas como laborales. La posibilidad de contratar a un trabajador con un período de prueba de un año -es decir, con la posibilidad de libre desistimiento durante un año- y con un fuerte incentivo fiscal pretende ser el reclamo para que las pequeñas empresas se comprometan con la creación de empleo y, en particular, de empleo para jóvenes. Esta medida parece pensar de manera particular en trabajadores autónomos sin empleados, que pueden contratar con menor coste a su primer trabajador[28].

2. Deducción fiscal por contratación de desempleados

Junto a esta medida, el apartado segundo de la Disp. final decimoséptima de la Ley 3/2012 señala que "sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, esto es, concurriendo con él o independientemente del mismo, se especifica que la empresa que tenga una plantilla inferior a 50 trabajadores en el momento que se concierte este contrato con desempleados beneficiarios de una prestación contributiva de desempleo, podrá deducir de la cuota íntegra el 50% del menor de los siguientes importes:

- El importe de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación.
- El importe correspondiente a doce mensualidades de la prestación por desempleo que tuviera reconocida[29].

[27] "Debe entenderse que la deducción se aplica a la primera contratación laboral de la empresa en términos absolutos y no al primer contrato de apoyo a emprendedores formalizado por aquella que ya tiene trabajadores" LUJÁN ALCARAZ, J.; GONZÁLEZ DÍAZ, F. A. Y RÍOS MESTRE, J. M.: «Medidas para el fomento de la contratación indefinida y…», ob. cit.; pág. 91; PÉREZ REY, J.: «El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva…», op. cit.; pág. 67.

[28] MORENO VIDA, Mª N., "La reforma de la contratación laboral: de nuevo el fomento del empleo a través de la precariedad". …cit., pág. 21.

[29] GUTIERREZ PÉREZ. M., "El fomento del empleo en España a través del contrato de apoyo a emprendedores: su origen, su reforma y su examen por la OIT…cit., págs. 76.

Esta deducción, compatible con la de 3.000 euros por ser el primer trabajador de la empresa, resultará de aplicación respecto de aquellos contratos realizados en el periodo impositivo hasta alcanzar una plantilla de 50 trabajadores y está condicionada al cumplimiento de dos requisitos:

- El primero, que, en los doce meses siguientes al inicio de la relación laboral, se produzca, respecto de cada trabajador, un incremento de la plantilla media total de la entidad en, al menos, una unidad respecto a la existente en los doce meses anteriores.

  Esta exigencia de incremento de plantilla constituye una novedad de la Ley 3/2012 respecto de precedente, lo que motiva, para tener derecho a la deducción fiscal, la necesidad de mantener la plantilla medida alcanzada con la nueva contratación al menos durante los doce meses siguientes. A estos efectos, la norma no establece expresamente la forma de cómputo de la plantilla media, lo que determina que tenga que realizarse una media aritmética respecto a los doce meses anteriores, y respecto a los doce meses posteriores. Esta circunstancia, por otra parte, habrá de repetirse con respecto a todos los contratos que pudieran celebrarse, siempre sin superar el umbral de los cincuenta trabajadores en plantilla, momento en el que deja de ser posible beneficiarse de las deducciones respecto de los contratos temporales.
- El segundo, que el trabajador contratado hubiera percibido la prestación por desempleo durante, al menos, tres meses antes del inicio de la relación laboral. A estos efectos, el trabajador proporcionará a la entidad un certificado del SEPE sobre el importe de la prestación pendiente de percibir en la fecha prevista de inicio de la relación laboral.

  Por tanto, se viene a establecer que para acogerse a esta deducción se debe celebrar este tipo de contrato con desempleados beneficiarios de una prestación contributiva por desempleo, excluyéndose, por tanto, los beneficiarios de subsidio o rentas no contributivas. Cuando, si cabe, este colectivo precise con mayor urgencia su acceso al mercado de trabajo, habida cuenta de las dificultades económicas con las que, lógicamente, cuentan. Por lo que se echa en falta que se hubiera producido un giro legislativo por parte del RDLey 16/2013 en este sentido[30].

Las deducciones señaladas en los apartados anteriores, tanto la de 3.000

[30] GUTIERREZ PÉREZ, M., "El contrato indefinido de apoyo a emprendedores a la luz del RDLEY 16/2013: una nueva vuelta de tuerca", *Revista Aranzadi Doctrinal* num.7, 2014, (BIB 2014\3656).

euros en caso de contratación del primer trabajador, como la del 50% de la prestación por desempleo, se aplicarán en la cuota íntegra del periodo impositivo correspondiente a la finalización del periodo de prueba de un año exigido en el correspondiente tipo de contrato y estarán condicionadas al mantenimiento de esta relación laboral durante, al menos, tres años desde la fecha de su inicio. El incumplimiento de cualquiera de los requisitos señalados determinará la pérdida de la deducción.

No obstante, no se entenderá como incumplida la obligación de mantenimiento del empleo, cuando el contrato de trabajo se extinga, una vez transcurrido el periodo de prueba, por causas objetivas o despido disciplinario, cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador. Lo que determina que, si el contrato se extingue antes de transcurrir el año del periodo de prueba, la deducción fiscal no resulta de aplicación, cualquiera que sea la causa de extinción del contrato.

El trabajador contratado que diera derecho a una de las deducciones señaladas no se computará a efectos del incremento de plantilla establecido en otros artículos de la Ley del impuesto de sociedad.

La aplicación de la deducción se clarifica, de manera que corresponde a la cuota íntegra del período impositivo en el que se produce la finalización del período de prueba de un año exigido en el contrato. Y se somete a una condición, como es el mantenimiento de la relación laboral durante, al menos, tres años, lo que convierte la figura bonificada en un contrato susceptible de ser extinguido sin causa superado ese período y sin que ello suponga la pérdida de la deducción ya disfrutada. Tampoco resulta un incumplimiento de la obligación de mantenimiento del empleo el hecho de que el contrato se extinga, con anterioridad a los tres años, si la extinción se produce superado el período de prueba, ya sea por despido disciplinario procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente; e, incluso, si la extinción se produce por causas objetivas, lo cual puede llevar a la paradoja de que la empresa disfrute de la deducción en el mismo período impositivo en el que ha extinguido el contrato del trabajador por causas objetivas, en clara contradicción con el objetivo de creación de empleo estable que, supuestamente, persigue la deducción.

Por último, cabe mencionar, que el apartado III del Preámbulo de la Ley 3/2012 menciona la previsión de dos incentivos fiscales, que benefician tanto a los sujetos pasivos del Impuesto de Sociedades, como a los contribuyentes del IRPF. Sin embargo, no es posible encontrar en el texto de la ley una referencia

similar a la modificación del art. 43 TRLIS, sino que tan sólo existe una disposición final que aclara el tratamiento en dicho impuesto de las indemnizaciones por despido (disp. final undécima)[31].

V. COMPATIBILIDAD ENTRE TRABAJO Y PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Al conjunto de incentivos fiscales y bonificaciones en materia de Seguridad Social para la empresa le acompaña una nueva medida dirigida a incentivar al trabajador desempleado, reseñado en el apartado 4 del art. 4 de la Ley 3/2012 y consistente en la posibilidad de compatibilizar la percepción de una parte de la prestación contributiva de desempleo que tuviera reconocida y pendiente con el trabajo.

Así pues, el trabajador contratado bajo esta modalidad a tiempo completo que hubiera percibido, a la fecha de celebración del contrato, prestaciones de desempleo del nivel contributivo durante al menos tres meses, de forma voluntaria, podrá compatibilizar cada mes, junto con el salario, el 25% de la cuantía de la prestación que tuviera reconocida y pendiente de percibir en el momento de su contratación. El derecho a la compatibilidad de esta prestación surtirá efecto desde la fecha de inicio de la relación laboral, siempre que se solicite en el plazo de quince días a contar desde la misma, transcurrido el cual el trabajador ya no podrá acogerse a esta compatibilidad.

Como ha señalado la doctrina científica esta medida resulta en cierto modo sorprendente, toda vez que se permite la solicitud extemporánea de la misma, teniendo derecho el trabajador al reconocimiento de la prestación a partir de la fecha de la solicitud, perdiendo tantos días de prestación como medien

[31] Disposición final undécima de la Ley 3/2012. Modificación de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

Con efectos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se introducen las siguientes modificaciones en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio: Se modifica la letra e) del artículo 7, que queda redactada en los siguientes términos: «*e) Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos de despidos colectivos realizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o producidos por las causas previstas en la letra c) del artículo 52 del citado Estatuto, siempre que, en ambos casos, se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente.»

entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho y aquella en que efectivamente se hubiese formulado la solicitud[32]. En consonancia con la regla expuesta anteriormente que acompaña a esta prestación, hubiera sido más coherente que el trabajador tuviera derecho al reconocimiento de la compatibilidad a partir de la fecha de la solicitud, perdiendo tantos días de compatibilidad como medien entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho, esto es, desde la fecha de inicio de la relación laboral y aquella en que efectivamente se hubiese formulado la solicitud de compatibilidad[33].

La compatibilidad se mantendrá, exclusivamente, durante la vigencia del contrato, con el límite máximo de la duración de la prestación pendiente de percibir. En el caso de cese en el trabajo que suponga situación legal de desempleo, el beneficiario podrá optar por solicitar una nueva prestación o bien por reanudar la prestación pendiente de percibir. En este supuesto, se considerará como periodo consumido, únicamente, el 25 por ciento del tiempo en que se compatibilizó la prestación con el trabajo, regulación establecida por el nuevo texto legal, y que modifica el criterio inicial del Real Decreto-Ley 3/2012, donde el consumo de la prestación se consideraba que se producía por meses completos.

La entidad gestora y el beneficiario estarán exentos, durante la percepción del 25 por ciento de la prestación compatibilizada, de la obligación de cotizar a la Seguridad Social.

Cuando el trabajador no compatibilice la prestación con el salario, se mantendrá el derecho del trabajador a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación, teniendo el derecho ante una posterior situación legal de desempleo, a reabrir el periodo pendiente de percepción, o bien a optar por el mismo en los supuestos previstos en la LGSS.

El Servicio Público de Empleo tendrá que reconocer dicho pago mediante la resolución correspondiente. Dicha prestación, aunque se recibirá mensualmente en cuantía inferior a la legalmente prevista (disminuida en un 75%), seguirá su curso paralelamente al contrato de trabajo hasta que se agote por cumplimiento de la duración máxima prevista. Por tanto, la compatibilidad se mantendrá exclusivamente durante la vigencia del contrato con el límite máximo de la duración de la prestación pendiente de percibir. En el caso de cese en el trabajo que suponga situación legal de desempleo, el beneficiario podrá optar por solicitar una nueva prestación o bien por reanudar la prestación pendiente de percibir. En

[32] STS 11 de julio de 2001 (RJ 2001, 7013)

[33] GUTIERREZ PÉREZ, M., "El contrato indefinido de apoyo a emprendedores a la luz del RDLEY 16/2013: una nueva vuelta de tuerca"…cit., (BIB 2014\3656). GUTIERREZ PÉREZ. M., "El fomento del empleo en España a través del contrato de apoyo a emprendedores…cit., págs. 79.

este supuesto, se considerará como periodo consumido únicamente el 25% del tiempo en que se compatibilizó la prestación con el trabajo. Durante la percepción del 25% de la prestación compatibilizada la entidad gestora y el beneficiario estarán exentos de la obligación de cotizar a la Seguridad Social.

En cualquier caso, en el supuesto de que el trabajador opte por no compatibilizar el salario con la prestación por desempleo en los términos indicados, se mantendrá el derecho del trabajador a las prestaciones por desempleo que le restasen por percibir en el momento de la colocación. Se aplicarán en este caso lo establecido en los arts. 212 y 213 LGSS.

Por su parte debe distinguir en este supuesto, según el contrato se celebre a jornada completa o, de acuerdo con la nueva posibilidad abierta por el RDL 16/2013 (RCL 2013, 1816), a tiempo parcial. La exigencia de ser trabajador a jornada completa excluye la posibilidad de que los perceptores de rentas o subsidios asistenciales puedan compatibilizar este contrato con las mismas, cuando las necesidades de aumentar la renta de aquellos, sea posiblemente mayor que la de los perceptores de la prestación contributiva por desempleo, con lo cual con esta medida se ve agravada, aún más si cabe, la situación de los mismos. Hubiera sido deseable que la nueva norma ampliara los supuestos de compatibilidad a los beneficiarios o perceptores de rentas o subsidios distintos a la prestación contributiva por desempleo[34].

El apartado tercero del art 4 de la Ley 3/2012 a diferencia de su predecesor el RDLey 3/2012 establece que el derecho a la compatibilidad de la prestación surtirá efecto desde la fecha de inicial de la relación laboral siempre que se solicite en los quince días siguientes; transcurridos los cuales no podrá acogerse a esta posibilidad de compatibilizar trabajo con prestación de desempleo.

En relación con esta cuestión existe un primer pronunciamiento judicial[35] donde se cuestiona si a una trabajadora que inició a su relación laboral el 23 de abril de 2012 y que solicita la compatibilidad de la prestación de desempleo el 25 de septiembre tiene derecho a ella y que le deniegan por haberla solicitado fuera de plazo. La doctrina de suplicación aplicando las reglas del derecho civil contenidas en la disposición transitoria segunda del Código Civil, establece que los actos y contratos se regirán conforme la normativa del tiempo en que se celebraron. En consecuencia, reconoce el derecho de la trabajadora a la compatibilidad porque el contrato de trabajo se suscribió con el RDLey 3/2012

[34] GUTIERREZ PÉREZ, M., "El contrato indefinido de apoyo a emprendedores a la luz del RDLEY 16/2013: una nueva vuelta de tuerca"…cit., (BIB 2014\3656).

[35] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de octubre de 2014 (AS\2014\3155).

que no contemplaba limitación temporal alguna para efectuar la solicitud de compatibilidad.

Por otra parte, cabe señalar que algunos autores han advertido que esta excepción del principio de compatibilidad del paro con el trabajo a tiempo completo entraña un peligro para el trabajador, pues puede ser utilizada para compensar un descenso salarial[36]. Ahora bien, cabría matizar que las empresas que utilizan el contrato de trabajo de apoyo a emprendedores no dejan de estar sometidas a la Ley, ni a los convenios colectivos, por lo que habrán de respetar siempre los salarios profesionales acordados colectivamente y, en su caso, el SMI. Esta especialidad no responde tanto a hacer atractivo el contrato de trabajo de apoyo a emprendedores para el empresario, como a incentivar su aceptación por el empleado.

Finalmente, aunque no se disponen de datos estadísticos sobre su utilización, como se ha señalado por la doctrina científica[37] existen dudas razonables sobre la utilización de esta posibilidad de compatibilizar trabajo y prestación que el legislador reconoce a los trabajadores que hayan suscrito un contrato de trabajo de apoyo a emprendedores, por dos razones básicas; la primera, porque con ello se adelanta una ayuda que muy posiblemente necesitará más adelante y, la segunda, porque provoca la pérdida de cotizaciones a la Seguridad Social por el citado porcentaje.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La situación normativa descrita obliga a cuestionarnos si resultarían suficientes estos incentivos como herramienta de fomento del empleo. Realmente, si a la contratación indefinida no se le añade un incentivo económico de cierta relevancia, dicha modalidad contractual sin duda tendría un alcance muy limitado. En este sentido el éxito de la política de fomento de empleo ha sido siempre fugaz y poco significativo, tanto para la creación de empleo, -pues la contratación de trabajadores depende de la necesidad empresarial de producir-, como para la reducción de la dual segmentación laboral, toda vez que la duración del empleo queda condicionada directamente con la duración de la bonificación en la cotización a la Seguridad Social.

[36] Entre otros, MIRANDA BOTO, J. M.: "La configuración definitiva del contrato por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores"…. cit. pág. 1942. ALVAREZ JIMENO, R., "El contrato único de trabajo. propuestas y respuestas", *Aranzadi Social*, 5/2013.

[37] FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "El contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores: un estudio comparativo con otras contrataciones de fomento de empleo"…..cit.,pág. 19.

La utilización de técnicas de fomento del empleo basadas en los incentivos fiscales y las bonificaciones de Seguridad Social se ha venido utilizando de forma recurrente, como medida de política de creación y mantenimiento de empleo tanto en épocas de crisis como de bonanza económica, si bien, evidentemente, con diferentes matices.

Sin embargo, a juicio de un sector de la doctrina iuslaboralista se ha venido denunciado que las mencionadas bonificaciones y deducciones no constituyen un contrapeso a la flexibilidad de salida lo bastante eficaz como para garantizar la estabilidad en el empleo[38].La finalidad principal de estas ayudas públicas es evitar la extinción prematura y arbitraria del contrato de trabajo de apoyo al emprendedor, pues el régimen extintivo flexible, vigente durante el primer año de relación, y la escasez de restricciones para la utilización de dicho tipo contractual podrían conducir a una rotación aún mayor de la que procuran los contratos temporales[39].

En cualquier caso, aún es pronto para poder establecer conclusiones definitivas sobre la eficacia de estas medidas en el contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores, toda vez que se acaban de cumplir tres años desde la aprobación de la Ley. Habrá que esperar aún más para determinar, con cierta exactitud, el alcance de su eficacia. El legislador pone el interés en una modalidad contractual cuya utilización dependerá del interés que despierte en los empresarios la reducción de cuotas y demás incentivos fiscales. Las medidas compensatorias o incentivos previstos por el legislador van a suponer un importe atractivo a la contratación, cuestión distinta será el mantenimiento del empleo. Y es que se legisla a corto plazo, con urgencia, en función de la situación socioeconómica; se trata de medias coyunturales que no resultarán eficaces a medio y o largo plazo como herramienta de política de empleo.

Quizá aún más evidente resulta esta afirmación teniendo en cuenta que los incentivos ligados a esta nueva figura contractual se vinculan a que la citada contratación vaya referida a ciertos colectivos, como los jóvenes o los desempleados mayores de 45 años[40]. Por consiguiente, a pesar de que el contrato

[38] Cfr. BAZ RODRIGUEZ, J.: «El contrato de trabajo indefinido de apoyo a los emprendedores. Análisis crítico de una apuesta por la "flexi-inseguridad"», cit. pág. 91 y ss. RAMOS MORAGUES, F.: "El contrato de apoyo a emprendedores como medida de fomento del empleo"… cit. 207.

[39] Lo único que se prohíbe es contratar bajo esta modalidad a un trabajador cuando, en los seis meses anteriores, se haya despedido improcedentemente a otro empleado del mismo grupo profesional y en el mismo centro de trabajo. (Art. 4.6 Ley 3/2012). Es obvio que esta limitación puede ser fácilmente eludida por empresas que tengan varios centros de trabajo.

[40] Véase un estudio exhaustivo en MIRANDA BOTO, J. M.: «La configuración definitiva del contrato por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores», cit. pág. 1944. ROQUETA BUJ, R., "Modalidades

de trabajo de apoyo a emprendedores está abierto a todo tipo de trabajadores, el legislador ha querido dirigir el incentivo económico, preferentemente, a personas con especiales dificultades para obtener un empleo estable, en un intento por racionalizar los incentivos a la contratación[41].

de contratación: el contrato indefinido de apoyo para emprendedores", cit., (LA LEY 18649/2012).

[41] PÉREZ REY, J.: "El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo"… cit. pág. 53.

O TRABALHADOR IBÉRICO EM FUNÇÕES PÚBLICAS

Ana Paula Morais Pinto da Cunha [1]

RESUMO: Sendo a autora funcionária pública e simultaneamente investigadora, considera oportuno, trazer à colação, numa conferência subordinada a temas de direito do trabalho, a questão, analisada numa ótica transfronteiriça, do recrutamento e mobilidade dos trabalhadores em funções públicas, com especial incidência para o espaço ibérico que tão próximo de Portugal, longe se afasta no seu regime jurídico.

Impõe-se, numa primeira abordagem, refletir sobre as reformas que no direito de trabalho foram propostas na CE, resultantes das orientações que constam dos sucessivos relatórios da OCDE, seguindo-se uma análise sobre a implementação de medidas que contribuam e reforcem o princípio da liberdade de circulação de pessoas, nomeadamente dos trabalhadores que exerçam funções públicas e que constitui, ainda, um tema das recomendações da Comissão da Comunidade Europeia.

Essa introdução, permitir-nos-á melhor interpretar a ratio das normas sobre a regulamentação de trabalho em funções públicas, delimitando-se, pela bre-

[1] ANA PAULA MORAIS PINTO DA CUNHA, licenciada em Direito,1987,pela UPT, Inspetora Tributária da AT desde 1991, com cargo de chefia, investigadora do IJP-Membro do Instituto Jurídico Portucalense, Doutoranda em Direito Fiscal na Universidade de Vigo, Pós graduada: Pelo INA com o Curso CADAP. Curso de Alta Direção da Administração Publica e com um Diploma de Especialização em Gestão da Administração Pública, Pela FDUP com o curso de Direito Rural e pela Universidade de Coimbra com o Curso de Direito Penal Económico Europeu. Contacto: anappcunha@gmail.com

vidade que se impõe, a investigação apenas aos particulares regimes de Portugal e Espanha.

Em Portugal, a partir de 2008, o conceito de funcionário público, adquiriu uma nova roupagem fruto da adesão aos fundamentos da "new public management". Vários diplomas, nomeadamente a Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, que regulamentava, os vínculos na função pública (LVCR); A Lei 58/08 de 9 de Setembro que aprovou o Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas e a Lei 59/08 de 11 de Setembro que aprovou o Regime Jurídico dos Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RVTFP), marcaram a mudança de paradigma na gestão dos recursos humanos da administração pública portuguesa.

Mas a grande novidade surge com a introdução da Lei nº 35/2014 de 20 de Junho, que aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LGTFP ou LTFP), norma que veio revogar os anteriores diplomas e que de acordo com os comentários de Paulo Veiga e Cátia Arrimar , vem disciplinar o vínculo do trabalho em funções públicas.

Em Espanha as influências da OCDE fizeram-se sentir com a entrada em vigor do Estatuto Básico do Empregado Público (Lei 7/2007, de 12 de Abril), que veio trazer alterações em particular no âmbito do recrutamento e nas regras de promoção nas carreiras que passam a ter em consideração a avaliação do desempenho.

Pretendemos pois, junto da comunidade científica, como resultado dos estudos sobre o regime jurídico, português e espanhol, aplicável ao recrutamento e mobilidade em funções públicas, por um lado suscitar a questão sobre o que impede a concretização da mobilidade e recrutamento transfronteiriço, e por outro, espicaçar o estudo sobre uma clara definição e contextualização dos conceitos, que são em regra invocados para justificar a limitação no acesso e mobilidade, na função pública, nomeadamente o conceito de interesse público e os conceitos que definem as funções destinadas a salvaguardar os interesses gerais do Estado ou de outras entidades públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Recrutamento, Mobilidade, Trabalhador, Ibérico, Funções, Públicas.

RESUMEN: De ser el autor funcionario público e investigador, se considera apropiado, elevar, en una conferencia sobre temas de derecho laboral, la pregunta, en una óptica transfronteriza analiza, contratación y la movilidad de los trabajadores en funciones públicas, con especial énfasis en el espacio ibérico que tan cerca de Portugal, muy lejos en su situación jurídica.

Debemos, como primera aproximación, reflexionar sobre las reformas que se propusieron el derecho a trabajar en la CE como consecuencia de las directrices contenidas en los sucesivos informes de la OCDE, seguido de un análisis de

la aplicación de medidas para contribuir y reforzar el principio de libre circulación de personas, en particular trabajadores que realizan funciones públicas y que también es un tema de las recomendaciones de la Comisión de la Comunidad Europea.

Esta introducción nos permitirá interpretar mejor la relación de las normas sobre la regulación del trabajo en funciones públicas, definiendo para la brevedad necesaria, investigación sólo a los regímenes de Portugal y España.

En Portugal, desde 2008, el concepto de funcionario público, ha adquirido una nueva apariencia como resultado de la adhesión a los fundamentos de la "nueva gestión pública". Varios textos legales, en particular la ley no. 12-A/2008 de 27 de febrero, gobernar, los vínculos en el sector público (LVCR); La ley 58/08 de 9 de septiembre que aprobó el estado disciplinario de trabajadores realizan funciones públicas y la ley 59/08 del 11 de septiembre que aprueba el régimen jurídico del empleo contrato en funciones públicas (RVTFP), establece un cambio de paradigma en la gestión de recursos humanos de la administración pública portuguesa.

Pero la gran novedad viene con la introducción de la ley no. 35/2014 del 20 de junio, aprobó la Ley General de empleo en funciones públicas (LGTFP o LTFP), norma que derogó los anteriores títulos y que según los comentarios de Paulo Veiga y Rajguru Stow, viene disciplina trabajo en enlace de funciones públicas.

En España la influencia de la OECD se hizo sentir con la entrada en vigor del estatuto básico del empleado público (Ley 7/2007, de 12 de abril), trajo cambios en particular en el contexto de las reglas de contratación y promoción que tengan en cuenta el benchmarking.

Queremos porque la comunidad científica, como resultado de estudios sobre el régimen legal, Portugués y español, aplicable a la contratación y movilidad en funciones públicas, por un lado, plantea la cuestión de prevenir la realización de la movilidad transfronteriza y contratación y por otro, contribuir a una clara definición y contextualización de los conceptos, que normalmente se invocan para justificar la limitación de acceso y movilidad, en el sector público, en particular el concepto de interés público y los conceptos que definen las funciones destinadas a salvaguardar los intereses generales del estado o de otras administraciones públicas.

PALABRAS CLAVE: Reclutamiento, movilidad, empleado, ibéricas, públicas funciones.

Estrutura

O presente artigo vai ser dividido em V capitulos
I Capítulo – Os limites do acesso dos cidadãos comunitários no desempenho de funções públicas no espaço europeu.
II Capítulo – A nova função pública em Portugal, a avaliação e o acesso à função pública.
III Capítulo – As alterações implementadas em Espanha, na regulamentação das funções públicas.
IV Capítulo – O destaque da Espanha no relatório da OCDE sobre Países europeus
V Capítulo – O Funcionário Público Ibérico.

Metodologia

O método utilizado na elaboração deste trabalho, foi de carácter descritivo, recorrendo a uma análise realizada de forma dedutiva, assente em dados documentais e instrumentos de gestão pública.

I CAPÍTULO

OS LIMITES DO ACESSO DOS CIDADÃOS COMUNITÁRIOS NO DESEMPENHO DE FUNÇÕES PÚBLICAS, NOUTROS ESTADOS MEMBROS

Compete-nos, antes de nos alongar sobre o tema do exercício de funções públicas nos paises da comunidade, delimitar algumas noções para melhor se compreender os limites, que na prática impedem o livre-trânsito intercomunitário de trabalhadores que exercem funções públicas.

A noção de trabalhador na CE

No tratado da CE não está definida no art.º 39º a noção de "trabalhador». Mas da jurisprudência comunitária decorre que a noção de trabalhador se aplica a, uma pessoa, que reúna os seguintes requisitos cumulativos

- que efetua um trabalho autêntico e eficaz
- sob a direção de outra pessoa
- pelo qual é remunerado.

Esta interpretação é extensiva aos funcionários públicos e empregados na função pública, e importante para a implementação do princípio fundamental da liberdade de circulação dos trabalhadores, no espaço comunitário.

A propósito do exercício de funções publicas decorre do texto "Da comunicação da comissão[2] e da página da CE[3], as diferenças entre:

Trabalhadores fronteiriços - trabalha como funcionário público num país mas vive (ou seja, tem a sua residência permanente) noutro país por motivos pessoais

Funcionário público no estrangeiro é funcionário público de um país da UE e está destacado noutro país (por exemplo, para trabalhar numa embaixada, num consulado ou noutra instituição oficial situada no estrangeiro)

[2] Comunicação da Comissão - Livre circulação de trabalhadores : realização integral de benefícios e potencial /* COM/2002/0694 final */ EUR-Lex - 52002DC0694 - EN - EUR-Lex.

[3] http://europa.eu/youreurope/citizens/work/work-abroad/civil-servants/index_pt.htm

Trabalhadores migrantes- Se trabalha na função pública do país de acolhimento sem ter a nacionalidade desse país, é considerado um trabalhador migrante.

É, pois, sobre esta última situação que limitaremos o nosso estudo.

A liberdade de circulação

A livre circulação de pessoas constituía já uma missão do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia.

A Diretiva 68/360/CEE do Conselho e o Regulamento nº 1612/68 do Conselho, ambos de 15 de Outubro de 1968[4], regulavam a livre circulação dos trabalhadores na Comunidade e a supressão das restrições à deslocação e permanência dos trabalhadores dos Estados-Membros e suas famílias na Comunidade.

O artigo 8°- A do TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA (92/C 191/01)[5], define

> 1. Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas no presente Tratado e nas disposições adotadas em sua aplicação.

A situação atual

Volvidos quase 40 anos, encontramos ainda situações, que impedem plenamente a aplicação da liberdade de circulação dos trabalhadores, mormente no exercício de funções públicas.

> A **DIRETIVA 2014/54/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO,**[6] dá conta que já na comunicação da Comissão intitulada «Uma recuperação geradora de emprego», de 18 de abril de 2012, aquele órgão anunciou a sua intenção de apresentar uma proposta legislativa destinada a apoiar os trabalhadores e instou "*os Estados--Membros a aumentarem a sensibilização relativamente aos direitos conferidos pela legislação da União relativa .., circulação dos trabalhadores, bem como para concederem e facilitarem o acesso aos cidadãos da União a cargos nos respetivos setores públicos, nos termos da legislação da União, tal como interpretada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Neste contexto, segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a restrição do acesso a certos postos na função pública reservados aos nacionais de um Estado-Membro deve ser objeto de interpretação restritiva e abrange apenas postos que envolvem a participação direta ou indireta no exercício da autoridade pública e das funções destinadas a salvaguardar os interesses gerais do Estado ou de outras entidades públicas.*"

[4] Directiva 68/360/CEE do Conselho e o Regulamento n.o 1612/68 do Conselho, ambos de 15 de Outubro de 1968- (JO L 257 de 19.10.1968, p. 2 e 13).

[5] http://old.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1992:191:FULL:PT:PDF

[6] Diretiva 2014/54/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Abril de 2014- Relativa a medidas destinadas a facilitar o exercício dos direitos conferidos aos trabalhadores no contexto da livre circulação de trabalhadores.

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1445209891537&uri=CELEX:32014L0054

A derrogação do princípio geral da livre circulação dos trabalhadores na Comunidade

De facto o nº 4 do artigo 39º CE, derroga o princípio geral da livre circulação dos trabalhadores na Comunidade, dando a possibilidade às autoridades dos Estados-Membros, de poderem reservar aos cidadãos nacionais o acesso a empregos que envolvam o exercício da autoridade pública e a responsabilidade de salvaguarda do interesse geral do Estado.

Esta limitação da livre circulação de trabalhadores nas administrações públicas não é traduzida por um sector específico, mas antes pelo posto de emprego. O mesmo é dizer que nos ministérios que tenham por missão funções que envolvam o exercício da autoridade pública e a responsabilidade de salvaguarda do interesse geral do Estado, que em regra abrange funções específicas do Estado e entidades afins, como as forças armadas, a polícia e outras forças de manutenção da ordem, o sistema judicial, as autoridades fiscais e os corpos diplomáticos, só pode limitar o acesso para as vagas que estiverem diretamente relacionados com essas actividades específicas.

Decorre ainda do citado relatório da Comissão que embora o nº 4 do artigo 39º do Tratado CE preveja que a livre circulação de trabalhadores não é aplicável aos empregos na administração pública, quer o Tribunal quer a própria Comissão interpretam-no de uma forma restritiva, entendendo-se que o "*Estado-Membro só pode reservar o acesso a empregos na função pública aos seus nacionais se esses empregos estiverem directamente relacionados com actividades específicas da administração pública, nomeadamente as que envolvam exercício de autoridade pública e responsabilidade da salvaguarda do interesse geral do Estado, incluindo organismos públicos como as autoridades locais. Estes critérios devem ser avaliados numa abordagem caso-a-caso, dada a natureza das funções e responsabilidades conferidas ao cargo. Nesses acórdãos, o Tribunal decidiu que o exercício de profissões como, por exemplo, carteiros ou ferroviários, canalizadores, jardineiros ou electricistas, professores, enfermeiros e investigadores civis não pode ser limitado aos nacionais do Estado-Membro de origem.*

Mas, na sua maioria, os EM, ao abrigo desta derrogação, limitam o acesso do recrutamento a cargos públicos, uma vezes por via da sua exclusão nos requisitos do recrutamento e outas vezes por via do desconhecimento dos lugares vagos.

O meio de acesso à função pública

Ocorre também, que em muitos países da CE ainda não foram as normas comunitárias transpostas para as leis-quadros nacionais relativas à abertura do mercado ao sector público. Do referido texto decorre que "*os Estados-Membros não são obrigados a abrir procedimentos de recrutamento interno a trabalhadores migrantes, se não for permitido aos nacionais estranhos ao mesmo serviço do sector público concorrer a esse tipo de emprego ou concurso*." , mas por outro lado, depois de ingressarem no sector público os Estados-Membros não podem recusar aos trabalhadores migrantes o estatuto de funcionário civil.

O acesso direto, via destacamento ou mobilidade dos trabalhadores da função pública embora previsto no direito comunitário, para todos os empregos que não envolvam o exercício da autoridade pública e a responsabilidade de salvaguarda do interesse geral do Estado, e constitua uma medida muitas vezes instada pela Comissão aos Estados Membros, apenas tem ocorrido no âmbito de acordos bilaterais e intercâmbio de trabalhadores.

Critérios de acesso, promoção e antiguidade

As limitações de acesso à função pública dos países membros, não se estreitam apenas com questões ligadas à nacionalidade, mas também sobre a diversidade de normas e critérios porque se pautam o acesso e promoção do emprego na administração pública Como iremos seguidamente abordar são diferentes, entre os países comunitários, os critérios valorativos da experiência profissional, curricular, antiguidade e reconhecimento de diplomas, causando problemas de equidade e igualdade, de difícil resolução. Essencialmente, o maior número de reclamações surge nos critérios que cada país adota para a decisão da consideração da experiência profissional adquirida noutro Estado-Membro, tendo levado a Comissão a instaurar processos de infração contra os Estados-Membros em causa.

De facto, além da dificuldade e limitações no acesso direto ao serviço público, surge, também o reconhecimento de experiência profissional e antiguidade, como entrave na simplificação do procedimento. Note-se contudo que a questão do reconhecimento e experiência profissional, não é uma questão abrangida pela derrogação do nº 4 do artigo 39º CE. Isto é uma vez admitido na

função pública, não pode o cidadão comunitário, ser discriminado e distinguido dos nacionais por motivos de acesso e condições de trabalho na administração pública. Mesmo que seja exigida uma formação específica, como é o caso da saúde e educação deve ser levada em conta a experiência profissional prévia e a antiguidade adquirida no país de origem, de modo a ser reconhecida, por essa via, essa formação específica.

Por último e, com menos rigor, exige-se um reconhecimento de qualificações e diplomas, também aplicável ao sector público.

Os empregos no sector público de um Estado-Membro exigem quase sempre um tipo diferente de diploma.

Aplicam-se as Diretivas nºs 89/48/CEE e 92/51/CEE [124], nos casos em que o "diploma exigido para a prática de determinada profissão certificar a formação que prepara especificamente para o exercício da profissão.". Esta situação é diferente da necessária certificação de um diploma, que atesta o nível de ensino de educação ou formação.

Enquanto que a primeira exigência se relaciona com a formação necessária para o desempenho daquela função, a segunda respeita ao grau de ensino mínimo obrigatório para se poder candidatar.

No entanto, não raras são as situações que o fator tempo impede a concretização desse objetivo e a consequente candidatura, resultante da dificuldade e morosidade do sistema geral de reconhecimento mútuo de qualificações e diplomas, apesar de instados os Estados membros, para facilitar o reconhecimento de diplomas e qualificações.

As prerrogativas concedidas, com vista ao respeito pelo princípio da igualdade, levantam várias questões, pois a ponderação dos fatores valorativos, variam entre os Estados Membros, o que torna esta tarefa de difícil exequibilidade, para que os requisitos sejam analogamente apreciados.

II CAPITULO

A NOVA FUNÇÃO PÚBLICA EM PORTUGAL, A AVALIAÇÃO E O ACESSO À FUNÇÃO PÚBLICA.

A nova função pública em Portugal

Partindo de um estudo elaborado pela autora,[7] sintetiza-se aqui o cenário da regulamentação do trabalho em funções públicas em Portugal desde, 2008, data que constitui um marco com a aprovação dos seguintes diplomas, que marcam a viragem do rumo da administração pública portuguesa, no caminho "da new public administration".

- Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro, que regulamentava, os vínculos na função pública (LVCR).
- Lei 58/08 de 9 de Setembro que aprovou o Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas
- Lei 59/08 de 11 de Setembro que aprovou o Regime Jurídico dos Contrato de Trabalho em Funções Públicas (RVTFP)

A **Lei nº 12-A/2008 de 27 de Fevereiro**, LVCR[8] elimina a referência à função Pública e funcionários públicos e as nomenclaturas passam de

Nomeados	Trabalhadores nomeados definitivamente
Agentes administrativos	Trabalhadores nomeados transitoriamente
Contratados	Contratos de trabalho em funções públicas

Os agentes administrativos passaram a estar vinculados aos dois regimes. Ao de funções públicas, equiparados aos nomeados.

E, na generalidade das situações relacionadas com o período experimental, ao regime da lei laboral privada.

[7] ANA PAULA PINTO DA CUNHA ,*Em nome do princípio da igualdade, analise-se como é avaliada a diferença nos trabalhadores de funções públicas*, **in Congresso Internacional Dimensões dos Direitos Humanos, Universidade Portucalense, 2015.**

[8] Página da DGAEP - http://www.dgaep.gov.pt/upload/Legis/l_12_a_2008_de_2702_(30012013).pdf

A regra, com a LVRC, passa a ser:

- Nomeação definitiva - se exercer alguma função de soberania ou autoridade prevista no artº 10º da LVRC.
- Restantes : contrato de trabalho em funções públicas, ditado pelo regime da RCTFP, com sujeição à LVRC, independentemente do vinculo, ao estatuto disciplinar e legislação especial para carreira investigação, saúde)

Quanto à forma de recrutamento dá-se uma nova roupagem, abandonando-se a nomeação, como regime regra, para dar lugar à contratação, ficando sujeitos a esta forma de recrutamento todos os funcionários, mesmo os antigos nomeados, desde que não exercessem as funções de autoridade ou soberania.

Desta feita, e à contrário, todos os funcionários que exercerem aquelas funções, mesmo os contratados foram integrados, alterando o seu vínculo para nomeação definitiva. Os outros que não exercessem essa função, o vínculo foi convertido num contrato de funções públicas:

- A contratação é feita por tempo determinado ou indeterminado.
- A nomeação pode ser definitiva ou provisória
- Nomeação a termo certo, não podia ser superior a 3 anos

A nomeação definitiva está ligada ao exercício de funções integradas em carreiras, pois trata-se de funções de autoridade e soberania, que não devem ser exercida por pessoas com vínculos precários[9] mais sujeitas a pressões e influências alheias.

Porém a **Lei nº 35/2014 de 20 de Junho, aprovou a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas** (LGTFP ou LTFP) veio revogar os anteriores diplomas.

De acordo com os comentários de Paulo Veiga e Cátia Arrimar[10], o artº 1º da LGTFP vem disciplinar o vinculo do trabalho em funções públicas, enquanto que a sua antecessora LVRC, disciplinava as modalidades do vinculo incluindo os contratos de prestação de serviços. Com esta introdução parecia não estarem contemplados nesta lei os referidos contratos de prestação de serviços, mas acabam por ser regulamentados nos artigos 10º e 32º.

No art.º 6º é distinguida a noção de vínculo de trabalho em funções públicas, do contrato de prestação de serviço.

O vínculo de trabalho em funções públicas, que ocorre quando uma pes-

[9] MIGUEL LUCAS PIRES, *Os regimes de vinculação e a extinção das relações jurídicas dos trabalhadores da Administração Pública*, Almedina, 2013, p 62.

PAULO VEIGA MOURA E CÁTIA ARRIMAR, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1º volume, artºs 1º a 240º, Coimbra Editora, 2014, p 76.

[10]

soa singular presta, de uma forma subordinada a sua atividade a um empregador público, por tempo indeterminado ou a termo resolutivo, pode revestir a modalidade de

- Nomeação
- Comissões de serviço
- Contrato de trabalho em funções públicas

O art.º 7º vem esclarecer que, **por regra**, **o vínculo de emprego público se constituirá, pelo contrato de funções públicas.**

O art.º 8º vem identificar as funções que sendo exercidas fazem constituir o vínculo de emprego, **por nomeação**.

O **nomeado** passa a ser investido numa carreira, mesmo, como decorre do nº 3 desse artigo, admitindo-se a hipótese de serem exercidas temporariamente.

Como os referidos autores defendem, em anotação ao artº 8º[11] , a nomeação, por um lado é precedida de um procedimento concursal e determina uma adesão a um regime jurídico unilateral e previamente determinado, sem possibilidade de ser disciplinada por instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, e por outro lado , no que diz respeito ao objeto, é restrita às carreiras que envolvem funções não técnicas, que pela sua soberania ou autoridade, integram o « núcleo duro da função pública»

Portanto só serão nomeados os trabalhadores providos numa carreira, cujo conteúdo funcional envolva o exercício daquelas funções, isto é, se um assistente técnico foi exercer funções a um órgão inspetivo, quando as funções inerentes à sua categoria não sejam qualquer uma das eleitas no artº 8, essa circunstância não lhe concede o regime de nomeação.

A avaliação dos trabalhadores em funções públicas

A Lei n.º 66-B/2007, de 28 de Dezembro, com as alterações da Lei n.º 66-B/2012, institucionalizou o SIADAP como o modelo de avaliação para a Administração Pública constituído por um sistema integrado de gestão e avaliação de desempenho da AP, dirigido aos dirigentes, trabalhadores e avaliação dos próprios serviços.

O SIADAP foi identificado como um sistema[12], composto por um con-

[11] PAULO VEIGA MOURA E CÁTIA ARRIMAR, *Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas*, 1º volume, artºs 1º a 240º, Coimbra Editora, 2014, p 110.

[12] PAULO VEIGA MOURA, *A Avaliação de Desempenho na Administração Pública*, Coimbra Editora, 2012, p. 14. ALFREDO AZEVEDO, *Administração Pública*, Vida económica, 2007, p 190 a 201.

junto de regras e princípios, que, sendo integrado, interrelaciona elementos, de uma forma harmoniosa, quer internamente, através da coerência de objetivos, quer externamente, harmonizando-se, por se tratar de um sistema de gestão, com as opções politico administrativas dirigidas à administração pública.

Como refere Alfredo Azevedo[13] este sistema trata-se de uma **avaliação de desempenho** que assenta nos objetivos de **qualidade e excelência, liderança, responsabilidade, mérito e qualificação.**

A avaliação aplica-se a todo o fator humano que trabalhe de forma subordinada para qualquer órgão da administração.[14] A noção de trabalhador no SIADAP, engloba todos os trabalhadores da Administração Pública independentemente do título jurídico da relação jurídica, desde que a vinculação seja superior a 6 meses e não exerçam cargos de dirigente.

Na opinião de Paulo Moura, o Siadap aplica-se aos nomeados, definitiva ou transitoriamente, contratados em regime de contrato de trabalho, por tempo indeterminado ou a termo resolutivo, desde que trabalhem há mais de 6 meses. Excluídos deste sistema de avaliação ficam os que exercem funções ao abrigo de contrato de prestação de serviços.

O acesso à função pública, em Portugal.

Num Estado de Direito, o acesso à função pública em condições de igualdade e liberdade, constitui um princípio democrático consagrado, entre nós, no nº 2 do artº 47º da Constituição da República Portuguesa.

Neste normativo defende-se a ideia de que todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso, aplicando-se a todos aqueles que preencham os requisitos legais para ser trabalhador público.

Na opinião de Ana Neves, o conteúdo deste direito à igualdade «*compreende, no essencial, o* direito *de candidatura, o direito à igualdade de tratamento e o direito a que a ordenação de mérito seja respeitada na subsequente constituição da relação jurídica de emprego*».[15]

---

[13]

[14] Ibidem, p 29 a 30.

[15] ANA FERNANDA NEVES, *Relação jurídica de trabalho e relação de função pública,* Coimbra Almedina, 1999, p. 14.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, Tomo I, cit. pp., 658, apud, ANTÓNIO JOSÉ MENDONÇA BESSA *Acesso (efetivo) ao Emprego Público - Garantias (in)efetivas dos candidatos. Tese de mestrado, Universidade do Minho.*

ANA FERNANDES NEVES, *O Recrutamento de Trabalhador Público*, Provedor de Justiça – Divisão de Documentação, Lages Design, Lda, Lisboa, p.44

O direito de acesso à função pública, consiste também, na opinião de outros autores, na liberdade de acesso e candidatura à função pública em condições de igualdade.

No que se refere à nacionalidade a Lei n.º 35/2014 de 20 de Junho que regula a Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, impõe no art.º 17º como requisito para a constituição do vínculo de emprego público, a nacionalidade portuguesa, especificando que esta, para o desempenho de funções públicas, só pode ser exigida nas situações previstas no n.º 2 do artigo 15.º da Constituição.

Por seu turno, o referido art.º 15º da Constituição da República Portuguesa atribui os mesmos direitos e impõe os mesmos deveres aos estrangeiros e os apátridas *que se encontrem ou residam em Portugal, com exceção do exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico.*

Carece, no caso específico de Portugal, delimitar conceitos como sejam da cidadania, estrangeiros e apátridas bem como definir o que se entende por funções públicas sem carácter predominantemente técnico, para se entender o alcance limitativo do acesso ao exercício de funções públicas.

A partir das queixas mais frequentes dirigidas ao Provedor de Justiça sobre o recrutamento da função pública em Portugal, a autora, Ana Neves esclarece as dúvidas sobre o enquadramento dos trabalhadores da CE, realçando « *A questão da exigência da nacionalidade não se coloca relativamente aos cidadãos de outros Estados-Membros da União Europeia.., O princípio fundamental da livre circulação dos trabalhadores é aplicável aos trabalhadores públicos. Apenas podem ser excecionados (mas não têm que o ser) os empregos que envolvem uma participação, direta ou indireta, no exercício do poder público e cujas funções tenham por objeto a salvaguarda dos interesses gerais do Estado ou de outras coletividades públicas. Esta delimitação, dos empregos da Administração Pública excluídos da aplicação do princípio, foi sendo apurada de forma estrita pela jurisprudência euro comunitária desde os anos setenta. O requisito da nacionalidade deve, pois, em face do exposto, ser enunciado nos seguintes termos na economia da disposição normativa relativa aos requisitos de recrutamento: «Constituem requisitos para ser trabalhador público: // a) "Ter nacionalidade portuguesa, nos casos, de acordo com a Constituição, especificamente previstos na lei e permitidos pelo Direito da União"* ».

III CAPÍTULO

AS ALTERAÇÕES IMPLEMENTADAS EM ESPANHA, NA REGULAMENTAÇÃO DAS FUNÇÕES PÚBLICAS

Na constituição espanhola de 1978 o artigo 103.1, determina que o exercício da função pública, tal como em Portugal, tem por finalidade a prossecução do interesse público, cumprindo com o estabelecido na lei e no direito e rege-se por princípios de eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação.

Estando pois, vinculada a administração pública a um estado de direito, é em nome da justiça social e do respeito pelos direitos individuais e, como garantia da legalidade a regulação do emprego público, que se impõe a elaboração de um estatuto que enuncie os direitos e obrigações do funcionário público.

No sentido amplo, a regulação do emprego público é atribuída ao governo (art.º 97º) sendo o estatuto do funcionário público alicerçado sobre os pilares básicos e garantidos constitucionalmente, como é o caso dos princípios do mérito e da capacidade, previstos no artº 103.3 e o primordial princípio da igualdade previsto no art.º 23.2.

De acordo com o Título IV e VIII da CE, o exercício da Administração Pública é repartido por três modelos territoriais,

- A Administração Estatal
- A Administração das Comunidades Autónomas
- A Administração Local.

Insere-se nas competências da administração Estatal, a elaboração do estatuto do funcionário Público de forma a garantir, que em Espanha, esteja prevista uma lei que tutele os princípios constitucionais aplicados ao emprego púbicos com normas gerais e comuns a todos os funcionários da administração pública.

Nessa linha de atuação em Espanha foi publicada a Ley 7/2007 de 12 de Abril,[16] que criou o Estatuto Básico do Empregado Público, que sem deixar de

[16] http://www.boe.es/boe/dias/2007/04/13/pdfs/A16270-16299.pdf

privilegiar a carreira como estatuto funcional, adaptou a gestão e a articulação do emprego público em Espanha, às novas exigências e reformas da União Europeia, elegendo na seleção dos estatutos e carreiras, critérios com base no mérito e na capacidade.

O EBEP, de acordo com o artº 1º aplica-se

> "al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas: – La Administración General del Estado. – Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla. – Las Administraciones de las Entidades Locales. – Los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas. – Las Universidades Públicas."

O próprio "Estatuto Básico do Empleo Público" prevê porém, no seu artigo 6º, sobre as Leyes de Función Pública

> " En desarrollo de este Estatuto, las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las Leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas."

A gestão de recursos humanos na função pública é tarefa prioritária, não só na prossecução do interesse público como na salvaguarda dos direitos individuais. Como defende, Andrés Juan[17] " *Cualquier política pública necesita de personas que la lleven a cabo, por lo tanto, ante cualquier política pública nueva, se ha de establecer una previsión de la clase de personas idóneas para desarrollarla. Es necesario determinar las funciones y tareas a desarrollar y, a partir de ellas, los requisitos y condiciones que han de tener los recursos humanos y establecer sus conocimientos y correspondencia o no con un título académico y considerar si se tienen o no en el seno de la organización, para, conforme a ello, decidir el procedimiento o los procedimientos necesarios para su obtención*"

Face à disparidade de exigências e conceitos que resultam das leis ordinárias, reguladas pelas diversas administrações autónomas, locais e institucionais, muitas vezes diferenciadas por questões funcionais e orçamentais, poderia sentir-se uma grande dificuldade na definição de um modelo padrão adotado por Espanha, para balizar as tarefas e funções, que nos termos da diretiva comunitária, permite derrogar o princípio da Liberdade de acesso do cidadão europeu ao setor público.

[17] ANDRÉS MOREY JUAN , *La Administración General y Su Papel Respecto de las Políticas Públicas*, en La Administración Pública Entre Dos Siglos (Ciencia de la Administración, Ciencia Política y Derecho Administrativo) Homenaje a Mariano Baena del Alcázar, Instituto Nacional de Administración Pública Madrid, 2010, p. 102.

Mas para obstar a utilização desse argumento, defendem alguns autores [18] a simplificação de um modelo remetendo para os conceitos gerais da CE «*A noção de empregos na Administração Pública, na economia do artigo 45.º, n.º 4, do TFUE é uma noção «inerente ao tratado, excluindo qualquer recurso às disposições nacionais», pois dada a diferente organização das funções públicas nacionais, a flutuação da interpretação do conceito de empregos na Administração Pública refletir-se-ia negativamente no princípio de que é exceção e, como tal, tem de ser interpretada nos seus estritos termos.*».

CAPÍTULO IV

O DESTAQUE DA ESPANHA NO RELATÓRIO DA OCDE SOBRE *O ESTUDO COMPARADO DO EMPREGO PÚBLICO NOS PAÍSES EUROPEUS.*

Do estudo comparado do emprego público nos países europeus,[19] efetuado pelo Instituto Nacional da Administração Pública e concluído em 2007, destacam-se as seguintes caraterísticas no regime público espanhol:

Quanto à frequência relativa de cada um dos regimes de emprego, ou seja, a repartição percentual do emprego público entre os regimes de nomeação e os de contratação individual- O regime de nomeação, regulada pelo direito público, é predominante na Espanha (60%) sendo que nos restantes países predomina o regime de contratação individual.

Também a Espanha só reservou o estatuto de nomeação para as funções de soberania, apesar de 60% do total de empregados públicos se manter nesse regime, facto que demonstra a coexistência do regime de nomeação e de contratação individual em quase toda a Administração Pública

Na Espanha são comuns alguns princípios estabelecidos pelo Estatuto Básico do Empregado Público (Lei 7/2007, de 12 de Abril), em particular no âmbito do recrutamento (transparência, publicidade, imparcialidade, adequação dos requisitos de recrutamento às funções a desempenhar) e do direito a estarem integrados

[18] STRID AUER, CHRISTOPH DEMMAKE E ROBERT POLET, *La Fonction publique dans l'Europe des 15, cit.*, pp. 39 e 149, e JOSE MANUEL GOMEZ MUÑOZ, *Libre Circulación de Trabajadores en el Empleo Publico. Adecuación Comunitária de lOrdenamiento Jurídico Español*, Colección Estudios, Conselho Económico y Social, 1996, pp. 187 e 188., apud, ANA FERNANDES NEVES, *O Recrutamento de Trabalhador Público*, Provedor de Justiça – Divisão de Documentação, Lages Design, Lda, Lisboa, p.45.

[19] https://prezi.com/qnyd4xs0uu7l/estudo-comparado-de-regimes-de-emprego-publico-de-paises-eur/

numa carreira e a serem promovidos, designadamente, tomando em consideração a avaliação do desempenho.

Em certos países, a relação entre carreiras e conteúdos funcionais é geralmente híbrida, na medida em que coexistem duas situações, a saber: a especificação dos conteúdos funcionais geram diversas carreiras; existe uma condensação de conteúdos funcionais, em poucas carreiras. Estão nesse caso, a Espanha sendo que a condensação de conteúdos funcionais em poucas carreiras só se verifica no caso do regime geral.

Além dos conteúdos funcionais, e nalguns casos dos níveis de Administração (Central, Regional, Local), a estruturação das carreiras obedece ao critério níveis de habilitações académicas, embora existam diferenças significativas entre países e mesmo entre grupos profissionais dentro do mesmo país. Com efeito, neste âmbito, podemos identificar um primeiro grupo constituído pelos países em que foi estabelecida uma correspondência entre níveis de habilitação académica e grandes grupos socioprofissionais, designadamente para efeitos de remuneração. Estão neste grupo a Espanha.

Por fim, quanto ao recrutamento na Espanha o processo é definido pelos serviços, não existindo uma regra comum obrigatória, isto é pode ser definido o critério da nomeação ou do contrato individual. Tratando-se de recrutamento para cargos superiores de carreira, foi considerada apenas a possibilidade de recrutamento externo.

A evolução remuneratória, em Espanha, obedece ao critério de antiguidade.

Em Espanha a admissão ou promoção do pessoal, são também condicionadas, respetivamente às vagas do quadro do organismo e à dotação orçamental. É possível uma transferência compulsiva, sem consentimento do trabalhador, mas é obrigatória a sua indemnização.

Por último apraz referir que o sistema remuneratório pode ser acrescido de complementos à remuneração base, que em Espanha podem ser elevados, pois poderão ascender a mais de 60% do total do vencimento. Para efeitos de complemento releva a avaliação de desempenho, podendo variar quer pela quantidade quer pela qualidade do trabalho.

CAPÍTULO V

O FUNCIONÁRIO PÚBLICO IBÉRICO

A investigação em curso sobre o projeto **" O TRABALHADOR IBÉRICO EM FUNÇÔES PÚBLICAS"** surgiu como mote no âmbito do projeto comunitário INTERREG V-A, onde se encontra registada[20] na página web e foi inserido na prioridade " *Reforço da cooperação jurídica e administrativa e entre cidadãos e instituições"*

A apresentação desta investigação, na conferência subordinada ao tema **"Encontro de Direito do Trabalho-Transformações Recentes do Direito do Trabalho Ibérico"** constitui um desafio para a comunidade científica refletir sobre a necessidade de serem definidas medidas que visam reforçar o princípio da liberdade de circulação de pessoas, nomeadamente dos trabalhadores que exerçam funções públicas e que constitui, ainda, um tema das recomendações da Comissão da Comunidade Europeia.

Como objetivo geral projeta-se a criação de modelo piloto, que defina os requisitos gerais de recrutamento e mobilidade transfronteiriça. Destina-se não só as instituições públicas, mas todos aqueles que pretendam ingressar na função pública e os trabalhadores que já exerçam funções públicas, e que pretendam mobilizar-se para outras administrações públicas, na Galiza ou em Portugal, ou no espaço europeu.

Como objetivos específicos pretende-se suscitar a reflexão sobre a pertinência de:

- **R**eforçar o princípio da livre circulação dos trabalhadores em funções públicas, no espaço comunitário, iniciando esta experiência piloto com Galiza e Portugal**.**
- **C**riar contextos para implementar, a título de experiência piloto, as políticas comunitárias.
- **C**ontribuir para a densificação de conceitos, nomeadamente os con-

[20] http://www.poctep.eu/pt-pt/2014-2020/trabalhador-ib%C3%A9rico-em-fun%C3%A7%C3%B5es-p%C3%BAblicas-galiza-norte-de-portugal.

ceitos sobre o "exercício de autoridade pública e responsabilidade da salvaguarda do interesse geral do Estado" que constituem o corolário dos atuais constrangimentos de acesso à função pública no espaço comunitário.

- **P**otencializar os recursos humanos, as competências e a valorização profissional e promover competências pessoais, sociais, profissionais e científicas.
- **D**inamizar e ou promover a constituição de parcerias e promover a troca de experiências e conhecimentos científicos entre as instituições e a comunidade científica.

Projeção de futuras investigações.

Para se enquadrar no âmbito do referido projeto o tema foi projetado para os regimes jurídicos da função pública em Portugal e Galiza, mas a ideia poderá ou deverá ser alargada a todo o espaço europeu, dada a fragilidade com que até à data foi tratada a gloriosa liberalidade concedida no Tratado de Roma, sobre a livre circulação de pessoas, principalmente, na função pública.

O TEMPO DE TRABALHO NUM MUNDO EM TRANSFORMAÇÃO

Francisco Liberal Fernandes [1]

RESUMO: Breve alusão aos conceitos de tempo de trabalho e de tempo de descanso no direito comunitário, no direito da OIT e no direito nacional. A necessidade de uma redefinição jurídica do tempo de descanso.

PALAVRAS-CHAVE: Directiva nº 2003/88; tempo de trabalho; tempo de descanso; incapacidade temporária para o trabalho.

ABSTRACT: A brief analysis of working time concepts and of time at the employer's disposal in EU law, ILO law and national law. The need for a legal redefinition of the rest period concept.

KEYWORDS: Directive; working time; rest period; inability to work.

[1] FDUP, CIJE

O direito do trabalho confronta-se actualmente com um problema que tem a ver com a diluição das tradicionais fronteiras entre vida activa e vida privada (*work - life blending*) constituir uma característica cada vez mais frequente na realidade laboral — com particular incidência nas novas formas de trabalho e nas actividades de trabalho especialmente veiculadas através das tecnologias de comunicação —, em que são evidentes os danos que tal confusão provoca na vida dos trabalhadores e da sua família.

Uma tal situação confronta-se com a necessidade de criar instrumentos jurídicos que assegurem uma efectiva tutela da vida privada ou pessoal do trabalhador; neste sentido, defende-se a urgência de uma definição rigorosa de uma linha de demarcação entre trabalho e descanso, de modo a garantir-se aos trabalhadores um autêntico direito de não estar à disposição do empregador — o que não deixa de constituir uma fronteira recuada relativamente ao clássico direito ao repouso. Nesse sentido, urge densificar o próprio conceito de tempo de descanso em substituição do seu actual conteúdo.

1. O direito comunitário

A Directiva n.º 2003/88, sobre a organização do tempo de trabalho, visa garantir prescrições mínimas de saúde e segurança no que respeita à organização do tempo de trabalho, designadamente em matéria de horários de trabalho, de limitação do tempo de trabalho excessivo e de períodos adequados de descanso ou de férias remuneradas.

Consagra-se ainda no art. 31º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (condições de trabalho justas e equitativas) que "todos os trabalhadores têm direito a condições de trabalho, saudáveis, seguras e dignas" (n.º 1) e que "todos os trabalhadores têm direito a uma limitação da duração máxima de trabalho e a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas" (n.º 2).

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça — acórdãos *CIG*, de 3-7-2001 (proc. n.º C – 241/99), *Simap*, 3-10-2001 (proc. n.º C - 303/98), *Jaeger* de 9-9-2003 (proc. n.º C – 151/02), *Dellas*, de 1-12-2005 (proc. n.º C - 4/04) e nos Despachos *Vorel*, de 11-1-2007 (proc. n.º C - 37/05) e *Grigore* de 4-3-2011 (proc. n.º C – 258/10) —, os períodos de prevenção assegurados em regime de presença no local de trabalho constituem tempo de trabalho (*active on-call time*), não sendo por isso abrangidas as horas de simples prevenção ou de localização (*inactive on-call time*).

Apesar de o tempo gasto na deslocação do domicílio para a empresa ou

para o local de trabalho normal ou habitual ser um período de relativa indisponibilidade para o trabalhador, a respectiva duração não integra por regra o período normal de trabalho. Contudo, no acórdão *CC.OO.*, de 10-9-2015 (proc. n.º C - 266/14), o Tribunal de Justiça considerou que, nos casos em que os trabalhadores não têm local de trabalho fixo ou habitual e que, para exercerem a sua actividade, "utilizam um veículo da empresa para se deslocarem da sua residência até ao cliente designado pela entidade patronal ou para regressarem à sua residência a partir dos domicílios desse cliente e para se deslocarem entre os domicílios desses clientes durante o dia de trabalho … o tempo de deslocação que estes trabalhadores despendem nas deslocações quotidianas entre a sua residência e os domicílios do primeiro e do último clientes designados pela sua entidade patronal".

2. O Código do Trabalho

A noção de tempo de trabalho contida no art. 197º compreende o tempo de trabalho efectivo e os períodos de inactividade equiparados a tempo de trabalho efectivo por lei ou por instrumento de regulamentação colectiva. O conceito de tempo de trabalho efectivo é definido por meio de dois critérios: o do desempenho ou exercício da prestação e o critério da disponibilidade para o trabalho (art. 197º, n.º 1).

O primeiro diz respeito ao período durante o qual o trabalhador executa efectivamente a sua actividade no local e no período definido contratualmente ou fixado pela entidade empregadora, conforme as situações; o segundo critério engloba os períodos em que, embora em situação de inactividade, o trabalhador permanece sob a autoridade da entidade patronal e, portanto, adstrito ao cumprimento da respectiva prestação laboral.

O tempo de trabalho equiparado a tempo efectivo compreende diferentes situações: o tempo gasto em actividade auxiliares ou complementares (nº 2, alínea *c)*); o tempo improdutivo ocorrido no decurso do processo produtivo (nº 2, alínea *c)*), interrupções no trabalho por motivos de natureza pessoal (nº 2, alínea *b)*) ou alimentar (nº 2, alínea *d)*), por razões específicas de saúde e de segurança no trabalho (nº 2, alínea *e)*) ou por motivos de descanso (nº 2, alínea *a)*).

3. Delimitação do conceito de disponibilidade para trabalhar

Se a determinação do tempo de trabalho efectivo não apresenta dificuldades do ponto de vista jurídico, o critério da disponibilidade para trabalhar

nem sempre se afigura inequívoco. De um modo geral, o trabalhador permanece adstrito ao exercício da sua actividade quando subsiste na íntegra o dever de trabalhar, ou seja, quando, durante o período de trabalho (normal ou suplementar), está juridicamente obrigado a obedecer às instruções do empregador, não beneficiando por esse motivo de autonomia (ou de um grau de autonomia relevante) para gerir o seu próprio tempo.

A qualificação do tempo de disponibilidade para o trabalho durante o qual o trabalhador não presta actividade constitui um problema que se vem colocando desde a Convenção nº 30 da OIT (relativa à duração do trabalho no comércio e serviços) — cujo art. 2º define, como já se referiu, duração do trabalho como sendo o tempo durante o qual o trabalhador está à disposição do empregador, dele se excluindo os descansos em que uma tal disposição não se verifica. No âmbito daquela Convenção, tem-se admitido que o conceito estar à disposição do empregador abrange tanto as situações em que os trabalhadores estão adstritos nesse período à realização de uma obrigação laboral, como os casos em que o trabalhador permanece à disposição do empregador até que lhe seja indicada a actividade a realizar.

Como se disse, a jurisprudência do TJ anteriormente citada considera que esses períodos de disponibilidade são tempo de trabalho se o trabalhador permanecer nas instalações do empregador ou no respectivo local de trabalho. Contudo, a circunstância de a expressão "estar à disposição do empregador" não excluir *in limine* a possibilidade de o trabalhador satisfazer interesses próprios tem conduzido a que, para fins de qualificação, se recorra ao critério do grau de liberdade pessoal de que o trabalhador dispõe durante aqueles períodos para realizar actividades pessoais; trata-se, como é evidente, de um critério cuja aplicação remete para o casuísmo das situações.

4. Tempo de descanso e incapacidade temporária para o trabalho

De acordo com o art. 199º, tempo de descanso é aquele que não seja tempo de trabalho. Tal como a Directiva n.º 2003/88, também o CT concebe a noção tempo de descanso por contraposição a tempo de trabalho, o que significa que não estão previstas categorias intermédias ou mistas.

Não obstante as noções tempo de trabalho e tempo de descanso se apesentarem dicotómicas, importa realçar que a segunda há-de pressupor a capacidade ou disponibilidade actuais do trabalhador para o trabalho. Com efeito, o tempo de descanso não se caracteriza apenas pela ausência de trabalho, mas deve igualmente possibilitar um tempo de lazer. Ora, este segundo conteúdo

não é possível tornar-se efectivo sempre que o trabalhador não está em condições pessoais (físicas ou psíquicas) de gozar de um período de laser.

Parece-nos, por isso, que a referida alternativa conceitual ou definitória não poderá ser entendida em termos absolutos, mas apenas em moldes tendenciais, não se afigurando adequada a sua aplicação nas situações de incapacidade ou indisponibilidade para o trabalho, as quais se afiguram como um *tercium genus*, passíveis de ser designadas por *tempo de recuperação*.

Aliás, em determinadas situações — por exemplo, nas licenças previstas no âmbito da protecção da parentalidade (art. 35º e s. do CT) —, o legislador ultrapassa aquela dificuldade de classificação ao determinar (ficcionar) que as mesmas constituem tempo de trabalho efectivo (art. 65º, n.º 1, do CT). Já relativamente às faltas justificadas, estipula que não afectam qualquer direito do trabalhador, salvo em matéria em retribuição (art. 255º, nº 1, do CT), muito embora se abstenha de qualificar o tempo de ausência ao trabalho que as mesmas implicam.

NOTAS SOLTAS A PROPÓSITO DA SOBREVIGÊNCIA LIMITADA DAS CONVENÇÕES COLECTIVAS DE TRABALHO, FACE AOS ORDENAMENTOS ESPANHOL E PORTUGUÊS

Monteiro Fernandes

1. Questões comuns, caminhos paralelos. É sabido que, quer sob o ponto de vista formal e estrutural, quer no plano substantivo, os sistemas legais espanhol e português, no domínio do direito do trabalho, apresentam diferenças muito marcadas — e até algo surpreendentes, sobretudo para quem encare a posição geográfica dos dois países. Esses sistemas têm evoluído em paralelo, segundo cadências distintas, e numa relação de aparente indiferença recíproca.

Se adoptarmos uma perspectiva "morfológica", vemos em confronto um código nunca verdadeiramente desejado, e que, em rigor, não é sequer tecnicamente, um verdadeiro código (Portugal)[1], e um "estatuto" que continua a suprir a ausência de um código prometido (Espanha)[2]. Tanto a imperfeita codificação portuguesa como o sucedâneo da codificação, em Espanha, têm, de resto, cumprido galhardamente o papel de instrumentos de acesso às normas e de expressão dos pressupostos político-jurídicos que os inspira[3].

[1] Basta notar que tem Parte Geral mas não Parte Especial, e que a abundância e a importância substancial das leis extravagantes mostram como está longe da completude própria de um código em sentido técnico.

[2] Cfr. Disposição Adicional 8ª do ET.

[3] No texto, são utilizadas as abreviaturas "CT" para o *Código do Trabalho* português e "ET" para o *Estatuto de los Trabajadores* espanhol.

Em ambos os sistemas, os corpos normativos existentes têm sido objecto, por igual, de manobras reformadoras frequentes, todas marcadas pelo signo do ajustamento às incontroladas variações das conjunturas económicas. Essas manobras têm-se desenvolvido segundo lógicas privativas de cada um dos sistemas, e, nos debates animados que as envolvem, só muito excepcionalmente são invocados, no plano argumentativo, elementos de um dos sistemas em abono ou para condenação de soluções existentes no outro.

Apesar disso, não pode negar-se que os problemas são, basicamente, comuns, e não pode por isso espantar que se desenvolvam em torno deles equações semelhantes, ainda que, porventura, com resultados diversos.

Um bom exemplo é-nos oferecido pela temática da sobrevigência (ou "*ultractividad*", como se diz em Espanha) das convenções colectivas de trabalho, e das consequências da cessação das mesmas convenções sobre as situações contratuais individuais dos trabalhadores abrangidos por elas[4].

2. Uma questão de palavras: "sobrevigência" e "ultractividade". Entendamo-nos, antes do mais, sobre a terminologia utilizável. Há aqui duas modalidades distintas de extensão temporal dos "efeitos" da convenção colectiva: uma diz respeito à vigência da convenção, como norma, como fonte de direito, e traduz-se na ampliação dessa vigência, por força da lei, para lá do termo estipulado ou da denúncia por uma das partes; outra refere-se à possibilidade — que não é segura *a priori* — de o conteúdo da convenção, ou parte dele, ser absorvido pelos contratos individuais integrados no seu âmbito de aplicação, permanecendo assim juridicamente "activo" para além do termo daquela vigência.

O termo "sobrevigência" ajusta-se à primeira modalidade, reflectindo o carácter artificial dos mecanismos pelos quais é mantida a eficácia normativa da convenção, sem o originário suporte contratual (dado que o acordo cessou no termo estipulado ou com a denúncia por uma das partes). Durante esse período, a convenção conserva apenas a sua natureza normativa, perdendo, necessaria-

[4] Importa formular desde já uma advertência: sendo certo que, na experiência jurídica espanhola, são conhecidas convenções "estatutárias" (negociadas e celebradas em conformidade com as regras do *Estatuto de los Trabajadores*) e convenções "extra-estatutárias" (elaboradas à margem desse regime legal) — cfr., por todos, A. Martin Valverde/F. Rodríguez-Sañudo Gutiérrez/J. García Murcia, *Derecho del Trabajo*, 20ª ed., Madrid, 2011, p. 130 —, as referências do texto à contratação colectiva no país vizinho dirigem-se apenas à primeira categoria. A segunda, de resto, carece de eficácia normativa e produz efeitos pelo mecanismo do mandato representativo, pelo que boa parte do que aqui se dirá viria claramente a despropósito de tal realidade.

mente, a eficácia obrigacional que lhe advinha do fundamento contratual[5] [6].

É, no entanto, necessário ainda precisar que a "sobrevigência" só ocorre verdadeiramente quando a vigência da convenção deixa, de todo, de poder imputar-se à vontade comum dos contraentes. Não há sobrevigência quando a inércia das partes permite presumir a sua conformidade com a renovação automática a que aludem o art. 499º/2 do CT e o art. 86/2 do ET. Não há, também, a nosso ver, sobrevigência — mas mera extensão da vigência inicialmente estipulada — quando, conforme a previsão do art. 86/3 do ET, a vigência da convenção se mantém para além da denúncia nos termos convencionados pelas próprias partes, nem quando, como se refere no art. 501º/10 do CT, a vigência da convenção é prorrogada por acordo das partes, depositado e publicado nos termos da lei. A sobrevigência é um fenómeno criado pela lei, à margem da vontade dos sujeitos colectivos interessados, para se aplicar em face de situações de iminente descontinuidade de um regime convencional-colectivo.

Por seu turno, a palavra "ultractividade" parece adequada ao referido fenómeno de "sobrevivência", no plano das relações individuais de trabalho, de direitos e obrigações oriundos da convenção colectiva extinta. Poderia dizer-se que, nesse caso, os conteúdos absorvidos pelos contratos individuais estariam já desconectados da convenção, não havendo, pois, lugar a qualquer ideia de projecção da eficácia desta. Mas esse suposto "desligamento" não reflecte os dados pertinentes do direito positivo. Os nºs 3 e 4 do art. 503º do CT e o art. 82/4 do ET evidenciam que, na perspectiva da lei, a génese convencional-colectiva fica gravada nos respectivos direitos e benefícios que se incorporam no "património contratual" do trabalhador, de modo que — ao contrário dos que foram criados por estipulações individuais — se mantêm expostos a modificações ou eliminações decorrentes de nova contratação colectiva. Faz, pois, sentido, jogar com a ideia de uma espécie de "legado" da convenção extinta, recolhido no plano das relações individuais de trabalho. E o termo "ultractividade" parece ajustar-se a tal fenómeno.

De qualquer modo, a terminologia relevante é a que o legislador utiliza. No CT, parece que o termo "sobrevigência" corresponde ao significado que

[5] Curiosamente, a natureza contratual da convenção parece poder ser "reavivada", pelo mecanismo previsto no nº 10 do art. 501º do CT, a que se faz referência no texto: durante o período de sobrevigência, as partes podem acordar a prorrogação da vigência da convenção por um período determinado. Esse acordo deve ser depositado e publicado como qualquer outra convenção colectiva.

[6] Importa notar que esta consequência era explicitamente enunciada na redacção primitiva do art. 86/3 do ET: "Denunciado un convénio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigência sua cláusulas obligacionales. (…) En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convénio". Esta formulação desapareceu na nova redacção do preceito.

atrás se apontou: vigência da convenção para além da denúncia, determinada pela lei e independente da vontade dos sujeitos colectivos implicados. O regime de sobrevigência é desenhado, exclusivamente, em vista da hipótese de "convenção que não regule a sua renovação" (art. 501º/2)[7]. Não há, pois, sobrevigência assente na vontade das partes, embora estas possam, como se previne no art. 501º/10, convencionar "a prorrogação da vigência", gerando uma situação de temporário revigoramento do substracto contratual da convenção e, por conseguinte, dos seus efeitos obrigacionais. No ET, por seu lado, a linguagem utilizada é mais perifrástica: no art. 86/3, fala-se de "manutenção da vigência" — quanto àquilo que a lei portuguesa designa por "sobrevigência" — e de "perda da vigência", equivalente à "caducidade", ou seja, à cessação definitiva da convenção. De todo o modo, o termo "*ultractividad*" não é utilizado no ET, mas apenas pela jurisprudência e pela doutrina, com significado equivalente ao da noção legal de "manutenção de vigência".

3. O efeito da denúncia da convenção colectiva. Assinale-se, no entanto, que as duas legislações registam, tocante ao mecanismo de desencadeamento do referido fenómeno, uma semelhança e uma diferença cuja relevância parece inegável.

A semelhança consiste no pressuposto comum da "sobrevigência" e da "manutenção de vigência" que é a denúncia; a diferença decorre do facto de a norma espanhola, ao contrário da portuguesa, requerer adicionalmente o esgotamento do prazo de vigência estipulado ("*una vez denunciado (el convenio) y concluída la duración pactada*").

Esta diferença parece redundar na atribuição de uma natureza distinta à declaração de denúncia da convenção: o art. 501º/3 do CT localiza na denúncia regularmente feita[8] o momento em que cessa a vigência "contratualizada" e se inicia a sobrevigência; ou, por outras palavras, o momento da cessação da convenção enquanto contrato, a partir do qual a mesma convenção vale apenas como norma, *ope legis*. Por seu turno, a disposição contida no art. 86/3, primeiro parágrafo, do ET exige, para que tal consequência se produza, algo mais do

[7] Na verdade, a complicada tessitura do regime contido no art. 501º do CT é susceptível de gerar equívocos vários. Um deles referir-se-á aos pressupostos da aplicação do regime de sobrevigência limitada: o nº 2 desse artigo sugere uma disjunção ("Após a caducidade da cláusula…ou em caso de convenção que não regule a renovação…") que, na realidade, não é logicamente viável. A caducidade da cláusula de sobrevigência ilimitada (descrita no nº 1 do mesmo artigo) é, decerto, condição prévia de viabilidade de qualquer regime de…limitação da sobrevigência. Mas, realizada essa condição (nos casos em que tal cláusula exista), o pressuposto da aplicação do regime de sobrevigência limitada é sempre a inexistência de regulação convencional da renovação. Não há, pois, disjunção, mas (em certos casos) conjunção de pressupostos.

[8] Ou seja, realizada através de uma "comunicação escrita dirigida à outra parte, acompanhada de proposta negocial global" (art. 500º/1).

que a denúncia — o esgotamento do prazo convencionado —, recusando-lhe o efeito extintivo visado pela parte que a declarou.

Com este ou aquele matiz diferenciador, pode dizer-se, no entanto, que, em grandes traços, as leis laborais espanhola e portuguesa adoptaram um mesmo mecanismo delimitador do ciclo vital das convenções colectivas de trabalho: manifestando-se uma das partes contra a continuidade de uma convenção, ela é mantida, por força da lei, em vigor durante um período limitado — tendo em vista a possibilidade da negociação de uma nova convenção de conteúdo mais actual. A mesma convenção estará sempre destinada a desaparecer do cenário, quer em virtude de substituição por outra[9], quer por "caducidade" ou "perda de vigência".

4. Os objectivos e os pressupostos da lei. Esse mecanismo nasceu em momentos distintos nos dois ordenamentos. Em Portugal, foi o CT de 2003[10] que, no seu art. 557º, o introduziu, possibilitando uma sobrevigência máxima de dois anos e meio. No ordenamento espanhol, o acolhimento da solução verificou-se bastante mais tarde, já no quadro das reacções à mais recente e actual crise económica e financeira: o RDL 3/2012, de 10 de Fevereiro, modificou o art. 86 do ET, limitando a dois anos a sobrevigência da convenção denunciada[11]; e, pouco depois, a L. 3/2012, de 6 de Junho, reproduzia aquele diploma com alterações, entre as quais a severa redução do período de sobrevigência para apenas <u>um ano</u>.

Assim, quase uma década separou a adopção do regime de sobrevigência limitada nos dois ordenamentos, sem que se possa encontrar nenhum indício de influência ou, sequer, de inspiração recíproca. O que, porém, ressalta imediatamente dessa cronologia é que a introdução da sobrevigência limitada (e da possibilidade de cessação da convenção sem sucessão) ocorreu, em Portugal, muito antes do início da crise económica e financeira que havia de lançar o país numa espécie de estado de emergência não declarado, ao passo que, em Espanha, essa modificação se enquadrou em providências legislativas emanadas no contexto de crise idêntica, embora não tão dramática, e com objectivos

[9] A que se pode reconduzir a referência à "revogação por acordo das partes", constante da lista das causas de cessação da convenção colectiva (art. 502º/1 do CT). Na verdade, não parece plausível a hipótese de acordo revogatório "autónomo", isto é, desligado da ocorrência de uma convenção nova.

[10] Aprovado pela Lei 99/2003, de 27 de Agosto, e entrado em vigor três meses depois.

[11] O quarto parágrafo do nº 3 desse artigo passava a dispor o seguinte: "*Transcurridos <u>dos años</u> desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.*" (sublinhado nosso).

explícitos de superação dessas dificuldades.

Poderia, pois, ensaiar-se a interpretação de que, no ordenamento português, os mencionados dispositivos surgiram como medidas de incidência estrutural, intencionalmente dirigidas à modificação da natureza e do sentido da contratação colectiva de trabalho, diferentemente do sistema espanhol, no qual tais dispositivos aparentam marcas fundamentalmente conjunturais, esgotando a sua razão de ser logo que possa considerar-se superada a crise económica, social e financeira desencadeada em 2008.

Tratar-se-ia, porém, de uma percepção ilusória da realidade gerada por esta evolução legislativa. Ela correspondeu a objectivos basicamente idênticos nos dois sistemas. O Preâmbulo da Lei 3/2012, que deu nova redacção ao art. 86 do ET, declara explicitamente a finalidade de combater a estabilização de regimes convencionados ("*evitar una «petrificación»* de las condiciones de *trabajo pactadas*»), possibilitando «*una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos*». Por seu turno, a Exposição de Motivos da Proposta de lei[12] que originou o CT de 2003 mencionava como "*objectivo estruturante*" da codificação "*inverter a situação de estagnação da contratação colectiva, dinamizando-a*"; e, mais adiante, dizia pretender a "*revitalização da contratação colectiva*", actuando no sentido do condicionamento temporal da sua vigência.

Pode também reconhecer-se por detrás dos dois enunciados, e dos regimes jurídicos que, de algum modo, procuram justificar, uma lógica comum desdobrável nas seguintes proposições: a contratação colectiva é, além do mais, um instrumento de adaptação dos regimes de trabalho às realidades económicas e organizacionais das empresas e dos sectores de actividade; deve, pois, resultar num processo dinâmico e isento de factores de bloqueio; se a negociação colectiva não se renova constantemente, na cadência desejável, isso deve-se, fundamentalmente, à atitude dos sindicatos de resistência à mudança e de defesa da continuidade dos direitos e benefícios anteriormente alcançados.

5. O enquadramento constitucional. Esta perspectiva lógica teria, necessariamente, que confrontar-se com o revestimento constitucional que, em qualquer dos dois ordenamentos, é conferido à negociação colectiva. Mas, nesse plano, há que constatar uma diferença substancial. É que ambas as leis fundamentais reconhecem e consagram a autonomia colectiva, mas fazem-no a partir de ângulos distintos. O art. 37/1 da Constituição espanhola aponta como

[12] Proposta de Lei nº 29/IX.

objecto de tutela e garantia por parte da lei ordinária "*el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresários*", focando assim, directamente, a autonomia colectiva como atributo comum dos grupos organizados que se defrontam no cenário das relações de trabalho, e também como mecanismo de produção de regras adaptadas às condições concretas de cada organização ou sector.

Por seu lado, a Lei Fundamental portuguesa refere-se, no art. 56º/3 — artigo intitulado "Direitos das associações sindicais e contratação colectiva" — ao "*direito de contratação colectiva*" cujo exercício "*compete às associações sindicais*", ou seja, refere-se a um só dos pólos da autonomia colectiva, o das organizações de trabalhadores. Esta abordagem constitucional não incide, pois, directamente, sobre a autonomia colectiva (como na Constituição espanhola), mas sobre um "direito colectivo dos trabalhadores", cujo exercício é entregue às associações sindicais, e cujo objecto é a participação na definição normativa das condições de trabalho na empresa ou sector, envolvendo duas valências convergentes: a partilha de um poder determinativo que, de outro modo, seria unilateralmente assumido pelo empregador, e a abertura de uma via de realização de interesses colectivos dos trabalhadores, no sentido da progressiva melhoria da sua condição, dentro das possibilidades existentes em cada conjuntura económica, social e política.

Ousaríamos, assim, uma tentativa de síntese da comparação entre as duas referidas abordagens constitucionais: enquanto a Constituição espanhola enfatiza a autonomia colectiva na sua inteireza, isto é, na perspectiva formal de um processo de produção de normas, a Constituição portuguesa adopta uma visão unilateral, interessando-se, sobretudo, pela vertente "substantiva" da autonomia colectiva, como "direito dos trabalhadores" de acesso a um específico meio de promoção dos seus interesses.

Ora os regimes de sobrevigência limitada são, explicitamente, colocados ao serviço da finalidade de "dinamizar", "revigorar" a negociação colectiva, evitando — como se lê no preâmbulo da Ley 3/2012 que reformou o art. 86 do ET — a "petrificação das condições de trabalhado acordadas". Objectivos, pois, claramente ligados ao funcionamento, à eficiência da negociação colectiva como processo de adaptação, e inteiramente alheios à perspectiva em que se colocou o legislador constitucional português, que é a de encarar a negociação colectiva essencialmente como mecanismo de tutela e promoção de certos interesses.

Deste modo, o dispositivo da lei ordinária espanhola é perfeitamente enquadrável na moldura constitucional que lhe corresponde; o mesmo não se

pode dizer, porém, pelas razões indicadas, do confronto entre o regime do art. 501º do CT e o art. 56º da Constituição portuguesa.

Encontra-se aí a explicação provável do facto de a questão da constitucionalidade do regime de sobrevigência limitada não se ter suscitado no âmbito do ordenamento espanhol[13]. Pelo contrário, em Portugal, ela foi levada ao Tribunal Constitucional a propósito de ambas as codificações.

Por duas vezes, esse Tribunal foi chamado a pronunciar-se acerca da compatibilidade entre um regime legal de sobrevigência limitada das convenções colectivas e o princípio de autonomia colectiva subjacente ao art. 56º/3 da Lei Fundamental portuguesa[14]. E em ambas as ocasiões se pronunciou favoravelmente, posicionando-se na primeira perspectiva indicada (a negociação colectiva como dinâmica) e não na segunda (a negociação colectiva como instrumento de tutela)[15] — ou seja, abstraindo, de modo inteiramente acrítico[16], da configuração segundo a qual o "direito de contratação colectiva" foi encarado pelo legislador constitucional.

Cremos, em suma, que a questão da conformidade constitucional do regime de sobrevigência limitada, no ordenamento jurídico português, deve considerar-se em aberto, face ao tratamento insatisfatório que lhe foi dado pelo Tribunal Constitucional.

6. A alteração da correlação de forças. A cessação de uma convenção colectiva contra a vontade de uma das partes — em regra, o sindicato — representa, desde logo, para ela, a desvantagem importante de ter que negociar uma nova convenção a partir do zero. Provavelmente, o conjunto das condições de trabalho estabelecido na convenção extinta estará subentendido nas operações

[13] O Tribunal Constitucional espanhol foi solicitado, por duas vezes, a pronunciar-se sobre a Lei 3/2012, mas não sobre este ponto específico: cfr. Sentenças TC 119/2014, de 16/07/2014 (rec. de inconst. 5603/2012) e 8/2015, de 22/01/2015 (rec. de inconst. 5610/2012).

[14] Acs. TC 306/2003 — P. 382/03, de 25/06/2003 (Mário Torres) e 338/2010 — P. 175/09, de 22/09/2010 (José Borges Soeiro).

[15] De notar o facto relevante de, relativamente ao acórdão de 2003, o próprio relator (Mário Torres) ter discordado da decisão quanto a este ponto, com fundamentos que reflectiam a perspectiva tutelar do art. 56º da Constituição. Na sua declaração de voto, observava a dado passo: " Por outro lado, atribuindo a Constituição à lei a incumbência de "garantir" o exercício do direito de contratação colectiva (direito que a mesma Constituição só consagra de forma expressa como integrando a competência das associações sindicais, não existindo norma similar à do artigo 56.º, n.º 3, para as associações de empregadores), visto como um direito colectivo dos trabalhadores, essencial à afirmação do Estado Social, essa "garantia" implica uma actuação positiva do legislador no sentido de fomentar a contratação colectiva, alargar ao máximo o seu âmbito de protecção, manter a contratação vigente e evitar o alastramento de vazios de regulamentação."

[16] Na verdade, em nenhum dos referidos acórdãos se encontra reflectido um verdadeiro esforço interpretativo do art. 56º/3 da Constituição.

negociais, mas não poderá ser invocado como ponto de partida, quer no sentido do seu incremento, quer no desenho de *trade-offs* entre benefícios perdidos e novos ganhos.

A caducidade de uma convenção, nos termos do art. 501º/4 do CT e do art. 86/3 do ET, é, desde logo, um facto condicionante da correlação de poderes contratuais num subsequente processo negocial. O equilíbrio gerado pela trégua que a convenção reflecte é intencionalmente alterado pela lei. A negociação "de base zero" arranca, assim, de um quadro de máxima amplitude dos poderes de determinação unilateral das condições de trabalho pelos empregadores — limitados apenas pela lei e pelas estipulações individuais, que são, elas próprias, muitas vezes, emanações da vontade e do interesse dos empregadores[17].

É, pois, forçoso reconhecer, como atrás dissemos, que a consagração de regimes de sobrevigência a partir da denúncia de uma das partes de uma convenção colectiva não pode ser entendida senão como a construção, pelo legislador, de um dispositivo cominatório para as associações sindicais. Em qualquer dos dois ordenamentos aqui considerados, a adesão ao entendimento da convenção colectiva como instrumento de adaptação — logo, como ferramenta de gestão do trabalho nas empresas — inspirou um impulso legislativo destinado não só a revitalizar a contratação colectiva, mas também, ou mesmo sobretudo, a reorientá-la — se necessário, mediante processos de "destruição criativa".

7. As consequências sobre as condições individuais de trabalho. Mas, para além do complexo de dificuldades operatórias que a hipótese de caducidade das convenções necessariamente suscita, no terreno da negociação, o problema principal que deriva dessa hipótese é o das consequências da caducidade ou da "perda de vigência" de uma convenção ao nível da situação contratual individual dos trabalhadores por ela abrangidos.

Trata-se de saber se e em que medida, para além da cessação da conven-

[17] "Es evidente que esta regla comporta una profunda alteración de estrategia renegociadora existente, con evidentes desventajas para los trabajadores y fortaleciendo superlativamente el poder de la parte empresarial, pudiendo imponer — si lo desea — una renegociación convencional claramente a la baja. Y esto es así porque el tiempo claramente juega en contra de los trabajadores, institucionalizándose una fuerte presión para "persuadirles" a aceptar una devaluación de las condiciones de trabajo en cada proceso renegociador, al convertirse en la opción "menos mala". Repárese que si transcurrido este plazo de tiempo no se alcanza un acuerdo, se aplicará las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior — muy probablemente inferiores a las disfrutadas; o bien, si este convenio colectivo no existiera, queden sometidos directamente a lo que en términos (muy) generales prevea la regulación legal. Lo que, sin duda, supone una regresión radical de las condiciones trabajo y una opción particularmente amenazante — convirtiéndose en un poderoso "incentivo" a alcanzar un acuerdo a partir de la denuncia del convenio colectivo" — Ignasi Beltran de Heredia Ruiz, *El tratamiento jurisprudencial de la ultraactividad de los convenios colectivos en España tras la reforma laboral de 2012*, acessível em <http://www.ijeditores.com.ar>.

ção, o seu conteúdo é susceptível de invocação no quadro dos contratos de trabalho existentes naquele que foi o seu âmbito de aplicação. Em princípio — mas só em princípio, como se verá —, se a resposta a essas perguntas for, nalguma medida, positiva, haverá que considerar os direitos e benefícios individuais ressalvados, e as correspondentes obrigações do empregador, como insusceptíveis de ablação por decisão deste último.

A questão joga com a misteriosa relação entre o conteúdo da convenção colectiva e o conteúdo dos contratos individuais de trabalho compreendidos no seu âmbito — uma relação que não parece poder ser esclarecida em termos universais por aplicação de esquemas conceptuais pré-definidos, como o da representação civil ou o da incorporação tácita, antes dependendo de opções político-jurídicas que podem variar de sistema para sistema.

8. A diversidade das respostas. Na verdade, o problema coloca-se, em termos semelhantes, no quadro de ordenamentos jurídicos tão díspares, quanto ao entendimento e ao próprio quadro jurídico da negociação colectiva, como o francês, o inglês, o alemão ou o italiano. As soluções adoptadas em direito positivo são igualmente muito diversas.

Assim, os arts. L. 2261-10 a 2261-13 do *código do trabalho francês* desenham um mecanismo cujo gatilho é a denúncia por uma das partes, sujeita a pré-aviso (prazo legal supletivo: 3 meses). Após a denúncia, a convenção é mantida em vigor até que haja novo acordo ou, mostrando-se este inviável, até um ano depois de terminado o prazo de pré-aviso de denúncia. Cessando a vigência da convenção, mantém-se aquilo que, no art. L. 2261-13, se designa por "*avantajes individuels acquis*" (vantagens individuais adquiridas). Uma abundante jurisprudência[18] tem procurado densificar esta noção, a partir da ideia de que se trata de que se trata de <u>direitos adquiridos, a título pessoal, por cada trabalhador</u> — ou seja, diremos nós, direitos absorvidos pelo seu contrato de trabalho —, desde o início da vigência da convenção até ao termo do prazo de um ano contado a partir da sua denúncia.

No *sistema britânico*, como se sabe, o contrato colectivo (*collective agreement*) só excepcionalmente é considerado juridicamente vinculante para as partes; é, em geral, apenas tomado como um "compromisso de honra" (*binding in honor only*) entre o sindicato e a parte patronal. Todavia, isso não impede que possa ser-lhe atribuída relevância jurídica <u>nas relações individuais de trabalho</u>. A incorporação de conteúdos estipulados colectivamente nos contratos individuais é um fenómeno admitido em várias modalidades, nomeadamente pelo mecanismo, muito característico do *common*

[18] Acessível em <http://www.infoprudhommes.fr/mot-cle/droits-acquis>.

law, que é o do reconhecimento de "*implied terms"* (termos implícitos) nos contratos. A ideia básica é a de que, se existe um contrato colectivo, pode presumir-se, em certas circunstâncias, que os contratos individuais celebrados no seu âmbito incorporam, implicitamente, o padrão de condições de trabalho por ele consensualizado[19]. Este entendimento está, porém, longe de ser pacífico na jurisprudência.

Na *Alemanha*, a lei que estabelece o regime jurídico das convenções colectivas de trabalho (*Tarifvertragsgesetz -TVG*) dispõe expressamente, no § 4, nº 5, o seguinte: "Depois de expirado o prazo da convenção colectiva, as suas normas continuam a ser aplicáveis até à sua substituição por um outro acordo" (*Nach Ablauf des Tarifvertrags gelten seine Rechtsnormen weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden*). A doutrina atribui a este preceito uma "dupla função": a "função de ponte" (Überbrückungsfunktion) entre convenções sucessivas, prevenindo o chamado "vazio contratual" ; e a "função de protecção do conteúdo do contrato" (*Vertragsinhaltsschutz*), impedindo alterações do conteúdo das relações individuais de trabalho por causa da cessação da convenção[20].

Por seu lado, o art. 2074 do *código civil italiano* (originariamente aprovado em 1942, na vigência do regime corporativo) dispõe o seguinte: " O contrato colectivo, mesmo quando tenha sido denunciado, continua a produzir os seus efeitos após a cessação de vigência, até que surja uma nova regulamentação colectiva" (*Il contratto collettivo, anche quando è stato denunziato, continua a produrre i suoi effetti effetti dopo la scadenza, fino a che sia intervenuto un nuovo regolamento collettivo*). No entanto, este preceito tem sido considerado, pela jurisprudência e pela doutrina, como implicitamente revogado pela abolição do regime corporativo. A verdade é que não ocorreu ainda a revogação expressa, e daí que os tribunais — com natural relevo para a *Cassazione* — tenham que usar contra a aplicabilidade da norma às actuais convenções colectivas o facto de ela impor "um limite à livre vontade das organizações sindicais", mostrando-se desconforme com o art. 39 da Constituição italiana, que garante a liberdade sindical. Assim, a *Cassazione* tem, repetidamente, afirmado que as convenções, após a sua cessação, "não sendo renovadas ou expressamente prorrogadas, extinguem-se e com elas se extinguem todas as disposições específicas nelas contidas", pelo que o trabalhador não tem um direito adquirido à conservação do tratamento globalmente previsto pelo contrato colectivo[21].

---

[19] Cfr. maior desenvolvimento em Charles Barrow, *Industrial relations law*, 2ª ed., Londres, 2002, pp. 153 ss.

[20] Cfr. Abbo Junker, *Grundkurs Arbeitsrecht*, 8ª ed., Munique, 2009, pp. 299-300.

[21] Pode ver-se uma resenha da jurisprudência pertinente em http://www.di-elle.it/giurisprudenza/31-contratti-collettivi/223-ultrattivita.

9. A perspectiva luso-espanhola. Nos ordenamentos jurídicos ibéricos, reencontra-se a diversidade de abordagens e soluções para o mesmo problema.

Tanto em Espanha como em Portugal, vigorou ao longo de décadas o princípio de continuidade convencional : as convenções colectivas, mesmo que denunciadas, vigoravam até serem substituídas por outras no mesmo âmbito. O art. 11º/5 do DL 519-C1/79, de 29 de Dezembro, dispunha: "A convenção colectiva ou a decisão arbitral mantêm-se em vigor até serem substituídas por outro instrumento de regulamentação colectiva." Por sua vez, a primitiva redacção do art. 86/3 do ET oferecia solução mais complexa e matizada: com a denúncia, perderiam vigência as "cláusulas obrigacionais", mas o "conteúdo normativo", salvo acordo em contrário, manter-se-ia em vigor até que surgisse nova convenção[22].

Assim, a única questão importante que se suscitava, quanto à relação entre conteúdos da convenção colectiva e dos contratos individuais, era respeitante à sucessão de convenções — e, para ela, ambos os ordenamentos tinham a mesma resposta: salvo acordo das partes, a nova convenção substituía inteiramente a anterior (art. 15º do DL 519-C1/79 citado, art. 86/4 do ET).

A introdução dos regimes de sobrevigência limitada veio amplificar o dramatismo da cessação de uma convenção colectivo, dando origem a soluções diferentes nos dois sistemas.

10. A resposta (legal) portuguesa. No quadro do direito português, o art. 501º/6 do CT ressalva, em caso de caducidade da convenção, "*os (efeitos) já produzidos pela convenção nos contratos de trabalho, no que respeita a retribuição do trabalhador, categoria e respectiva definição, duração do tempo de trabalho e regimes de protecção social*"[23].

Deste texto podem retirar-se várias ilações quanto àquilo que designámos por "ultractividade" da convenção colectiva. A primeira consiste no reconhecimento de que esta produz efeitos nos contratos de trabalho, isto é, penetra, nalguma medida, no seu conteúdo, ainda que uma parte do resultado de tal "absorção contratual" venha a apagar-se com a caducidade da convenção. A segunda diz respeito à dimensão estritamente individual desse fenómeno: não são as normas da convenção que sobrevivem, é o conteúdo dos contratos indi-

[22] "Denunciado un convénio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigência sua cláusulas obligacionales. La vigência del contenido normativo del convénio, una vez concluída la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el própio convenio. En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convénio" (sublinhado nosso).

[23] A solução tinha sido anteriormente introduzida pela L. 9/2006, de 29 de Março, como alteração ao CT de 2003.

viduais por ela determinados que se mantém. E a terceira é a de que, no direito positivo português, a referida absorção contratual só se consolida em aspectos que, de modo mais ou menos directo, respeitam ao sinalagma fundamental no contrato de trabalho: actividade *versus* contrapartida económica.

Deve, por outro lado, ter-se presente que da combinação dos arts. 501º/6 e 503º/4 do CT resulta que, se surgir uma convenção colectiva que suceda à caducada, os próprios direitos mantidos na esfera contratual individual dos trabalhadores abrangidos podem ser modificados ou eliminados pela nova convenção.

Pode, pois, dizer-se que o regime do CT é de absorção contratual parcial e provisória. Um regime legal certamente criticável por estreitar, um tanto artificialmente, as opções em matéria de construção teórica da "pós-eficácia" das convenções[24], mas pragmaticamente plausível, tendo inclusivamente em conta o efeito devastador que se pretendeu conferir à caducidade das convenções.

Não parece, por outro lado, que se revistam de extrema complexidade as questões relativas ao âmbito das ressalvas legais, sobretudo se se entender, como cremos preferível, que se trata das concretas determinações que, para cada trabalhador, na esfera puramente individual, resultaram do clausulado da convenção colectiva. Um exemplo: a tabela salarial da convenção só pode considerar-se ressalvada se não for uma tabela de valores mínimos, mas sim de valores efectivos, tendo cada trabalhador a sua retribuição determinada, não por estipulação individual, mas por aplicação directa da tabela. A retribuição efectiva pode estar fixada por outras vias — estipulação individual expressa, estipulação tácita com base em proposta do empregador — e, nesse caso, a tabela convencional, apesar de oferecer um quadro de referências ou limites mínimos, não pode considerar-se objecto de absorção contratual. E o que se diz acerca da retribuição pode, decerto, reproduzir-se para os outros elementos da ressalva legal.

11. **A abordagem (jurisprudencial) espanhola**. Em Espanha, o quadro do direito positivo ofereceu espaço para mais ampla controvérsia acerca das sequelas da "perda de vigência" da convenção.

Como se disse, a reforma laboral de 2012 introduziu um parágrafo final no art. 86/3 do ET, com o seguinte teor: "*Transcorrido um ano desde a denúncia da convenção colectiva sem que se tenha acordado uma nova convenção ou ditado um laudo arbitral, aquela perderá, salvo acordo em contrário, vigência e aplicar-se-á, se existir,*

[24] Neste sentido, pode ver-se a crítica de Júlio Gomes, *A manutenção dos efeitos já produzidos pela convenção colectiva caducada nos contratos individuais de trabalho, após a Lei nº 9/2006, de 29 de março (ou o estranho tremeluzir das estrelas mortas)*, Questões laborais, nº 31, Jan./Jun. 2008, pp. 1 ss.

a convenção colectiva de âmbito superior que for aplicável"[25].

Em rigor, esta norma parece deixar totalmente em aberto o problema que temos referido, independentemente de haver ou não haver "convenção colectiva de âmbito superior", e das questões que a determinação desta convenção pode suscitar. É, no entanto, sobretudo, a situação de inexistência de uma tal convenção que tem suscitado controvérsia jurisprudencial. A lei nada diz acerca da atribuição de qualquer grau de pós-eficácia à convenção extinta e a omissão poderia ser, desde logo, interpretada como expressão da sua total rejeição.

A questão veio a ser decidida pelo Tribunal Supremo, por sentença de 22 de Dezembro de 2014[26], no sentido de que "quaisquer direitos e obrigações das partes existentes no momento em que termina a ultractividade de uma convenção colectiva não desaparecem nesse momento em que a dita convenção perde a sua vigência". O Tribunal argumentou, basicamente, com o facto de que é no contrato de trabalho que estão reguladas as condições laborais de um concreto trabalhador; e que essas condições (direitos e obrigações) não desaparecem com a perda de vigência da convenção, não porque o conteúdo deste seja "contratualizado" nesse momento, "mas porque essas condições estavam já contratualizadas desde o próprio momento (o primeiro minuto, poderíamos dizer) em que se criou a relação jurídico-laboral". A mesma tese foi sustentada — ou mantida — noutra sentença do Tribunal Supremo, datada já de 17 de Março de 2015[27], embora nesta a questão central fosse de outra natureza[28].

Deste modo, a orientação jurisprudencial que — apesar de muito criticada[29] — parece assente vai no sentido de que a celebração do contrato (instrumento genético e regulatório de cada concreta relação de trabalho) reúne, além das estipulações expressamente regulatórias das partes, remissões expressas e tácitas para conteúdos legais ou convencionais-colectivos contemporaneamen-

[25] "Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación." Esta redacção, introduzida pela L. 3/2012, substituíu a que constava do RDL 3/2012, citado, e que previa o prazo de dois anos.

[26] Sentença da Sala do Social- Recurso nº 264/2014, em http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp.

[27] Sentença da Sala do Social — Recurso nº 233/2013, em <http://www.poderjudicial.es/search/>

[28] A primeira dessas decisões dividiu claramente os magistrados da Sala do Social, registando-se um número elevado de declarações de voto, com especial relevo (pela densidade e pertinência da argumentação) para a posição discordante de António Sempere Navarro. Este mesmo magistrado subscreveria também o único voto discordante da segunda sentença mencionada no texto.

[29] Veja-se, nomeadamente, Federico Durán López, *Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de condiciones laborales pactadas colectivamente*, in *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudência del Tribunal Supremo. Estudios dedicados al Catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde* (coord. Joaquín Garcia Murcia), Madrid, 2015, pp. 958 ss..

te vigentes, não deixando, por isso, de manter a sua natureza de expressões da autonomia privada.

Não há, pois, se bem entendemos o teor desta construção jurisprudencial, verdadeira ultractividade da convenção colectiva aplicável (isto é, projecção contratual posterior à perda de vigência), mas estipulação individual originária por referência à convenção colectiva vigente.

12. Uma breve síntese comparativa. Este original entendimento do Tribunal Supremo espanhol conduz, decerto, a um grau mais elevado de salvaguarda das condições contratuais individuais existentes na vigência da convenção, do que aquele que o regime do CT português garante.

No entanto, essa salvaguarda, sendo mais ampla, é menos sólida. Com efeito, a lei espanhola[30] oferece, em geral, ao empregador — ao contrário do CT português — a possibilidade de, em certas circunstâncias e mediante determinados requisitos, decidir unilateralmente a modificação substancial das condições de trabalho, incluindo a duração do trabalho, o sistema remuneratório e a natureza da actividade a cargo do trabalhador. A primeira das sentenças referidas sustenta que, desaparecendo a protecção normativa da convenção caducada, as condições dos contratos individuais de trabalho ficam inteiramente expostas ao exercício dessa faculdade patronal.

De qualquer modo, como se disse, esta tese judicial está debaixo de fogo, e compreende-se por quê. Ela implica, praticamente, a frustração dos efeitos visados pelo regime da sobrevigência limitada, no plano da correlação de forças negociais. Por isso mesmo, uma parte da doutrina que se insurgiu contra a orientação destas sentenças acaba por preconizar, *de iure condendo*, soluções de meio-termo entre o vácuo convencional e a plena sobrevivência das condições de trabalho anteriores á caducidade — soluções apelidadas de "contratualização parcial"[31], e que, decerto por coincidência, praticamente reproduzem o dispositivo adoptado pela lei portuguesa.

Assim se esboçam, por caminhos tortuosos, modelos ibéricos de solução para problemas que, na verdade, são essencialmente comuns.

[30] Art. 41 do ET.

[31] Cfr. Federico Durán López, *ob. cit.*, pp. 972 ss..

AS RECENTES ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS EM MATÉRIA DE TEMPO DO TRABALHO À LUZ DAS REGRAS DA OIT [1]

Tiago Pimenta Fernandes [2]

SUMÁRIO : I. A OIT. Considerações gerais. II. Da aplicabilidade das convenções da OIT no ordenamento jurídico português. III. A convenção n.º 1 da OIT — A duração do trabalho (indústria). IV. Os regimes da adaptabilidade, banco de horas e horário concentrado no Código do Trabalho de 2009. V. Conclusão

PALAVRAS-CHAVE: OIT, convenção, tempo, adaptabilidade, banco, concentrado

---

[1] Lista de abreviaturas e siglas utilizadas: AAVV. — obra coletiva; al. (als.) — alínea(s); art. (arts.) — artigo(s); cfr. ou cf. — confrontar, confirmar; CGTP — Confederação Geral dos Trabalhadores Portugueses; cit. - citado(a); COIT — Constituição da Organização Internacional do Trabalho, texto aprovado na 29.ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Montreal, 1946) e que tem, como anexo, a Declaração referente aos fins e objetivos da Organização, aprovada na 26.ª reunião da Conferência (Filadélfia, 1944); coord. — coordenação; CPACR — Comité de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações; CRP — Constituição da República Portuguesa; CTrab — Código do Trabalho (Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, posteriormente alterada pela Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro, pela Lei n.º 53/2011, de 14 de outubro, pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, pela Lei n.º 47/2012, de 29 de agosto; pela Lei n.º 69/2013, de 30 de agosto, Pela Lei n.º 55/2014, de 25 de agosto, e pela Lei n.º 28/2015, de 14 de abril); dir. (direção); IRCT — Instrumento de Regulamentação Coletiva do Trabalho; n.º (n.ºs) - número(s); OIT — Organização Internacional do Trabalho; ob. - obra; p. (pp.) - página(s); ss. — seguintes; UGT — União Geral dos Trabalhadores; vd. — vide; vol. — volume.

[2] Professor Auxiliar na Universidade Portucalense; Assistente Convidado no Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto (ISCAP); Advogado Associado na "SAR — Silva Rosa & Associados, Sociedade de Advogados, RL".

CONTENTS: I. The ILO. General observations. II. The applicability of OIT conventions in the portuguese legal framework. III. The OIT convention number 1 — Work duration (industry). IV. The adaptability, bank of hours and concentrated work regimes in the portuguese Labour Code of 2009. V. Conclusion

KEY WORDS: ILO, convention, time, adaptability, bank, concentrated

I. A OIT. CONSIDERAÇÕES GERAIS

A Organização Internacional do Trabalho (OIT ou *ILO*, do inglês *International Labour Organization*) é uma agência multilateral da Organização das Nações Unidas especializada em questões de trabalho, designadamente, em matéria de normas internacionais do trabalho. Composta por 186 estados-membros, em representação tripartida de governos, organizações de empregadores e de trabalhadores, esta organização internacional apresenta-se como vocacionada para a preparação de diplomas internacionais relativos a diversos aspetos das relações laborais, no intuito de criar e, progressivamente, melhorar, os padrões da legislação laboral dos respetivos estados-membros[3]. Ao nível orgânico, destacamos pela sua importância a Conferência Geral (art. 2.º COIT), a quem compete a tomada de decisões com vista à resolução de problemas na área laboral e, em especial, a aprovação das convenções e recomendações provenientes desta organização (art. 19.º COIT)[4].

Relativamente aos diplomas que emanam desta agência internacional, as convenções da OIT carecem de aprovação por maioria qualificada de dois terços dos membros que integram a organização, e vinculam os Estados que as aprovem ou venham a ratificá-las (art. 19.º, n.º 5, COIT). Curiosamente, prevê-se aqui a possibilidade de imposição de uma convenção a um Estado que se revele discordante com o diploma, desde que este, embora tendo votado contra, o tenha ratificado [art. 19.º, n.º 5, al. e) COIT]. Uma vez aprovadas, e depois de ratificadas, as convenções da OIT assumem-me como verdadeiros tratados internacionais[5]. A Conferência Geral pode ainda emitir recomendações sobre as mais variadas matérias, as quais não terão força vinculativa, o que ainda

[3] A este respeito, cfr. A. Monteiro Fernandes, *Direito do trabalho*, Almedina, Coimbra, 2014, 17.ª Edição, pp. 72-73.

[4] Sobre a estrutura da OIT e as competências dos seus órgãos, *vd.* G. Perone, in *Trattato di Diritto del Lavoro, Le Fonti Del Dirito Del Lavoro,* Matia Persani e Franco Carinci (Dir.), vol. I, CEDAM, Milão, 2010, pp. 226-236.

[5] A. Motta Veiga, *Direito do Trabalho internacional e europeu*, Universidade Lusíada, Lisboa, 1994, p. 49.

assim não as impede de por vezes influenciar a legislação interna dos Estados-membros[6]. A OIT possui mecanismos de controlo da aplicação das convenções e recomendações emanadas da Conferência Geral (arts. 22.º e 19.º, n.º 6, COIT, respetivamente), dos quais destacamos o Comité de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações, que se assume como um comité técnico que, entre outras incumbências, avalia periodicamente o cumprimento pelos Estados-Membros das convenções por si ratificadas e as recomendações que lhes foram feitas, sendo-lhe lícito dirigir observações ou solicitar informações específicas aos países incumpridores.

II. DA APLICABILIDADE DAS CONVENÇÕES DA OIT NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

A consabida globalização que o Direito do Trabalho hoje apresenta impede-nos de ignorar o modo como este ramo do Direito se tem revelado no plano internacional. Com efeito, a OIT tem assumido um papel absolutamente crucial na resolução de problemas emergentes na área laboral e na aprovação de diplomas que poderão sobrepor-se às normas internas que vigoram sobre essas mesmas matérias. Daí que a relevância do estudo da normativa da OIT em matéria de tempo de trabalho tenha despertado a nossa atenção, revisitando o clássico tema da sua aplicabilidade no ordenamento jurídico português, a que nos dedicaremos em seguida.

A respeito da integração do direito internacional no plano nacional, o art. 8.º da CRP consagra entre nós um sistema de receção automática e plena daquele, segundo o qual as normas internacionais serão diretamente aplicáveis no ordenamento jurídico português, sem necessidade de serem convertidas em atos normativos internos. Concretamente, e no que ao direito internacional convencional diz respeito, dispõe o mencionado preceito que «as normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português». Pelo exposto, as convenções da OIT que hajam sido ratificadas pelo Estado Português, e que tenham sido objeto de publicação oficial (em Diário da República) vigoram na nossa ordem jurídica, sem necessidade de qualquer transposição através de legislação interna, constituindo, por isso, uma importante fonte externa de Direito do Trabalho[7].

[6] Sobre esta questão, cfr. P. Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 220-221.

[7] A este respeito, cfr. P. Romano Martinez, ob. cit., pp. 213-224; A. Monteiro Fernandes, ob. cit., pp. 72-77; B. Gama Lobo Xavier, *Manual de Direito do Trabalho*, 2.ª ed., Verbo, Lisboa, 2014, pp. 229-231.

Nesse seguimento, revela-se imperioso compreender o posicionamento do direito internacional convencional no plano interno, em face das normas constitucionais e da lei ordinária. Nesta sede, o entendimento genericamente aceite é aquele segundo o qual as convenções da OIT ocupam uma posição infraconstitucional e supralegal. Por um lado, em regra as convenções internacionais não prevalecem sobre a nossa Constituição (posição infraconstitucional)[8], entendimento que assenta usualmente em duas ordens de ideias. Em primeiro lugar, o facto de a Lei Fundamental conter alguns princípios fundamentais que são inderrogáveis, plasmados, nomeadamente, nos arts. 1.º, 3.º e 7.º, n.º 1, da CRP, o que leva à conclusão de que as convenções internacionais que se apliquem no ordenamento jurídico português devem subordinar-se à Constituição. Em segundo lugar, a Lei Fundamental prevê um mecanismo específico de fiscalização da constitucionalidade das convenções internacionais (arts. 204.º, 277.º, n.º 2, 278.º, n.º 1, e 280.º, n.º 3, todos da CRP), o que pressupõe, naturalmente, uma subordinação dessas convenções à própria Constituição. Por outro lado, aceita-se que as convenções da OIT prevalecem sobre a lei ordinária (posição supralegal). O fundamento deste entendimento reside, desde logo, no próprio art. 8.º, n.º 2, CRP, que determina que as convenções internacionais vigoram na ordem interna enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. Acresce ainda que o legislador constitucional, no art. 119.º CRP, ao ordenar os atos normativos, colocou as convenções internacionais imediatamente abaixo das leis constitucionais e acima dos demais atos normativos, o que reforça a ideia de que as convenções internacionais prevalecem efetivamente sobre a lei ordinária no ordenamento jurídico português[9].

Concluindo, e com especial interesse para o presente estudo, as convenções da OIT regularmente ratificadas pelo Estado Português e que tenham sido objeto de publicação oficial vigoram diretamente no nosso ordenamento jurídico interno, prevalecendo por isso sobre o Código do Trabalho. Deste modo, quaisquer disposições do Código que contrariem aquelas convenções serão ilegais e, nessa medida, não se reputarão aplicáveis às relações laborais disciplinadas pelo respetivo regime legal.

---

[8] Contudo, o próprio texto constitucional prevê algumas exceções a este princípio, nomeadamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16.º, n.º 2, CRP) ou o Tratado de Funcionamento da União Europeia (art. 8.º, n.º 4, CRP), que prevalecem sobre as demais normas estatuídas na nossa Lei Fundamental. Sobre esta matéria, *vd.* J. J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada – artigos 1.º a 107.º*, vol. I., reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 264-265; e ainda P. Romano Martinez, ob. cit., pp. 215-216.

[9] Relativamente ao posicionamento das convenções internacionais perante a CRP e a lei ordinária, no sentido e com os argumentos que que aqui propugnamos, cfr. J. Miranda, e R. Medeiros, in *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., pp. 91-92, bem como J. J. Canotilho, e V. Moreira, na mesma obra, pp. 259-260, e ainda P. Romano Martinez, ob. cit., pp. 215-216.

III. A CONVENÇÃO N.º 1 DA OIT - A DURAÇÃO DO TRABALHO (INDÚSTRIA)

Em 1919, ano da fundação da OIT, e logo na primeira sessão da Conferência Internacional do Trabalho, esta organização aprovou a sua primeira convenção (convenção n.º 1), relativa à duração do trabalho nos estabelecimentos industriais. Trata-se de uma convenção setorial[10], na medida em que se aplica apenas a um setor de atividade — a indústria (art. 1.º da convenção)[11]. O Estado Português, membro fundador da OIT, ratificou a mencionada convenção n.º 1 em 1928, publicando-a no respetivo jornal oficial[12].

A principal medida prevista na convenção n.º 1 da OIT foi a de estabelecer um limite máximo para o período de trabalho: o de 8 horas por dia e de 48 horas por semana (art. 2.º da convenção). Pela primeira vez, traçava-se no quadro internacional um limite à duração do trabalho, o que traduzia a preocupação com os efeitos que o excesso da duração do trabalho poderia provocar na saúde e segurança dos trabalhadores. Contudo, se, por um lado, foi fixado um limite máximo ao período de trabalho diário e semanal, por outro lado, várias disposições da convenção consagravam exceções a esses limites.

Desde logo, prevê-se no diploma em análise que os referidos limites não serão aplicáveis a estabelecimentos que empreguem unicamente membros da

[10] Segundo A. Ojeda-Avilés, a dispersão de convenções da OIT relativas ao tempo de trabalho por setor de atividade, por género, ou até por matéria (por exemplo, a duração do trabalho), deve-se às distintas práticas relativas à prestação do trabalho nos diferentes países e setores de atividade (*Transnational labour law*, Wolters Kluwer Law and Business, Nova Iorque, 2015, p. 97).

[11] A referida convenção reputa-se expressamente aplicável unicamente a «estabelecimentos industriais», identificando como tais os que se dediquem às seguintes atividades: a) minas, pedreiras e indústrias extrativas de qualquer natureza; b) indústrias em que os produtos sejam manufaturados, modificados, limpos, reparados, ornamentos, acabados, preparados para a venda, ou em que as matérias sofram transformação, compreendendo-se nelas a construção de navios e as indústrias de demolição de material, e bem assim a produção, a transformação e a transmissão de força motriz em geral e da eletricidade; c) a construção, reconstrução, conversação, reparação, modificação ou demolição de quaisquer construções ou edifícios, caminhos-de-ferro, tranvias, portos, docas, molhes, canais, instalações para a navegação interior, estradas, túneis, pontes, viadutos, esgotos coletores, esgotos ordinários, poços, instalações telegráficas ou telefónicas, instalações elétricas, fábricas de gás, distribuição de águas ou outros trabalhos de construção, e bem assim as obras de preparação e fundação que precedem os referidos trabalhos; e d) o transporte de pessoas ou de mercadorias por estrada, via-férrea ou via de água, marítima ou interior, incluindo a conservação de mercadorias em docas, cais, embarcadouros e entrepostos, com exceção do transporte manual (art. 1.º). Trata-se de um âmbito deveras alargado, o que atesta quanto a nós a relevância do presente estudo.

[12] Concretamente, a convenção n.º 1 da OIT foi publicada no Diário do Governo, I Série, n.º 207, de 14 de Abril de 1928. Esta não é a única convenção da OIT sobre a duração do trabalho. Outras existem, designadamente a convenção n.º 30, relativa à duração do trabalho no setor do comércio e escritórios, que não foi ratificada por Portugal.

mesma família (art. 2.º, *in fine*, da convenção). Além disso, certas categorias de trabalhadores — designadamente aqueles que exerçam funções de fiscalização, de direção ou qualquer cargo de confiança — ficam também excluídas do âmbito de aplicação dos referidos limites [art. 2.º al. a) da convenção]. O art. 2.º da convenção vem ainda estabelecer que, quando (por lei, convenção coletiva ou uso) a duração do trabalho diário for inferior a 8 horas em um ou mais dias da semana, pode ser autorizado (por «ato da autoridade competente» ou por convenção coletiva) que noutros dias da mesma semana o período de trabalho exceda as referidas 8 horas diárias, desde que esse acréscimo não seja superior a uma hora por dia [alínea a)]. O sentido subjacente a esta norma é o de que o período de trabalho diário não ultrapasse a média de 8 horas em cada semana[13].

Por outro lado, o art. 2.º, n.º 2, al. b), da convenção estabelece que, quando o trabalho se realizar por turnos, a sua duração pode ser calculada em termos médios, não podendo essa média ser superior a quarenta e oito horas por semana num período de referência de três semanas, ou menos. Nesse caso, os limites de 8 horas por dia e de 48 horas por semana poderão ser ultrapassados se, dentro do mencionado período de referência, esse acréscimo for compensado com uma redução do tempo de serviço, de modo a que a média não exceda esses limites. Curiosamente, neste caso não é fixado o número máximo de horas de trabalho por dia ou por semana que podem ser exigidas ao trabalhador, exigindo-se somente que no período de referência a média da duração do trabalho não exceda as ditas 48 horas semanais.

Por seu turno, o art. 3.º da convenção consagra duas outras exceções aos aludidos limites máximos da duração do trabalho: (i) em caso de acidente ou na iminência do mesmo, quando seja necessário efetuar trabalhos urgentes em máquinas ou ferramentas; e (ii) em caso de força maior. Em ambas as situações, o trabalho pode ser prestado para além dos limites de 8 horas por dia ou 48 horas por semana, mas apenas durante o tempo necessário para evitar que uma perturbação séria prejudique a marcha normal do estabelecimento.

Nos casos em que os serviços sejam de funcionamento contínuo e que tenham de ser assegurados por turnos sucessivos, o limite de horas de horas de trabalho poderá ser também ultrapassado, desde que a duração do trabalho não exceda, em média, 56 horas por semana (art. 4.º da convenção). Esta exceção aos limites máximos da duração do trabalho é configurada em termos bastante latos. Não só não se define qualquer período de referência para o cálculo da média semanal de 56 horas, como também não se define o limite máximo de

[13] N. Valticos, «Droit International du Travail», in *Droit du travail*, vol. VIII, 2.ª ed., Dalloz, Paris, 1983, p. 343.

horas que poderão ser exigidas ao trabalhador por dia ou por semana (desde que respeitada a referida média semanal). Salvaguarda-se, somente, que este regime não afeta as licenças que as leis nacionais atribuam como compensação do dia de descanso hebdomadário[14] do trabalhador. Nos termos do art. 7.º, al. a), da convenção, cada Estado deverá informar a Repartição Internacional do Trabalho[15] sobre quais os serviços que são necessariamente contínuos, para os efeitos de aplicação do mencionado art. 4.º.

O art. 5.º da convenção vem consagrar a possibilidade de, nos casos em que os limites máximos da duração do trabalho previstos no art. 2.º se revelem inaplicáveis, as organizações representativas dos empregadores e trabalhadores acordarem um regime diferente de duração do trabalho, que deve ser comunicado ao respetivo Governo, o qual, por sua vez, deverá transformá-lo em regulamento. Em todo o caso, a duração média do trabalho não poderá exceder as 48 horas semanais. Trata-se de uma exceção aos limites da duração do trabalho que surge configurada em termos deveras indeterminado, uma vez que a convenção não fixa quais as situações excecionais em que os limites máximos estabelecidos no art. 2.º serão inaplicáveis, nem tão-pouco indica qualquer critério para que o intérprete as delimite. Nos termos do art. 7.º, al. b), da convenção, cada Estado deverá prestar à Repartição Internacional do Trabalho informações sobre a aplicação os acordos a que se reporta este art. 5.º.

Por fim, o art. 6.º da convenção em análise permite ainda que cada Estado estipule determinadas derrogações à aplicação do limite de 8 horas diárias e de 48 horas semanais para a duração do trabalho. Assim, cada Estado poderá estabelecer internamente as derrogações com caráter permanente para a execução de trabalhos preparatórios ou complementares que não possam ser realizados dentro do período de funcionamento do estabelecimento, e para certas profissões cujo trabalho seja especialmente intermitente. Por outro lado, cada Estado poderá também estabelecer derrogações com caráter temporário para possibilitar que os empregadores enfrentem acréscimos de trabalho extraordinários. Os atos normativos que fixem estas derrogações deverão fixar o limite máximo de horas de trabalho adicionais que em cada caso serão permitidas, bem como as horas de trabalho suplementar, as quais deverão ser remuneradas pelo menos com um acréscimo de 25% da retribuição horária normal do trabalhador. Nos

[14] Nos termos do art. 2.º da convenção n.º 14 da OIT (também ratificada por Portugal), que é aplicável ao setor da indústria, cada trabalhador deverá gozar um descanso semanal não inferior a 24 horas em cada período de 7 dias (salvo as exceções previstas nessa mesma convenção), o qual deve coincidir preferencialmente com o dia de descanso estabelecido por tradição ou usos do país.

[15] A Repartição Internacional do Trabalho — ou *Burreau International du Travail* — é um serviço de apoio técnico que depende do Conselho de Administração (órgão de coordenação da OIT). Sobre a Repartição Internacional do Trabalho e as funções que lhe estão atribuídas, *vd.* B. Gama Lobo Xavier, ob. cit., p. 993.

termos do art. 7.º, al. c), da convenção, cada Estado deverá informar a Repartição Internacional do Trabalho das derrogações que estabeleceu na sua legislação interna ao abrigo deste regime.

Como vimos referindo, impende sobre os Estados que ratificaram a convenção n.º 1 da OIT a obrigação de facultar certas informações à Repartição Internacional do Trabalho, relativas às exceções ao limite da duração de trabalho semanal previstas nos artigos 4.º, 5.º e 6.º da convenção [cfr. art. 7.º al. a), b) e c), respetivamente]. No entanto, em nossa opinião, a aplicação das exceções previstas nos artigos 4.º, 5.º e 6.º, da convenção não depende do prévio cumprimento do dever de informação cumprido no art. 7.º. Desde logo, porque não decorre do art. 7.º que o facto de um Estado não facultar à Repartição Internacional do Trabalho as informações previstas nesse preceito tem como cominação a inaplicabilidade dos artigos 4.º, 5.º e 6.º da convenção. Pelo contrário, o que emerge do art. 7.º é que «a Repartição Internacional do Trabalho apresentará anualmente à Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho um relatório a este respeito». Verifica-se, assim, que o art. 7.º consagra um mecanismo de controlo do cumprimento da convenção por parte da OIT. Trata-se de um mecanismo análogo (e complementar) ao estatuído no art. 22.º da COIT[16]/[17]. Nesta linha de raciocínio, entendemos que a prestação de informações à Repartição Internacional do Trabalho tem como fito possibilitar à OIT um controlo da aplicação da convenção, sem que o incumprimento deste dever de informação tenha como consequência a inaplicabilidade das exceções aí previstas.

Destaque ainda para o art. 8.º da convenção, que estabelece o dever de cada empregador elaborar o horário de trabalho, respeitando o limite de 8 horas por dia e de 48 horas por semana [alínea a)], ressalvando-se os casos previstos nos artigos 3.º a 6.º da convenção, sendo ilegal a prestação de trabalho fora destas condições. O horário de trabalho deverá ser afixado em local visível no próprio estabelecimento, para que os trabalhadores tenham conhecimento do mesmo. Caberá ainda ao empregador registar os períodos de trabalho que excedam o limite diário de 8 horas e semanal de 48 horas, prestadas ao abrigo de um dos regimes excecionais previstos na convenção.

[16] Note-se que os atuais mecanismos de controlo do cumprimento das convenções da OIT — designadamente, com a intervenção do CPACR — só foram implementados em 1926. A este respeito, cf. P. Romano Martinez, ob. cit., p. 221.

[17] Sobre os mecanismos de controlo do cumprimento das convenções da OIT, incluindo o papel do CPACR, e as adaptações à periodicidade do controlo do cumprimento das convenções que foram sendo introduzidas devido ao elevado número de convenções adotadas, *vd.* G. Perone, ob. cit., pp. 243-247.

Por fim, cumpre referir que em 1962 a Conferência Geral da OIT emitiu a Recomendação n.º 116, também ela aplicável ao setor da indústria, na qual aconselhou os Estados-Membros a reduzirem o período normal de trabalho para o limite de 40 horas semanais.

IV. OS REGIMES DA ADAPTABILIDADE, BANCO DE HORAS E HORÁRIO CONCENTRADO NO CÓDIGO DE TRABALHO DE 2009

Entendida como um «processo de modificações jurídicas que visa a diminuição dos constrangimentos impostos à atividade económica, derivados das regras jurídico-laborais, imperativas e universais, que asseguram uma proteção rígida dos trabalhadores»[18], a flexibilidade prende-se, essencialmente, com o conjunto de mecanismos e instrumentos de que a empresa dispõe para enfrentar variações qualitativas e quantitativas da procura, reduzindo o efeito destas sobre a sua estrutura de custos. Do ponto de vista do Direito do Trabalho, ela gira em torno do maior ou menor grau de rigidez da regulação laboral, «entrecruzando-se assim a dinâmica do mercado com as regras jurídicas que a condicionam»[19]. A flexibilidade reclama das organizações empresariais uma capacidade de gestão da sua mão-de-obra, com a finalidade de fazer frente a condições mutáveis do mercado, integrando um conjunto muito variado de medidas que vão desde o ajuste do volume de emprego até à organização funcional da empresa, passando pela remuneração e, com particular interesse para o nosso estudo, pela matéria da organização do tempo de trabalho.

Em Portugal, prevê-se no Código do Trabalho que «o período normal de trabalho não pode exceder oito horas por dia e quarenta horas por semana» (art. 203.º, n.º 1 CTrab). Não obstante esta regra, e procurando responder aos anseios de flexibilidade a que acima se fez referência, o atual Código do Trabalho estabelece diversos mecanismos de maleabilização do tempo de trabalho, de entre os quais destacamos os institutos da adaptabilidade, banco de horas e horário concentrado, cuja configuração atual resulta, em alguns casos, das alterações introduzidas nessa matéria pela reforma de 2009[20]. Tratemos de verificar

[18] Seguimos aqui a noção avançada por M. Pinto, «L'assouplissement du temps de travail», *Revue Internationalle Droit Comparé*, 1990, n.º 1, pp. 171 e ss.

[19] M. Rodríguez.Piñero y Bravo Ferrer, «La flexibilidad de la fuerza del trabajo y el Derecho español del Trabajo», in AAVV., *La flexibilidad laboral en España*, Juan Rivero Lamas (coord.), Editora Universidade de Zaragoza, Instituto de Relaciones Laborales, Zaragoza, 1993, p. 168.

[20] Para uma análise mais detalhada das alterações introduzidas pela reforma de 2009 em matéria de tempo de trabalho, cf. A. Nunes de Carvalho, «Notas sobre o regime do tempo de trabalho na revisão do Código do Trabalho», in *Código do trabalho – a revisão de 2009,* Paulo Morgado de Carvalho (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 327 e ss.

se os mesmos estão em consonância com a convenção n.º 1 da OIT, aplicável ao setor da indústria, acima escalpelizada.

A este respeito, o CPACR, no seu relatório anual referente a 2015, teceu observações da maior relevância ao Governo Português, alertando-o para o facto de Portugal se encontrar a incumprir a convenção n.º 1 da OIT, precisamente devido à consagração legal dos institutos da adaptabilidade, do banco de horas e horário concentrado[21]/[22]. Note-se que a interpretação que o CPACR efetuou da convenção não traduz um juízo vinculativo. Com efeito, nos termos do art. 37.º COIT, é ao Tribunal Internacional de Justiça que compete a interpretação das convenções da OIT, sem prejuízo de as observações do CPACR relativas à interpretação das convenções e à sua compatibilidade das legislações nacionais não deverem ser menosprezadas, na medida em que provêm de um comité de especialistas técnicos e assumem uma «força moral considerável»[23].

Esta questão, aliás, já havia surgido internamente junto das centrais sindicais portuguesas (CGTP e UGT), em comentário ao relatório apresentado pelo Estado Português à OIT em 2014, relativo ao cumprimento da convenção n.º 1, que alegavam que os referidos mecanismos de flexibilidade do tempo de trabalho representavam uma violação deste instrumento internacional. Em resposta a estes comentários, o Governo Português invocou que os referidos mecanismos não traduziam um acréscimo do tempo de trabalho, alegando que, se por um lado estes mecanismos permitem um acréscimo das horas de trabalho em determinados dias ou semanas, por outro, impõem a redução do tempo de trabalho noutros dias ou semanas, perfazendo a média de 8 horas de trabalho por dia e 40 por semana num período de referência.

Cumprirá, pois, que explicitemos sucintamente estes mecanismos de flexibilização do tempo de trabalho, por forma a avaliar a sua compatibilidade com os limites fixados na mencionada convenção da OIT. Do muito que pode ser dito sobre a adaptabilidade, o banco de horas e o horário concentrado, interessará sobretudo compreender em que medida é que estes institutos jurídicos influem na duração máxima do trabalho.

---

[21] Cfr. Organização Internacional do Trabalho, *Application of international labour standards – International Labour Conference, 104th session*, 2015, pp. 408-409, texto acessível em www.ilo.org (28.12.2015).

[22] Esta não foi a primeira vez que o CPACR alertou Portugal para o incumprimento da convenção n.º 1 da OIT. Já em 2008 o CPACR havia solicitado informações ao Governo Português, por entender que o regime de adaptabilidade previsto nos artigos 164.º e 165.º do CTrab de 2003 (que, no que respeita aos limites máximos do tempo de trabalho, era essencialmente idêntico ao atual) não estava em conformidade com a mencionada. *Vd.*, a este respeito, da OIT, o *Direct Request (CEACR) – adopted 2008, published 98 ILC session, Hours of Work (Industry) Convention 1919 (No. 1) - Portugal (Ratification: 1928)*, in www.ilo.org (28.12.2015).

[23] Cfr. N. Valticos, ob. cit., pp. 587-588. No mesmo sentido, J.-M. Servais, in *International Labour Law*, 3.ª ed., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 85.

Como ensina Liberal Fernandes, a adaptabilidade consiste «numa modalidade de organização do tempo de trabalho de forma variável, ao longo dos dias e das semanas compreendidos pelo período de referência»[24]. Na adaptabilidade, o período normal de trabalho é calculado em termos médios, o que significa que, dentro de um período de referência, haverá dias ou semanas em que o tempo de trabalho excede os limites máximos do período normal de trabalho fixados no art. 203.º n.º 1 CTrab, mas haverá também outros dias ou semanas em que a duração do trabalho é reduzida, por forma a que a média não ultrapasse 8 horas por dia e 40 horas por semana[25]. Nos arts. 204.º a 206.º CTrab estabelecem-se três modalidades de adaptabilidade: a adaptabilidade por regulamentação coletiva (art. 204.º), individual (art. 205.º) e grupal (art. 206.º). No regime de adaptabilidade por regulamentação coletiva, o período normal de trabalho pode ser aumentado por IRCT, até quatro horas por dia, mas a duração total do trabalho não pode exceder 60 horas semanais, exceto no caso de prestação de trabalho suplementar por motivo de força maior (art. 204.º, n.º 1, CTrab). A média do período normal de trabalho é aferida no período de referência que for definido no IRCT do trabalho, podendo atingir no máximo doze meses (art. 207.º, n.º 1, CTrab). Caso o IRCT não fixe o período de referência, o mesmo será, supletivamente, de quatro meses (art. 207.º, n.º 1, CTrab). Para além do exposto, na adaptabilidade por regulamentação coletiva o período normal de trabalho não poderá ultrapassar a média de 50 horas por semana no período de dois meses (art. 204.º, n.º 2, CTrab). Por outro lado, no regime de adaptabilidade individual, o período normal de trabalho pode ser aumentado até 2 horas por dia e alcançar as 50 horas semanais (não se incluindo nesta contagem o trabalho suplementar prestado por motivo de força maior), devendo em consequência ser reduzido noutros dias ou semanas até 2 horas por dia ou em dias inteiros ou meios-dias, de modo a que a média não ultrapasse as 8 horas diárias e de 40 horas semanais no período de referência acordado, que não poderá exceder quatro meses[26] (art. 207.º, n.º 1, CTrab). Por seu turno, a adaptabilidade grupal autoriza o empregador a, verificados certos requisitos, aplicar o regime da adaptabilidade a trabalhadores que não sejam abrangidos pelo IRCT aplicável ou que não aceitem uma situação de adaptabilidade individual, nos termos atrás descritos.

[24] F. Liberal Fernandes, *O Tempo de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 71.

[25] Sobre o regime da adaptabilidade no sistema português, *vd.* L. MIGUEL MONTEIRO, «Algumas questões sobre a organização do tempo de trabalho — os regimes legais de adaptação do tempo de trabalho», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2000, n.os 3 e 4, pp. 277-297.

[26] Nos casos excecionais previstos no art. 207.º, n.º 2, CTrab, o período de referência pode alcançar os seis meses.

Fruto da mesma necessidade de flexibilização, o regime do banco de horas é um mecanismo igualmente recente que veio permitir ao empregador a extensão dos tempos de prestação de trabalho, através do aumento do período normal de trabalho até um determinado limite diário, semanal e anual[27], tendo como contrapartida a compensação desses excedentes por outra via[28]. Por outras palavras, trata-se de uma espécie de conta corrente de horas entre o empregador e o trabalhador, a qual será regularizada, em regra, em ciclos anuais[29]. À semelhança do que vimos para a adaptabilidade, o regime do banco de horas pode revestir três modalidades distintas: a que é fixada por IRCT, a que resulta de acordo individual e do alargamento de ambas essas duas modalidades a um determinado conjunto de trabalhadores. No banco de horas por regulamentação coletiva, o período normal de trabalho pode ser aumentado até 4 horas por dia e atingir 60 horas por semana, devendo esse acréscimo conter-se no limite de 200 horas por ano (art. 208.º, n.º 2, CTRab)[30]. No banco de horas individual, o período normal de trabalho pode ser aumentado até 2 horas por dia e atingir 50 horas semanais, desde que o acréscimo não exceda o limite de 150 horas por ano (art. 208.º-A CTrab). Em ambas estas duas primeiras modalidades, a compensação do acréscimo de trabalho pode assumir uma das seguintes formas: (i) redução equivalente no tempo de trabalho, (ii) alargamento do período de férias, e (iii) pagamento em dinheiro. Por fim, e tal como na adaptabilidade, a lei permite ainda o alargamento ao conjunto de trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica da aplicação de um regime de banco de horas fundado em convenção coletiva (que haja sido instituído nos termos do mencionado art. 208.º CTrab), desde que, pelo menos, 60% dos trabalhadores dessa estrutura estejam abrangidos pela referida convenção ou a escolham como aplicável[31]. Ainda quanto a esta última modalidade, admite-se a generalização do banco de horas que haja sido individualmente acordado ao conjunto de trabalhadores de uma equipa, secção, ou unidade económica, se, pelo menos, 75% dos trabalhadores dessa estrutura tiverem aceitado esse mesmo regime[32].

[27] Acerca do regime de banco de horas, *vd.* L. Miguel Monteiro, in AAVV., *Código do Trabalho Anotado*, 9.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 498-503; bem como F. Liberal Fernandes, ob. cit., pp. 104-112.

[28] Para mais desenvolvimentos sobre este instrumento de flexibilidade laboral, *vd.* C. de Oliveira Carvalho, «A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho», in *Direito do trabalho + crise = crise do direito do trabalho?*, Catarina de Oliveira Carvalho e Júlio Gomes (coord.), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 390 e ss.

[29] Cfr. A. Monteiro Fernandes, ob. cit., p. 305.

[30] Note-se que este limite anual pode ser afastado por IRCT, durante um período máximo de um ano, caso a utilização do regime tenha por objetivo evitar a redução do número de trabalhadores, nos termos do n.º 3 do art. 208.º CTrab.

[31] De acordo com o regime estatuído no art. 497.º CTrab.

[32] Sobre o regime de adaptabilidade grupal e os inúmeros problemas que o mesmo parece levantar, cfr., por todos, C. de Oliveira Carvalho, ob. cit., pp. 380 e ss. CTrab.

Já no caso do horário concentrado, o período normal de trabalho poderá ser aumentado em 4 horas nas seguintes situações, previstas no art. 209.º, n.º 1, CTrab: «a) por acordo entre empregador e trabalhador ou por instrumento de regulamentação coletiva, para concentrar o período normal de trabalho semanal no máximo de quatro dias de trabalho; b) por instrumento de regulamentação coletiva para estabelecer um horário de trabalho que contenha, no máximo, três dias de trabalho consecutivos, seguidos no mínimo de dois dias de descanso, devendo a duração do período normal de trabalho semanal ser respeitado, em média, num período de referência de 45 dias». Tal como no regime da adaptabilidade, ao horário concentrado subjaz a ideia de cálculo do tempo de trabalho em termos médios[33]. Caberá ao IRCT que instituir o horário concentrado regular a retribuição e outras condições da sua aplicação, razão pela qual os parceiros negociais desempenharão aqui um papel de relevo. Já no caso de o horário concentrado resultar do contrato de trabalho (ou de acordo individual ulterior), nada é dito quanto ao respetivo regime, pelo que tudo aponta para que o mesmo deva ser regulado no próprio acordo individual[34].

V. CONCLUSÃO

Conforme analisámos supra, decorre da convenção n.º 1 da OIT um limite máximo para o período de trabalho, que se reputa aplicável a todos os Estados-membros que integram a organização, e nos quais Portugal obviamente se inclui: o de 8 horas por dia e de 48 horas por semana (art. 2.º).

Ora, confrontando a mencionada convenção com os regimes de adaptabilidade, banco de horas e horário concentrado previstos no atual Código do Trabalho português, concluímos que estes mecanismos de flexibilização do tempo de trabalho acabam por permitir que tais limites máximos de duração do trabalho fixados naquela convenção internacional sejam ultrapassados num leque de situações muito mais amplo do que o previsto nos artigos 2.º a 6.º do mesmo diploma. Ou seja, os regimes de adaptabilidade, banco de horas e horário concentrado permitem que o período normal de trabalho — consoante os casos — ultrapasse as 8 horas por dia e as 48 horas por semana, mesmo que não estejamos perante uma das exceções expressamente previstas na convenção n.º 1 da OIT. Desde logo, e a título de exemplo, veja-se que os regimes da adaptabilidade, do banco de horas e horário concentrado, à luz do desenho legal que lhes é conferido pelo Código do Trabalho, reputar-se-ão aplicáveis

[33] Neste sentido, L. Miguel Monteiro, ob. cit., p. 504.

[34] Assim, C. de Oliveira Carvalho, ob. cit., p. 394.

independentemente de ter ocorrido um acidente, ou de o trabalho ser efetuado por turnos, de se tratar de um serviço de funcionamento contínuo, de trabalho intermitente ou de trabalhos preparatórios ou complementares. Por outro lado, somos da opinião de que também não será possível enquadrar o regime de adaptabilidade, banco de horas e horário concentrado na hipótese prevista no art. 5.º da referida convenção. Desde logo, porque esta norma exige que a regulação da prestação de trabalho (para além das 8 horas diárias e 48 horas semanais) resulte de convenção coletiva, pelo que não abrange os mecanismos previstos nos artigos 205.º, 208.º-A e 209.º n.º al. a) CTrab. Para além disso, note-se que o art. 5.º, n.º 1, da convenção só pode ser aplicado a «casos excecionais em que os limites fixados no artigo 2.º se reconheçam inaplicáveis». Por outras palavras, o caráter genérico que o sistema reconhece à adaptabilidade, ao banco de horas e horário concentrado (na medida em que se trata de institutos jurídicos que, em bom rigor, são suscetíveis de ser aplicados a qualquer relação laboral, desde que cumpridos os respetivos requisitos) contende, assim, com a natureza excecional do art. 5.º da convenção.

Salientamos ainda que, de acordo com o disposto no art. 211.º CTrab, em regra, a duração média do trabalho semanal (incluindo trabalho suplementar) não pode ser superior a 48 horas, num período de referência estabelecido em IRCT (que não pode ultrapassar 12 meses) ou, na falta deste, num período de referência de 4 meses, ou de 6 meses (nos casos previstos no n.º 2 do art. 207.º CTrab). Trata-se de um regime que resulta da transposição do art. 6.º da Diretiva n.º 2003/88/CE[35] e que parece estar algo em consonância com o próprio limite semanal previsto na convenção n.º 1 da OIT, embora curiosamente ressalve do seu âmbito de aplicação o disposto nos arts. 203.º a 210.º CTrab, no qual se incluem precisamente as matérias da adaptabilidade, do banco de horas e do horário concentrado. Ou seja, da conjugação destes preceitos, parece resultar que o referido limite de 48 horas semanais não limitará o empregador que recorra a estes instrumentos de flexibilização, o que parece contrariar o disposto na convenção (a qual, relembramos, não admite que o máximo semanal seja calculado em termos médios mas fixa as 48 horas em termos absolutos).

De todo o modo, entendemos que os limites máximos previstos na dita convenção internacional se reputarão diretamente aplicáveis no ordenamento

[35] Estranhamente, trata-se de uma norma cuja violação não gera qualquer responsabilidade contra-ordenacional para o infrator, ao contrário do que sucede com as restantes normas relativas à duração e organização do tempo de trabalho, o que levanta sérias dúvidas quanto à integral transposição do direito comunitário nesse regime — neste sentido, A. Nunes de Carvalho, em interpelação nas *IV Jornadas do Código de Trabalho e da Regulamentação*, organizadas pela Autoridade para as Condições de Trabalho, em 5 de Maio de 2010, Lisboa.

jurídico português, sobrepondo-se inclusivamente ao regime previsto no art. 211.º CTrab, pelo que vincularão todos os empregadores que, exercendo a sua atividade no setor da indústria, pretendam lançar mão dos referidos instrumentos flexibilizadores. Lamentamos, por isso, que o legislador português não tenha tido o cuidado de, pelo menos no que ao setor industrial diz respeito, e para efeitos da definição que lhe é dada pelo referido diploma internacional, cingir as hipóteses de duração do trabalho que exceda o limite de 48 horas semanais às situações previstas nos artigos 2.º a 6.º da convenção n.º 1 da OIT[36], o que representa, quanto a nós, uma clara desconformidade do direito português com o direito internacional.

Em suma, somos da opinião de que os regimes de adaptabilidade, banco de horas e horário concentrado, estatuídos no Código do Trabalho desde 2009, se encontram em dissonância com a convenção n.º 1 da OIT. Consequentemente, sempre que conflituar com aquela convenção, a aplicação daqueles regimes ao setor da indústria será ilícita, por aplicação do disposto no n.º 2 do art. 8.º CRP, atento o caráter supralegal do mencionado diploma internacional, a que acima aludimos. Assim, não será acertado dizer-se que tais instrumentos violarão inevitavelmente a referida convenção, mas que esse incumprimento apenas se verificará quando, em concreto, e ao abrigo dos referidos mecanismos, o empregador pretenda aplicar aos seus trabalhadores um regime de tempo de trabalho que ultrapasse, em cada semana, o limite de 48 horas previsto no art. 2.º do referido diploma. Por outras palavras, ainda que os trabalhadores que operem neste setor de atividade possam ver o seu tempo de trabalho ser calculado em termos médios, tal cálculo não poderá ser feito à custa de semanas de trabalho em que o mencionado limite de 48 horas de trabalho haja sido excedido. Nesse seguimento, entendemos que tais trabalhadores poderão recusar licitamente a prestação de trabalho para além desse limite, tendo em mente que não lhes é exigível o cumprimento de ordens que se revelem «contrárias aos seus direitos e garantias», nos termos do art. 128.º, n.º 1, al. d), CTRab.

O sistema espanhol é de gestão mais complexa que o português, pois para além de ser um modelo dualista, tem uma legislação própria emanada pelos vários níveis da administração, o estatal, o autonómico e o local, o que, entre outras coisas dificulta a mobilidade do pessoal entre as diferentes administrações públicas, apesar de estarmos na época da globalização e da administração eletrónica.

[36] Destacamos ainda que estes mecanismos de flexibilização do tempo de trabalho nem sequer se enquadrariam na exceção prevista no art. 6.º, al. b), da convenção, que permite aos Estados fixarem derrogações para as empresas fazerem face a acréscimos de trabalho. É que, nos termos desta norma, tais derrogações terão de ser temporárias e deverão ser estipuladas por indústrias ou profissões, o que não sucede nos casos da adaptabilidade, do banco de horas e do horário concentrado.

Assim, poder-se-á afirmar que *não há uma relação imediata e óbvia entre o nível de "Boas Práticas nas Administrações Públicas" e os respetivos regimes jurídicos de emprego. Julga-se que o nível de desempenho eficiente das tarefas públicas depende essencialmente do nível de empenho pessoal dos trabalhadores, do seu grau de satisfação e confiança quanto às expetativas profissionais, da qualidade profissional dos dirigentes, e duma avaliação de desempenho transparente, razoável, e sem arbítrios disfarçados duma incontrolada discricionariedade técnica.*

OS CRITÉRIOS DE SELEÇÃO NO DESPEDIMENTO POR EXTINÇÃO DE POSTO DE TRABALHO

David Carvalho Martins [1]
Duarte Abrunhosa e Sousa [2]

SUMARIO: 1. Introdução. 2. A seleção do trabalhador a despedir nos despedimentos objetivos. 3. Ordem imperativa de critérios subsidiários. 3.1. Pior avaliação de desemprenho. 3.2. Menores habilitações. 3.3. Maior onerosidade. 3.4. Menor experiência. 3.5. Menor antiguidade. 4. Conclusões.

[1] Assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor convidado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Associado fundador e vice-presidente da AJJ — Associação de Jovens Juslaboralistas. Membro da Rede CIELO Laboral, da ILERA, da AEDTSS e da APODIT. Advogado.

[2] Investigador do CIJE - Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Doutorando na Universidade de Santiago de Compostela. Associado fundador e presidente da mesa da assembleia geral da AJJ — Associação de Jovens Juslaboralistas. Membro da Rede CIELO Laboral, da EELA, da BUIRA e da ILERA. Advogado.

RESUMO: Até 2012, o empregador podia escolher os critérios de seleção dos trabalhadores a des-pedir no despedimento coletivo, mas estava vinculado ao critério da antiguidade no des-pedimento por extinção de posto de trabalho. Com a Reforma Laboral, este critério foi substituído por uma cláusula aberta que visava aproximá-lo do despedimento coletivo. A solução não passou pelo crivo do Tribunal Constitucional. Em 2014, surgiu uma ordem de critérios para determinar o trabalhador a despedir, quando exista, na secção ou estrutura equivalente, uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico. Este paper visa contribuir para a concretização da ordem de critérios prevista no art. 367.º, n.º2, do Código do Trabalho: a) pior avaliação de desempenho, com parâmetros previa-mente conhecidos pelo trabalhador; b) menores habilitações académicas e profissionais; c) maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa; d) menor experiência na função; e) menor antiguidade na empresa. Na parte final, procu-raremos identificar os traços distintivos deste regime.

PALAVRAS-CHAVE: Despedimento coletivo — despedimento por extinção de posto de trabalho — critérios de seleção — jurisprudência constitucional — Reforma Laboral.

THE SELECTION CRITERIA IN THE DISMISSAL DUE TO THE ELIMINATION OF POSITION

ABSTRACT: Until 2012, the Portuguese employers could choose the criteria for selecting employees to dismiss in collective redundancies, but they had the criterion of seniority in the pro-ceeding for elimination of job position. With the Labour Reform, this criterion was re-placed by an open clause similar to the one provided by collective redundancy rules. This solution was considered unconstitutional by the Constitutional Court. In 2014, it was pro-vided by Law a new order of criteria to choose the employee to dismiss in situations where there is more than one similar job position. This paper aims to help understand the order of the criteria provided by article 367 (2) of the Portuguese Labour Code: a) worst performance evaluation, with parameters previously known by the employee; b) lower academic and professional qualifications; c) higher cost for employer by maintaining the employment contract; d) less experience in job position; e) lower seniority in the company. In the end, we will try to identify the main characteristics of this regime.

KEYWORDS: Collective redundancies — dismissal due to the elimination of position — order of criteria — constitutional ruling — Labour Law Reform

Introdução

Nos últimos quatro anos, o procedimento de despedimento por extinção do posto de trabalho passou por avanços, recuos e incursões que suscitaram dúvidas, incertezas e instabilidade na árdua tarefa de interpretação-aplicação da lei. Este *mar revolto* contrasta com a estagnação legislativa de mais de duas épocas.

O procedimento de despedimento por extinção de posto de trabalho foi consagrado, ainda que de *forma incipiente* ou sob o manto do *despedimento por motivo atendível*, pela Lei dos Despedimentos (arts. 13.º e 14.º do DL n.º 372-A/75, de 16 de julho). O DL n.º 84/76, de 28 de janeiro, eliminou o despedimento por motivo atendível por ser *inadequado à defesa da estabilidade do emprego*, tendo motivado *a contestação generalizada dos trabalhadores*. O Ac. do TC n.º 107/88 (Monteiro Dinis), com a sua conceção restrita de justa causa, entretanto (aparentemente) ultrapassada, influenciou o regresso desta modalidade de despedimento na LCCT (arts. 26.º a 33.º do Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27 de fevereiro)[3]. Assim, o art. 27.º, n.º2, da LCCT, determinava que, no caso de pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, o empregador devia seguir a seguinte ordem de critérios subsidiária: 1.º menor antiguidade no posto de trabalho, 2.º menor antiguidade na categoria profissional, 3.º categoria profissional de classe inferior e 4.º menor antiguidade na empresa. Esta ordem de critérios manteve-se inalterada com o CT de 2003, sem prejuízo de ligeiros acertos terminológicos (art. 403.º, n.º2). O CT de 2009, por sua vez, trocou *"categoria profissional de classe inferior"* por *"classe inferior na mesma categoria profissional"* (art. 368.º, n.º2).

Por fim, a Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, procurou corrigir a desadequada prevalência da antiguidade sobre qualquer outro critério objetivo — e porventura mais justo, em relação à organização laboral e aos trabalhadores potencialmente abrangidos –, através da consagração da possibilidade de eleger critérios relevantes e não discriminatórios, ou seja, congruentes com o mo-

[3] Segundo Liberal Fernandes, o art. 53.º da CRP não abrange expressamente o despedimento coletivo, assim como as restantes modalidades de cessação do contrato por motivos objetivos; todavia, o carácter universal do princípio da segurança no emprego vigora para todas as formas de cessação do contrato de trabalho, ainda que em moldes diferentes dos aplicáveis ao despedimento por motivos subjetivos (Francisco Liberal Fernandes, "Sobre a presunção da aceitação do despedimento colectivo no Código do Trabalho", QL, n.º 41, 2013, p. 10).

tivo invocado e não baseados em fatores de discriminação não admissíveis[4]. A modificação (necessária) deste instituto — normativamente inerte, mas jurisprudencialmente inquieto desde 1989 — foi objeto de uma decisão de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (Ac. do TC n.º 602/13 (Pedro Machete). Nesta parte, o TC assenta a sua decisão numa argumentação criticável — diríamos, algo supersticiosa sobre o (suposto) empregador-tipo[5]. Esta decisão produziu efeitos imediatos em processos pendentes e em decisões de despedimento não consolidadas[6].

Em 2014, o legislador procurou responder aos desafios constitucionais, através de uma solução que está no caminho certo — embora não seja a mais correta –, competindo à jurisprudência consolidá-la e densificá-la com a riqueza dos dados do caso concreto e, desse modo, assegurar dois bens essenciais e, por vezes, devastadoramente escassos: a certeza e a segurança jurídicas[7/8].

[4] A definição de critérios de seleção do trabalhador a despedir visa evitar (i) práticas discricionárias e discriminatórias do empregador (José João Abrantes, "O despedimento colectivo", Direito do Trabalho — Ensaios, Edições Cosmos, Lisboa, 1995, p. 199) ou (ii) encapotar um despedimento individual sem justa causa (Rosário Palma Ramalho, Tratado de Direito do Trabalho, Parte II, Situações Laborais Individuais, 5.ª ed., Almedina, Lisboa, 1995, pp. 1059-1060). Nesta tarefa, o empregador deve proceder de boa fé e não pode adotar critérios discriminatórios (Júlio Gomes, Direito do Trabalho, Vol. I, Coimbra editora, Coimbra, 2007, p. 983, nota 2378). Cfr., ainda, David Carvalho Martins/Rita Canas da Silva, "Despedimento por extinção do posto de trabalho — a revisão de 2012 e o acórdão do Tribunal Constitucional de 2013", Para Jorge Leite — Escritos Jurídico-Laborais, Vol. I, Coimbra editora, Coimbra, 2014, pp. 516-528.

[5] No acórdão perpassa a ideia de que o empregador recorre ao despedimento por motivos objetivos, supostamente menos exigente, para esconder despedimentos discriminatórios e, por isso, o legislador deve definir com detalhe o método de seleção do trabalhador. Idêntico risco pode existir no despedimento coletivo, mas ao longo dos anos, a jurisprudência tem sabido diferenciar o trigo do joio. Em nosso entender, o TC não andou bem ao declarar inconstitucional a abertura para a definição dos critérios de seleção, mas acertou o passo quanto à repristinação da obrigação de recolocação (Carvalho Martins/Canas da Silva, "Despedimento…", ob. cit., pp. 510-511).

[6] Por força do efeito repristinatório do Ac. do TC, o despedimento por extinção do posto de trabalho fundado na concretização do critério definido pela Lei n.º 23/2012 passou a ser considerado ilícito, salvo no caso de trânsito em julgado ou de caducidade do direito de ação (Júlio Gomes/Raquel Carvalho, "Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15/05/2014 (ou da aplicação da declaração de inconstitucionalidade dos números 2 e 4 do artigo 368.º do Código do Trabalho)", QL, n.º 44, 2014, p. 205).

[7] A Lei n.º 27/2014, de 8 de maio, traduz uma ponderação melhorada dos interesses em presença (proibição dos despedimento sem justa causa e proteção da livre iniciativa económica); contudo, na linha de Furtado Martins (Cessação do Contrato de Trabalho, 3.ª ed., Principia, 2012, pp. 157, 245, 254 e ss. e 269), parece-nos que, no futuro, justificar-se-ia a criação de um procedimento único que substituísse os atuais despedimento coletivo e despedimento por extinção de posto de trabalho (David Carvalho Martins, "A crise e o Direito do Trabalho (2011-2014)", Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, Vol. I, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2015, p. 581), visto que a diferença fundamental se prende com o número de trabalhadores afectados (Catarina de Oliveira Carvalho, Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 375). Por outras palavras, equipara-se ao despedimento coletivo, com a particularidade de ter natureza individual (Pedro Romano Martinez, Direito do Trabalho, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 932). No sentido da autonomização por razões históricas, vide Júlio Gomes, Direito…, ob. cit., p. 983.

[8] Nas palavras de Manuel de Andrade: a certeza jurídica traduz-se pràticamente na uniformidade das decisões judiciais, porque o juiz é a suprema autoridade na aplicação do Direito. Sem este requisito não poderia cada um prever as consequências dos seus actos e estar seguro de quais os bens que lhe pertencem,

Neste trabalho procuraremos contribuir para a aplicação da nova ordem de critérios subsidiários, a qual pressupõe a existência de uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico na secção ou estrutura equivalente afetada pela eliminação de emprego (art. 368.º, n.º2)[9]. Desta norma resultam três diretrizes fundamentais sobre a análise comparativa subjacente à aplicação dos critérios legais: a) a unidade económica abrangida pelo despedimento por extinção de posto de trabalho deve ser previamente individualizada[10]; b) os fundamentos do despedimento devem estar relacionados, direta ou indiretamente, com a unidade económica afetada; e c) deve atender-se ao conteúdo funcional — ou melhor, ao núcleo essencial de funções — definido para cada trabalhador dessa unidade económica, independentemente da categoria profissional (interna ou externa) que conste, por exemplo, do quadro de pessoal, dos recibos de vencimento ou do instrumento de regulamentação coletiva de trabalho[11].

orientando, em conformidade, a sua existência e a dos seus dependentes (Manuel de Andrade, Sentido e Valor da Jurisprudência — oração de sapiência lida em 30 de outubro de 1953, Coimbra, 1973, pp. 15-16).

[9] Acompanhamos Furtado Martins na recondução do despedimento coletivo e do despedimento por extinção de posto de trabalho à figura agregadora ao despedimento por eliminação de emprego (Cessação…, ob. cit., p. 245, 254), assim como nos seguintes traços gerais da noção de posto de trabalho: conteúdo funcional, posicionamento hierárquico, inserção numa unidade organizativa (ou, em nosso entender, económica), localização geográfica (ob. cit., pp. 249-251). Segundo Nunes de Carvalho, é possível identificar um núcleo fundamental desta noção: trata-se de uma posição numa concreta organização produtiva, que é desenhada pelo titular desta e está sujeita às suas opções de gestão, posição que implica um certo conteúdo funcional, requer determinada qualificação profissional e/ou aptidão, envolve certos meios, equipamentos e riscos, pode ter associado um conjunto de condições de trabalho (designadamente, em termos de esquema temporal de realização da prestação) e à qual o trabalhador é afecto pelo empregador no quadro da execução do contrato de trabalho (António Nunes de Carvalho, "Reflexões sobre o conceito legal de posto de trabalho", Para Jorge Leite — Escritos Jurídico-Laborais, Vol. I, Coimbra editora, Coimbra, 2014, p. 132).

[10] Deve atender-se à microestrutura afetada pela redução de postos de trabalho (Bernardo Lobo Xavier, Manual de Direito do Trabalho, 2.ª ed., Verbo, Lisboa, 2014, pp. 835-836). Em nosso entender, o conceito de unidade económica — definido no art. 285.º, n.º5 — tem um maior grau de precisão e de operacionalidade do que os temos estabelecimento, secção ou estrutura equivalente e permite abarcar todas as realidades subsumíveis a estes últimos (David Carvalho Martins, Da Transmissão da Unidade Económica no Direito Individual do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 28-29, 185 e 355). Em sentido algo diferente, Filipe Fraústo da Silva, "Observações acerca da selecção social no procedimento de despedimento colectivo", QL, n.os 35-36, 2010, p. 99.

[11] A distinção entre posto de trabalho e categoria profissional estava presente na pretérita ordem de critérios. Assim, importa identificar, aquando da decisão gestionária de redução de emprego, os postos de trabalho de determinada organização laboral, através do conteúdo funcional, do posicionamento hierárquico, da inserção numa unidade organizativa (ou, em nosso entender, económica) e da localização geográfica. Não devemos atender, apenas ou prioritariamente, às classificações que constam de documentos internos — porque podem estar desatualizados ou ter sido elaborados incorretamente — ou de instrumentos externos ao empregador. De referir que operação está, nomeadamente, sujeita ao abuso do direito ou à fraude à lei, sem prejuízo do disposto no art. 368.º, n.º3. De referir que esse é o momento decisivo para determinar o número de trabalhadores (Júlio Gomes, Direito…, ob. cit., pp. 989-990).

2. A seleção do trabalhador a despedir nos despedimentos objetivos

Em regra, o empregador não pode promover a cessação do contrato de trabalho de forma unilateral, ainda que sujeito a um aviso prévio, salvo quando haja uma razão justificativa e seja observado um procedimento (art. 53.º da CRP e arts. 4.º a 6.º da Convenção da OIT n.º 158). Entre nós, o empregador pode promover — unilateralmente, de forma fundamentada e com observância de um procedimento — a cessação lícita do contrato de trabalho através da caducidade ou do despedimento com justa causa subjetiva ou objetiva (art. 340.º, als. a), c) a f)); a denúncia livre é admitida em termos excecionais (período experimental e contrato de comissão de serviço externa — arts. 114.º, n.º1, 163.º,n.º1, e 164.º, n.º1, al. c)). Por seu lado, o trabalhador pode promover a cessação lícita do contrato com fundamento em justa causa (art. 340.º, al. g)) e com ou sem observância de um aviso prévio (art. 340.º, al. h)), devido à força vinculante da liberdade fundamental de trabalho e da proibição do trabalho forçado (art. 47.º, n.º1, CRP, e Convenções da OIT n.ºs 29 e 105)[12]. Os fundamentos de cessação promovida pelo empregador encontram respaldo na Convenção da OIT n.º 158, a qual admite o despedimento fundado (i) na aptidão, (ii) no comportamento do trabalhador ou (iii) nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (art. 4.º)[13]. O despedimento pode, assim, ser motivado por causas subjetivas ou objetivas. No primeiro caso, a cessação do contrato é motivada por factos imputáveis ao trabalhador que tornam inexigível a manutenção do contrato de trabalho. No segundo caso, a cessação do contrato funda-se em razões ligadas à organização laboral (*v.g.* económicas, tecnológicas, estruturais ou gestionárias); contudo, o motivo pode ser suscetível de afetar uma multiplicidade de vínculos laborais e, nesse caso, torna-se necessário articular o motivo com um elemento decisório adicional — o critério de seleção — de forma

[12] AAVV, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations — General Survey on the Protection Against Dismissal, Genebra, OIT, 1995, p. 33.

[13] Os fundamentos invocados pelo empregador podem levar a adopção de procedimentos distintos: (…) incompetence or unsatisfactory performance, which may be caused by a lack of skills or natural ability, constitutes a reason for termination connected with the capacity of the worker; on the other hand, if the employer invokes professional misconduct, such as the worker's bad faith or negligence in his work, the classification of the termination of employment will usually change. Instead of termination of employment on the grounds of the capacity of the worker, it will be based on the conduct of the worker and may lead to disciplinary action (idem, p. 36). Com efeito, em caso de pluralidade de motivos potencialmente aplicáveis, o empregador pode escolher aqueles que considerar mais adequados — ou cujo ónus da prova seja mais realisticamente realizável –, ficando, no entanto, sujeito ao procedimento estabelecido na lei.

a reduzir o impacto social da decisão de eliminação de postos de trabalho[14]. Se no primeiro caso, a conduta justificadora do despedimento individualiza o trabalhador a despedir; no segundo caso, o elemento decisório adicional do despedimento torna-se indispensável. Ora, no despedimento coletivo, este elemento pode ser encontrado através de um juízo de congruência ou compatibilidade com o fundamento invocado, garantindo-se desse modo a legitimidade e o controlo judicial da decisão[15]; por seu lado, no despedimento por extinção de posto de trabalho, o legislador optou, desde sempre, por consagrar, de forma apriorística, geral e abstrata, uma ordem imperativa de critérios subsidiários de seleção que reduz substancialmente o espaço desejável de um juízo de congruência ou compatibilidade com o fundamento invocado e, desse modo, pode levar, em alguns casos, a resultados absurdos[16]. Imagine-se o seguinte caso:

O Empregador X dedica-se à atividade de venda de automóveis; nos últimos dois anos registou um decréscimo de 20% do volume de vendas e pretende eliminar um dos três postos de trabalho com a função de vendas. O posto 1 é ocupado pelo trabalhador A, admitido em 1998, licenciado e mestre em sociologia, vendeu 20 automóveis por mês em média nos últimos três anos; o posto 2 é ocupado pelo trabalhador B, admitido em 2005, licenciado em gestão, vendeu 25 automóveis por mês em média nos últimos três anos; o posto 3 é ocupado pelo trabalhador C, admitido em 2006, tem o 12.º ano de escolaridade, completado ao abrigo do regime trabalhador-estudante em 2009, vendeu 35 automóveis por mês em média nos últimos três anos. Trata-se de uma pequena empresa e não dispõe de sistema de avaliação de desempenho que cumpra os requisitos legais. A aplicação da ordem subsidiária de critérios, antes ou depois da Lei n.º 27/2014, conduz ao despedimento do trabalhador C, embora

[14] Segundo Lobo Xavier, a indicação dos critérios funciona muito mais como uma justificação das escolhas e pode envolver factores pessoais e comparação de trabalhadores (Bernardo Lobo Xavier, O Despedimento Coletivo no Dimensionamento da Empresa, Verbo, Lisboa, 2000, p. 450, Furtado Martins, Cessação…, ob. cit., p. 307). Como refere Menezes Leitão, a necessidade de indicação dos critérios de selecção dos trabalhadores permite concluir que o empregador não tem liberdade de escolha dos trabalhadores (Luís Menezes Leitão, Direito do Trabalho, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 450).

[15] Os critérios devem ser lícitos, relevantes, congruentes e plausíveis (Lobo Xavier, O Despedimento..., ob. cit., p. 451, Furtado Martins, Cessação…, ob. cit., p. 304, Fraústo da Silva, "Observações…", ob. cit., pp. 91-95). Segundo Palma Ramalho, os critérios seriam relevantes quando fossem objetivos e prosseguissem o interesse da empresa subjacente ao motivo que, em concreto, determinou o recurso à extinção do posto de trabalho (Tratado…, ob. cit., 1060-1062).

[16] Ora, a ausência de critérios pré-determinados no caso do despedimento coletivo não tem impedido os tribunais (quanto a nós até exageradamente) de sindicar esses despedimentos, quer quanto à motivação quer no que toca aos factores ou critérios de selecção eleitos pelo empregador para escolher os trabalhadores a despedir (Bernardo Lobo Xavier, Manual…, ob. cit., p. 834). Com efeito, a jurisprudência laboral encontra-se munida dos instrumentos necessários a aferir, caso a caso, da adequação dos critérios de seleção acolhidos, em cada hipótese, pelo empregador (Carvalho Martins/ Canas da Silva, "Despedimento…", ob. cit., p. 533).

seja aquele que mais contribuiu para o volume de vendas e o que demonstrou maior comprometimento com a Empresa, compatibilizando a promoção académica com a produtividade[17].

Neste trabalho pretendemos dar algumas pistas de concretização deste elemento concretizador do fundamento do despedimento por razões objetivas.

3. Ordem imperativa de critérios subsidiários

Durante mais de 20 anos, em caso de pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, a seleção do trabalhador a despedir devia observar o critério da antiguidade (no posto de trabalho, na categoria profissional e na empresa) e de permeio o nível dentro de determinada categoria profissional. Apesar da estabilidade legislativa, a opção não era metodologicamente consensual[18]. Esta solução foi brevemente interrompida pela Lei n.º 23/2012, através de uma aproximação ao despedimento coletivo[19], e recuperada pela Lei n.º 27/2014, na senda do Ac. do TC n.º 602/2013.

[17] Dir-se-á que se trata de um exemplo de escola ou que não existiria outro critério apto a cumprir os desideratos constitucionais. Não acompanhamos esse entendimento. Se a eliminação de um posto de trabalho é fundamentada na redução do volume de vendas, um juízo de congruência ou compatibilidade levaria à eleição do critério da menor média de veículos vendidos, por exemplo, nos últimos três anos. O leitor poderá ainda contrapor: e se o trabalhador A tivesse passado por uma crise conjugal que o tivesse afetado profissionalmente ou se tivesse sofrido de uma doença incapacitante durante mais de metade do período considerado? Salvo melhor opinião, estas considerações deviam ser, igualmente, aplicáveis ao trabalhador C, isto é, as menores habilitações académicas e profissionais podem estar relacionadas com dificuldades económicas do seu agregado familiar que não lhe permitiram concluir os estudos ou com problemas de saúde. Qualquer das opções pode ser passível de crítica, mas a opção legal é aquela que pode, em nosso entender, conduzir a resultados mais iníquos. Posto isto, cumpre referir que poderia admitir-se, por exemplo, um catálogo exemplificativo de critérios sem uma ordem de preferência apriorística, abstrata e desprovida de relação com a realidade, a saber: produtividade, adaptabilidade, assiduidade, aptidão ou qualificação profissional, níveis remuneratórios ou custos remuneratórios fixos ou previamente determinados, passado disciplinar, custo do despedimento, situação pessoal (v.g. proximidade à idade de reforma) e familiar (v.g. evitar o despedimento do casal, mantendo um dos contratos de trabalho), entre outros Sobre critérios admissíveis e não admissíveis, vide Fraústo da Silva, "Observações…", ob. cit., pp. 95-97.

[18] A regra da antiguidade não tinha fundamentos económico ou de gestão (Palma Ramalho, Tratado…, ob. cit., p. 1060), nem era baseado em razões de competência, de economicidade ou da situação social do trabalhador (Lobo Xavier, Manual…, ob. cit., p. 833). Mais, este critério não tinha sustentação racional que o legitime como fórmula-padrão, de aplicação indistinta: i) com frequência, não se afigurando ajustado à motivação subjacente à extinção abstraindo de qualquer consideração económica ou de gestão; ii) potenciando ainda a invocação de discriminação indireta em função da idade (David Carvalho Martins/Rita Canas da Silva, "Despedimento…", ob. cit., pp. 547-548).

[19] Resultava do art. 368.º, n.º 2 introduzido por este diploma que "havendo, na secção ou estrutura equivalente, uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, para determinação do posto de trabalho a extinguir, cabe ao empregador definir, por referência aos respetivos titulares, critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho".

O anterior critério de "last in, first out" foi substituído pela seguinte ordem imperativa de critérios subsidiários para seleção do(s) trabalhador(es) a despedir[20], a qual deveria evitar o *esforço interpretativo*[21] imposto pela solução de 2012:

a) Pior avaliação de desempenho, com parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador;
b) Menores habilitações académicas e profissionais;
c) Maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa;
d) Menor experiência na função; e
e) Menor antiguidade na empresa (art. 368.º, n.º2).

Os critérios foram estabelecidos segundo uma ordenação subsidiária, ou seja, o segundo critério só é aplicável se o primeiro o não for ou, caso seja, não permitir selecionar nenhum trabalhador dentro do grupo de potenciais afetados pela decisão de gestão empresarial (e assim sucessivamente). Por outras palavras, a aplicação do critério seguinte depende ora da inaplicabilidade, ora da aplicabilidade ineficaz do critério anterior. Deste modo, por exemplo, só se recorrerá ao critério das menores habilitações (i) se a empresa não tiver implementado um sistema de avaliação de desempenho com determinadas características ou (ii) caso tenha implementado, a avaliação dos trabalhadores potencialmente abrangidos for idêntica e, desse modo, não permita selecionar nenhum trabalhador. No entanto, como veremos adiante, nem sempre é evidente a necessidade de aplicar um novo critério.

3.1. Pior avaliação de desempenho

É de saudar a substituição do critério cego da antiguidade e de proteção dos trabalhadores mais antigos (mas nem sempre dos mais velhos) pela consagração expressa e prioritária de um critério ligado ao modo de prestação da atividade do trabalhador: *pior avaliação de desempenho, com parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador* (art. 368.º, n.º2, al. a))[22]. Em bom rigor e ao contrário

[20] Leal Amado e Monteiro Fernandes referiam-se a uma ordem de prioridades (Leal Amado, Contrato…, ob. cit., p. 391, António Monteiro Fernandes, Direito do Trabalho, 16.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 508).

[21] Palma Ramalho, Tratado…, ob. cit., p. 1062.

[22] Em sentido favorável ao Acórdão do TC n.º 602/2013 e, em particular, defendendo a preponderância da antiguidade em relação a outros critérios, afirma Bruno Mestre: [a] realidade fala por si: os trabalhadores mais velhos têm maior dificuldade em encontrar outro posto de trabalho; os trabalhadores mais velhos são normalmente menos habilitados e são esmagadoramente afectados pelo desemprego; os trabalhadores mais velhos têm conhecimentos específicos da área de negócio daquela empresa específica (...) que é dificilmente transponível para outra empresa; os demais critérios poderão ser usados para sele-

do que pretende fazer crer o TC, a escolha do posto de trabalho a extinguir considera naturalmente a pessoa que o ocupa e lhe dá substância[23]. Este facto nada tem de inconstitucional, de ilícito ou, sequer, de imoral, salvo quando baseado

cionar entre trabalhadores com a mesma antiguidade ("A "saga" do despedimento por extinção do posto de trabalho e as repercussões do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/2013 — algumas notas", QL, n.º 43, pp. 205-206). Parece-nos que grande parte das preocupações do Autor pode — aliás, deve — ser resolvida pelo Direito da segurança social, o qual visa, entre outros fins, proteger os trabalhadores contra a eventualidade do desemprego, através de medias ativas (v.g. formação profissional e estímulos à contratação) e passivas (v.g. subsídio de desemprego) (arts. 1.º, n.º2, e 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 220/2006). Essa responsabilidade não deve recair sobre o empregador, o qual já contribui de forma significativa para o sistema de segurança social. Questão distinta será o recurso excessivo aos despedimentos com acesso ao subsídio de desemprego. Nesse caso, poderá ser ponderada, numa futura alteração legislativa, a criação de um mecanismo de ajustamento contributivo destinado à sustentabilidade do sistema e que respeite a repartição equitativa dos encargos entre os participantes do sistema. Por outro lado, os trabalhadores mais velhos apresentam (algumas vezes) maior resistência à aprendizagem de novos métodos de trabalho e, dessa forma, maior dificuldade de adaptação. Fará sentido, proteger trabalhadores menos produtivos ou integrados na "comunidade laboral" e nos seus objetivos e projetos (caso o sejam comprovadamente) em relação a trabalhadores mais novos, mas mais produtivos ou integrados que, por sortilégio geracional, se confrontam com uma busca diária por estabilidade profissional e alguma segurança no emprego (atente-se na discutida e mal-amada questão da segmentação do mercado de trabalho)? Dir-se-á: o mal está na ausência de efetividade da lei laboral, a qual deverá garantir a todos, sem exceção, um emprego pleno e seguro ("como um rochedo"). Num mundo em que não exista escassez de bens e de progresso contínuo e de permanente acumulação de riqueza, estaríamos totalmente de acordo. Todavia, a realidade não acompanha infelizmente a utopia, a qual deve continuar, na medida do possível, a guiar o nosso caminho. Ora, a ausência de flexibilidade extintiva da relação laboral é inevitavelmente ponderada na decisão de contratar um novo trabalhador; sendo que o recurso à contratação a prazo ou ao trabalho temporário não é, por si só, ilícito ou sequer moralmente condenável.

O Autor manifestou, inclusivamente, *enormes reservas* sobre a conformidade constitucional deste primeiro critério, tendo em conta a jurisprudencial constitucional. Contudo, salvo melhor opinião, o exemplo do futebolista de alta competição ter uma má avaliação no critério de jogador da NBA (*ob. cit.*, p. 207) não é convincente. Os critérios têm de ser relevantes, isto é, têm de estar relacionados com a empresa, com a unidade económica ou com o posto de trabalho ocupado pelo trabalhador sujeito a avaliação. Isto nada tem de discriminatório ou de arbitrário. Trata-se apenas de definir modelos de avaliação congruentes e objetivamente controláveis que possam ser usados na análise de postos de trabalho, em abstrato, comparáveis. Naquele caso, não funcionaria o primeiro critério, devendo ser aplicado o critério seguinte e assim sucessivamente. Caso tivesse sido baseado apenas no primeiro critério, o despedimento deveria ser declarado ilícito.

Em sentido crítico à prevalência da antiguidade sobre outros critérios objetivos, como a produtividade, assiduidade ou custo do posto de trabalho a extinguir, *vide* Rosário Palma Ramalho, "O olhar do Tribunal Constitucional sobre a reforma laboral — algumas reflexões, *Para Jorge Leite — Escritos Jurídico-Laborais*, Vol. I, Coimbra editora, Coimbra, 2014, p. 767.

No sentido da regra da antiguidade como medida antifraude (Leal Amado, *Contrato…*, *ob. cit.*, p. 391).

[23] Nas palavras de Lobo Xavier: o que se passa é que o empresário decisor (não só nestes casos, mas em todos os ligados à organização e reestruturação) não pensa autonomamente em números de postos de trabalho a extinguir para só depois estabelecer critérios abstractos para concretizar tal extinção. Na prática, utiliza um processo simbiótico, em que os postos de trabalho não estão desligados das pessoas, nem o organigrama se constrói sem pensar nos trabalhadores que têm de ficar e nas pessoas que hão-de sair (e, porventura, em alguns casos abusivos naquelas que convém que saiam…) (Lobo Xavier, O Despedimento…, ob. cit., pp. 249-250). Naturalmente, como afirma Nunes de Carvalho, a pré-ordenação do despedimento coletivo, instrumentalizando-o para a cessação de concretos contratos de trabalho não é lícita ("Reflexões…", ob. cit., p. 135). Contudo, os casos de predestinação instrumentalizadora ou abusiva não se devem confundir com a seleção de trabalhadores de acordo com critérios objetiváveis e congruentes com a motivação do despedimento, os quais podem, nomeadamente, visar o despedimento dos trabalhadores menos produtivos.

em fatores discriminatórios ou arbitrários. Na verdade, por razões de justiça relativa ou apenas atendendo ao interesse da organização laboral, o empregador optará por manter o trabalhador mais produtivo, mais competente ou mais comprometido com os objetivos e métodos de trabalho, de acordo com uma avaliação baseada em critérios determináveis.

Dir-se-á que este critério não se ajusta à estrutura empresarial portuguesa — fortemente marcada por microempresas[24] –, a qual não dispõe de meios técnicos, financeiros e humanos ou dos conhecimentos necessários para definir e executar mecanismos de avaliação de desempenho. Este argumento não é, porém, decisivo por três ordens de razões:

a) A (presumida) ausência de meios de uma parte do tecido empresarial não deve impedir que as grandes empresas — as quais empregam cerca de 20% das pessoas ativas[25] e nas quais a extinção de posto de trabalho pode abranger até 4 trabalhadores (arts. 359.º, n.º1, e 368.º, n.º1, al. d)) — possam implementar mecanismos que potenciem a melhoria da produtividade e que premeiem os trabalhadores que prestem a sua atividade com níveis mais elevados de zelo e diligência e de produtividade[26];
b) A lei consagra uma ordem imperativa de critérios subsidiários e, por isso, a (eventual) inaplicabilidade prática do critério numa parte significativa do tecido empresarial conduzirá apenas à interpretação-aplicação do critério seguinte, sem que isso conduza a uma desproteção dos trabalhadores;
c) O incumprimento dos deveres de realizar o trabalho com zelo e diligên-

[24] Entre 2004 e 2013: 99,9% eram micro, pequenas e médias empresas; entre elas, 95%-96% eram microempresas (cfr. http://www.pordata.pt, último acesso em 29.3.2016).

[25] Entre 2004 e 2013: 19%-20% das pessoas ao serviço, isto é, do número de pessoas que contribuem para a atividade de uma empresa (v.g. trabalhadores, gerentes ou familiares não remunerados) (cfr. http://www.pordata.pt, último acesso em 29.3.2016).

[26] Dito de outro modo, não se trata, necessariamente, de atos ou comportamentos com relevância disciplinar ou que possam fundamentar um despedimento por inadaptação. Mas ainda que assim não fosse, como sustentámos, o empregador não está legalmente vinculado a seguir determinado procedimento com preferência sobre os demais. Sendo os factos subsumíveis a diferentes causas de cessação do contrato de trabalho, competirá ao empregador escolher o procedimento que melhor lhe aprouver. Dir-se-á que está encontrada a forma de o empregador se furtar aos constrangimentos legais impostos ao despedimento. Numa análise que alargue os horizontes aos Direito civil tal crítica perde acuidade, visto que (i) a utilização de uma norma de cobertura para ultrapassar ou incumprir uma norma defraudada, isto é, aquela que seria aplicável ao caso, ou (ii) qualquer comportamento do empregador que consista num exercício manifestamente ilegítimo do direito de despir — embora intrinsecamente limitado por exigentes ónus procedimentais e de fundamentação –, conduzirá à ilicitude do despedimento (arts. 294.º e 334.º do Código Civil e art. 381.º, als. b) e c)). Em suma, quando existem factos que podem ser subsumíveis a várias causas de despedimento, o empregador optar livremente entre as modalidades de cessação do contrato de trabalho disponíveis, salvo fraude à lei ou abuso de direito.

cia (art. 128.º, n.º1, al. c)) e de promover ou executar os atos tendentes à melhoria da produtividade da empresa (art. 128.º, n.º1, al. h)) ou o desinteresse repetido pelo cumprimento, com a diligência devida de obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto de trabalho (art. 351.º, n.º2, al. d)), quando tornem inexigível a manutenção da relação de trabalho, podem justificar o despedimento com justa causa disciplinar (art. 351.º, n.ºs 1 e 3). Por outro lado, a redução continuada de produtividade ou de qualidade do trabalho ou as avarias repetidas nos meios afetos ao posto de trabalho, bem como no caso de cargo de complexidade técnica ou de direção, o incumprimento de objetivos previamente acordados, por escrito, pode justificar o despedimento por inadaptação (art. 374.º, n.º1, als. a) e b), e n.º 2). Assim, nada justificaria que a qualidade do trabalho — ou o modo de execução — seja aceite como motivo de despedimento com justa causa disciplinar ou por inadaptação, mas não possa ser utilizada para selecionar o trabalhador a despedir no caso de pluralidade de postos de trabalho potencialmente afetados pela medida de redução de emprego fundada em motivos ligados à organização laboral[27].

Coloca-se, agora, a questão de saber se este critério pode ser alvo de manipulações não sindicáveis pelo tribunal. A resposta é negativa. A avaliação de desempenho deve ter parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador (art. 368.º, n.º2, al. a)), ou seja, deve mencionar, desde logo, a suscetibilidade de consideração dos resultados apurados em eventuais despedimentos por extinção de posto de trabalho (ou coletivos). Todavia, não parece ser suficiente. Com efeito, os sistemas de avaliação podem estribar-se em índices amplos, genéricos ou subjetivos. Ora, parece-nos que esses sistemas não cumprem o comando legal. Assim, se o empregador utilizar o critério da pior avaliação, fundamentada num sistema composto por elementos genéricos ou indeterminados — ou não sindicáveis pelo tribunal –, o despedimento será ilícito (art. 384.º, al. b)); se o empregador declarar que não o aplica por esse motivo, o despedimento poderá ser lícito se algum (ou alguns) dos critérios seguintes forem aplicáveis e suscetíveis de identificar o trabalhador a despedir.

Cumpre saber qual é o grau de detalhe ou densidade mínima do sistema de avaliação. Será exigível ao empregador implementar um "mecanismo espe-

[27] Neste caso, o fundamento do despedimento assenta em motivos ligados à organização laboral (de natureza económica, estrutural, de mercado ou economicamente racional, congruente ou justificável). A avaliação de desempenho é um critério de seleção que permite proteger os melhores trabalhadores do infortúnio do desemprego. Se não podem ficar todos os trabalhadores, que se mantenham aqueles que têm contribuído mais para a sustentabilidade da organização laboral.

lho" do Sistema Integrado de Gestão e Avaliação do Desempenho na Administração Pública (SIADAP)[28]? A resposta deve ser negativa. A compatibilidade do direito à segurança no emprego (art. 53.º da CRP) com a liberdade de iniciativa económica (art. 61.º, n.º1, da CRP) deve permitir a definição de parâmetros de avaliação, qualitativos e quantitativos, adequados ao setor de atividade, à organização laboral ou à unidade económica. Contudo, estes parâmetros devem ser objetivos, determinados e permitir a comparação de trabalhadores que ocupem idênticos postos de trabalho.

Deste modo, por força dos princípios da tutela da confiança e da tutela da materialidade subjacente, o empregador deve informar previamente o trabalhador sobre (i) a existência de um sistema de avaliação de desempenho, (ii) as suas finalidades organizacionais, (iii) os dados e informações avaliados, (iv) o período sujeito a avaliação (*v.g.* trimestre, semestre ou ano), (v) o tipo de classificações a aplicar (qualitativas e/ou quantitativas), (vi) o procedimento de avaliação (*v.g.* resposta a inquérito, recolha de dados contabilísticos ou financeiros e/ou entrevista[29]), (vii) o período habitual de comunicação dos resultados, (viii) o (eventual) grau de tolerância sobre os objetivos a cumprir e (ix) as possíveis consequências (*v.g.* a consideração dos resultados em eventual despedimento por extinção de posto de trabalho (ou despedimento coletivo)). Este grau de detalhe assume particular importância, porque a informação recolhida pelo sistema de avaliação pode ter efeitos extintivos da relação de trabalho e, nesse sentido, o empregador deve criar as condições para que o trabalhador conheça — ou deva conhecer — o modo de execução da atividade esperado em comparação com o alcançado.

Quatro últimas questões: (i) a informação sobre as consequências da avaliação pode ser dada durante o período objeto de avaliação? (ii) qual é a duração mínima do período de avaliação que deve ser considerada para efeitos de despedimento? (iii) a desproporcionalidade dos parâmetros de avaliação pode afetar a sua utilização em sede de despedimento? e (iv) o sistema de avaliação deve ser de aplicação geral e abstrata?

Em nosso entender, a informação sobre as consequências da avaliação deve ser prestada em momento anterior ao seu início, por forma a que o trabalhador possa adaptar-se ao que lhe será exigido pelo empregador. Assim, se a informação for prestada, por exemplo, a meio de um período de avaliação

[28] Aprovado pela Lei n.º 66-B/2007, de 28 de dezembro, alterado pelas Lei n.º 64-B/2008, de 31 de dezembro, n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, e n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.

[29] Na entrevista ou por escrito, o empregador deverá permitir que o trabalhador se possa pronunciar sobre a avaliação.

anual, apenas o segundo semestre poderá ser considerado, desde que o sistema de avaliação permita fazer essa distinção temporal.

A lei não resolve a segunda questão. Por absurdo, uma avaliação de desempenho durante 24 horas poderia ser utilizada para escolher o trabalhador a despedir. Parece-nos, porém, que a avaliação de desempenho deve permitir a aferição de um padrão de comportamento e, por isso, pressupõe um período mínimo de implementação e de aplicação do sistema. Assim, por exemplo, se o procedimento tiver uma periodicidade semestral, podendo o trabalhador conhecer e pronunciar-se periodicamente sobre os resultados, parece-nos que, pelo menos, quatro semestres podem ser suficientes. Cumpre saber se deve atender-se ao resultado do quarto semestre ou à média dos semestres em análise? Salvo melhor opinião, o padrão de comportamento exige a aferição e comparação das médias de avaliação dos trabalhadores que ocupem postos de trabalho potencialmente abrangidos pela extinção em curso[30].

A terceira questão é de fácil resolução. O empregador não poderá prevalecer-se de critérios desadequados, excessivos ou desnecessários para avaliar o desempenho de determinado trabalhador, ainda que possam estar relacionados com o desempenho da organização laboral, da unidade económica e do trabalhador.

No que toca à ultima questão, parece-nos que o sistema não pode conter elementos de discriminação direta ou indireta, mas nada obsta — aliás, o princípio da igualdade parece apontar nesse sentido — à possibilidade de consagrar parâmetros, parcial ou totalmente, adaptados à atividade ou à localização geográfica da unidade económica (*v.g.* no departamento de marketing não fará sentido avaliar o volume de vendas concretizado pela respetiva equipa, embora possa ser justificado no departamento comercial).

Em suma, a implementação de um sistema nos termos *supra* referidos poderá tornar a avaliação mais efetiva e alcançar um maior comprometimento do trabalhador com a organização laboral, o que deve ser considerado como interesse digno de tutela, visto que não existem empresas sem trabalhadores ou trabalhadores sem empresas e, muito menos, emprego sem empresas economicamente viáveis que, na sua base, promovam o mérito e a produtividade[31].

[30] Se, por hipótese, o procedimento de avaliação cumpria todos estes requisitos, aquando da entrada em vigor da Lei n.º 27/2014.

[31] Defender o mérito e a produtividade não significa, todavia, apoiar um modelo de mercado de trabalho baseado na lei do mais forte, na "coisificação" do trabalhador ou, sequer, numa limitação agressiva da tutela dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade dos trabalhadores.

3.2. Menores habilitações académicas e profissionais

Conforme vimos, a existência de um sistema de avaliação de desempenho — ou a própria avaliação — pode não ser suficiente para individualizar o trabalhador abrangido pela decisão de despedimento. Nesta medida, devemos observar o segundo critério (art. 368.º, n.º2, al. b)), o qual determina a extinção do posto de trabalho ocupado pelo trabalhador com *menores habilitações académicas e profissionais*. Subjacente a este critério encontra-se a necessária valorização da formação (ou qualificação) dos trabalhadores e o reconhecimento de que o empregador pode manter os trabalhadores mais qualificados, tendo em conta o interesse (legítimo) de modernização e de desenvolvimento da empresa. Trata-se, por isso, de uma opção que se mostra, à partida, adequada e equilibrada; no entanto, suscita questões e dificuldades práticas.

Em primeiro lugar, cumpre saber o que são habilitações académicas e profissionais. Trata-se de dois subcritérios que devem aplicados de forma coordenada, ou seja, deve ser escolhido o trabalhador que, segundo uma avaliação global, revele ser o menos apto — devido às suas habilitações académicas e profissionais — para desempenhar as tarefas correspondentes ao núcleo funcional essencial do posto de trabalho após a reestruturação empresarial[32]. Enquanto no primeiro critério a apreciação obedece a um juízo sobre o modo concreto de execução da atividade, no segundo segue-se um juízo em abstrato, tendo em conta a combinação de habilitações académicas e profissionais[33]. Devemos, no

[32] Ou seja, se a reestruturação implicar apenas a eliminação de determinado posto de trabalho, mantendo-se inalteradas as demais características da organização laboral, deve atender-se ao núcleo funcional do posto de trabalho no momento da decisão gestionária de redução de emprego (por exemplo, dois vendedores de portaaporta, sendo eliminado um posto de trabalho, mas mantém-se o conteúdo funcional); ao invés, se a reestruturação implicar a redução do número dos postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico e a redefinição do seu núcleo funcional, deve atender-se ao conjunto essencial de tarefas que será exigido aos trabalhadores após a reorganização (por exemplo, dois vendedores de porta-a-porta; o empregador decide eliminar um posto de trabalho e determina que o posto de trabalho remanescente deixa de realizar vendas porta-a-porta e passa a incluir as seguintes tarefas: venda através dos canais digitais, gestão de stock, das encomendas, das datas de entrega e das reclamações dos clientes, através da plataforma informática Z). Neste caso, deve atender-se à qualificação (académica e profissional) mais adequada para as novas funções. Nada impede que tenhamos postos de trabalho com conteúdo funcional idêntico no momento da decisão gestionária e que, após a reestruturação, estes passem a ter uma diferente configuração ao nível das tarefas e atividades exigidas, tendo em conta a eficácia conformadora do poder de direção.

[33] Distingue-se do despedimento por inadaptação ou inaptidão, porque o trabalhador não exerce as funções de modo que torne inexigível a manutenção do contrato, mas é o menos apto em comparação com outro que ocupe um posto de trabalho com conteúdo funcional idêntico. Por outro lado, naquele pode verificar-se a substituição do trabalhador despedido, enquanto no despedimento por extinção de posto de trabalho tal não será admissível, salvo alteração das circunstâncias.

entanto, fazer uma precisão adicional que visa contribuir para a determinabilidade e operacionalidade deste critério composto: a comparação, em abstrato, do resultado combinado de habilitações académicas e profissionais deve atender à sua adequação para o posto de trabalho em apreço. Por outras palavras, uma formação (ou qualificação) de grau inferior deve prevalecer sobre uma formação (ou qualificação) de grau superior, quando se mostre mais diretamente relacionada com o conteúdo funcional essencial do posto de trabalho. De outra forma, poderiam ser alcançados resultados absurdos, como preferir o trabalhador com um mestrado em literatura inglesa em detrimento de outro com uma formação profissional não conferente de grau em técnicas de venda, em relação a um posto de trabalho com conteúdo funcional de venda de automóveis (por exemplo, citadinos ou de gama média) no mercado nacional[34]. O grau de relevância de cada um dos subcritérios está diretamente relacionado com o conteúdo funcional essencial do posto de trabalho. Por isso, talvez se justificasse que, *de iure condendo*, os subcritérios fossem consagrados em alternativa, tendo em conta a sua relação com o posto de trabalho a extinguir[35].

Em segundo lugar, devemos procurar distinguir as *habilitações profissionais* da experiência profissional, a qual foi erigida a critério autónomo (cfr. *infra*[36]). No segundo critério devemos avaliar e comparar a habilitação enquanto

[34] E se a falta ou a menor formação (qualificação) de determinado trabalhador (ou grupo de trabalhadores) resultar (i) da programação plurianual da formação profissional, (ii) da não realização da formação profissional legalmente prevista ou (iii) da insuficiência do número de horas de formação anual para a obtenção da formação necessária? Nestes casos, o segundo critério não deve ser aplicável e, por conseguinte, a seleção do trabalhador deve ser analisada de acordo com o critério seguinte. Só assim não sucederá, se a falta ou menor formação (qualificação) resultar da recusa ou da não inscrição voluntária do trabalhador em ações de formação organizadas ou promovidas pelo empregador, ainda que este não lhe tenha instaurado um procedimento disciplinar com ou sem intenção de despedimento. Por outras palavras, quando a ausência ou insuficiência de formação (qualificação) resultar do desinteresse ou da falta de vontade do trabalhador, independentemente da sua qualificação como ilícito disciplinar.

[35] Objetivamente, a formação académica pode ser mais relevante para funções de gestão ou em postos de trabalho que exijam determinado nível de habilitações académicas (v.g., em particular em áreas criativas ou de investigação científica). Por outro lado, em funções de índole eminentemente prática ou executiva, as habilitações profissionais podem assumir uma maior relevância.

[36] Quanto a este ponto, não acompanhamos Freitas de Sousa, quando sustenta que este critério ao determinar habilitações profissionais se refere a "experiência de trabalho" detida pelos trabalhadores (cfr. Tiago André Freitas de Sousa, Despedimento por extinção do posto de trabalho — considerações sobre a evolução do n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho à luz do art, 53.º da Constituição da República Portuguesa, 2015, disponível no repositório da UCP - http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18678/1/disserta%C3%A7%C3%A3o_vers%C3%A3ofinal.pdf). Por este motivo, também não acompanhamos a posição semelhante de David Falcão e Tenreiro Tomás que criticam esta posição legislativa por menosprezar a experiência profissional perante as habilitações "desfasadas do saber profissional" (David Falcão/Sérgio Tenreiro Tomás, "Regime do despedimento por extinção do posto de trabalho — análise à proposta de lei n.º 207/X", QL, n.º 44, 2014, pp. 46-47). Neste caso, entendemos que o legislador quis valorizar a formação académica e profissional para o exercício de uma atividade profissional, porque o procedimento despedimento por extinção de posto de trabalho visa permitir uma adaptação a novas condições de trabalho resultantes de reestruturações ou simplesmente garantir a mesma produtividade com um número

formação (ou qualificação) para o desempenho do conteúdo funcional essencial do posto de trabalho *em crise*.

Em terceiro lugar, as habilitações académicas devem atender às qualificações atribuídas pelos sistemas de ensino e aprendizagem nacionais e, dessa forma, ter em consideração o Quadro Europeu de Qualificações, o qual abrange a educação geral e de adultos, educação e formação profissional e o ensino superior, sendo composto por oito níveis de referência[37]. Dito de outro modo, deve atender-se ao nível de certa qualificação obtida no âmbito dos processos de avaliação, validação e certificação da aprendizagem ao longo da vida.

Por seu lado, o conceito de habilitações profissionais deve corresponder à noção de qualificações profissionais (art. 2.º, al. j), da Lei n.º 9/2009, de 4 de março[38], e art. 3.º, al. g), do Decreto-Lei n.º 37/2015, de 10 de março[39]): qualificações destinadas ao acesso ou exercício de determinada profissão atestadas por título de formação, declaração de competência ou experiência profissional (reconhecimento formal de competências)[40]. Em ambos os casos, a habilitação (ou qualificação) deve ser atestada por documento emitido pela entidade competente e o empregador deve ter tomado conhecimento desses factos, nomeadamente através de entrega de cópia dos certificados ou diplomas pelo trabalhador[41/42].

Vejamos dois exemplos práticos:

a) O empregador W decide promover um despedimento por extinção de posto de trabalho numa unidade económica que inclui dois postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico ocupados pelos trabalha-

inferior de trabalhadores. O critério da experiência profissional é igualmente valorado, mas não neste âmbito. Admitir que o único critério relevante é a experiência profissional seria repristinar a norma anterior que fazia referência ao critério da antiguidade por forma a privilegiar somente a experiência profissional (em tese) adquirida com o simples decurso do tempo.

[37] Art. 5.º do Decreto-Lei n.º 396/2007, de 31 de dezembro, e Portaria n.º 782/2009, de 23 de julho. Cfr., ainda, a Recomendação do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23.4.2008, relativa à instituição do Quadro Europeu de Qualificações para a aprendizagem ao longo da vida (2008/C 111/01) e http://ec.europa.eu/ploteus/.

[38] Alterada pelas Leis n.º 41/2012, de 28 de agosto, e n.º 25/2014, de 2 de maio.

[39] O conceito de qualificações profissionais está igualmente subjacente à lei-quadro das associações públicas profissionais (Lei n.º 2/2013, de 10 de janeiro).

[40] A experiência profissional qua tale é apreciada no quarto critério.

[41] Nomeadamente, através da entrega de uma cópia da caderneta individual de competências (art. 8.º, n.º1, do Decreto-Lei n.º 396/2007, e Portaria n.º 475/2010, de 8 de julho).

[42] O trabalhador que não informe o empregador sobre as suas qualificações académicas ou profissionais, através da entrega de cópia dos respetivos certificados ou diplomas (arts. 106.º, n.º2, e 109.º, n.º3), não se poderá delas se prevalecer, por exemplo, para impugnar o despedimento por extinção de posto de trabalho (art. 334.º do CC). O ordenamento jurídico laboral não deve incentivar — antes deve reprimir — esquemas de conservação de trunfos na manga destinados a serem utilizados quando a contraparte der, inadvertidamente, um passo em falso.

dores A e B (gestão de sinistros). O empregador dedica-se à atividade de corretagem de seguros. Ambos os trabalhadores têm habilitações (qualificações) profissionais equivalentes para o exercício da atividade profissional, mas um é licenciado em gestão e o outro não.

b) O empregador Y toma a mesma decisão, mas dedica-se à atividade de comércio a retalho de calçado e são dois postos de trabalho com o conteúdo de delegado comercial. Um dos trabalhadores tem melhores habilitações (qualificações) profissionais, uma vez que se dedicou intensivamente a cursos associados a área de vendas. O outro trabalhador não tem habilitações (qualificações) profissionais nessa área, mas tem uma licenciatura em Direito.

A solução do primeiro exemplo passa pela interpretaçãoaplicação combinada dos dois subcritérios: o trabalhador A tem menores *habilita*ções académicas e profissionais do que o trabalhador B, visto que a equivalência em termos de habilitações profissionais é desequilibrada pela licenciatura em gestão, a qual, à partida, tem relevância para o conteúdo essencial do posto de trabalho a extinguir. Ainda que se questione se esta licenciatura justifica a diferença, parece-nos que o critério pode ser utilizado de forma minimamente objetiva, sendo sindicável pelo intérprete-aplicador.

A solução do segundo exemplo deverá ser semelhante. Conforme referimos, o critério em discussão é composto por dois subcritérios de valoração, em abstrato, paritária e, por isso, impõe-se a sua articulação funcional, isto é, em tendo em vista o núcleo essencial do posto de trabalho (no momento da decisão gestionária ou após a reestruturação). À partida, ambos os trabalhadores têm um subcritério a seu favor: se o trabalhador C deve ser escolhido por ter menores habilitações (qualificações) académicas, o trabalhador D deve ser escolhido por força das menores habilitações (qualificações) profissionais. Estaríamos, deste modo, perante uma situação de *empate* técnico, a qual imporia a passagem ao terceiro critério. Todavia a teleologia do critério permitirá manter o trabalhador com cursos profissionais na área das vendas em detrimento de um trabalhador com o grau de licenciado em área não diretamente relacionado com a atividade.

Admitimos que este critério possa vir a ganhar relevância prática nos próximos anos, tendo em conta as virtualidades que comporta para tutela do interesse da empresa e do conjunto de trabalhadores. Caberá aos tribunais concretizá-lo com a riqueza do caso concreto.

3.3. Maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa

O terceiro critério é a *maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa* (art. 368.º, n.º2, al. c)). Numa primeira leitura podemos retirar duas diretrizes fundamentais: a) é um regra de diferença quantitativa simples, visto que não recorre a qualquer qualificativo (como, por exemplo, no art. 566.º, n.º1, do CC) e, por isso, basta-se com uma mera dissemelhança; b) a maior onerosidade é apreciada pela manutenção do vínculo e não pela cessação do contrato, ou seja, é escolhido o trabalhador que represente, segundo um juízo de prognose, um custo mensal mais elevado e não aquele cujo despedimento seja mais dispendioso[43]. A partir daqui surgem várias questões.

Numa primeira análise, parece resultar a necessidade de consideração de todos os custos laborais associados à manutenção do contrato de trabalho. Todavia, parece-nos que esta linha interpretativa deve ser matizada por três orientações: (i) a comparação deve incidir sobre os elementos comuns aos trabalhadores potencialmente abrangidos pelo despedimento, ou seja, às prestações que sejam contrapartida do modo específico da execução do trabalho[44]; (ii) não devem ser contabilizados os custos diretamente relacionados com o desempenho, os bons serviços ou a produtividade, sob pena de, por absurdo, ser despedido o trabalhador mais dedicado e produtivo, por exemplo, num contexto de redução do volume de vendas[45]; e, em particular, (iii) não devem ser considerados os custos que estejam diretamente relacionados com a organização do trabalho e que possam ser eliminados unilateralmente pelo emprega-

[43] Atente-se no facto de na manutenção se contabilizarem todos os custos laborais (incluindo os denominados fringe benefits), enquanto no despedimento se computarem apenas as chamadas contas finais (v.g. férias vencidas e não gozadas e subsídio de férias vencido no dia 1 de janeiro, proporcionais de férias vencidas e não gozadas e dos subsídios de férias e de Natal do ano da cessação do contrato) e o valor da compensação, o qual é calculado tão-só sobre a retribuição base e diuturnidades (art. 366.º, n.º1).

[44] Por exemplo, não devem ser contabilizados os custos com a formação profissional do trabalhador A, quando o trabalhador B não beneficiou de qualquer formação profissional, em particular quando excede o valor mínimo legalmente previsto.

Ao invés, devem ser considerados, por exemplo, os subsídios para compensação (i) pelos riscos especiais da atividade laboral (*v.g.* perigosidade, falhas de caixa), (ii) pelas condições mais penosas do desempenho da atividade (*v.g.* trabalho noturno), (iii) pelas despesas do trabalhador em execução do contrato de trabalho (*v.g.* transporte, refeição ou alojamento).

Admitimos, porém, que sejam consideradas prestações retributivas não atribuídas a todos os trabalhadores se for coerente com o motivo subjacente ao despedimento. Assim, por exemplo, se visa a eliminação do trabalho noturno, em virtude da redução da atividade, o empregador poderá contabilizar o subsídio de trabalho noturno nos custos totais, ainda que fosse pago apenas a um único trabalhador.

[45] Por exemplo, gratificações de bons serviços ou prémios de desempenho, ainda que regulares ou periódicos.

dor ou com o acordo do trabalhador[46].

Naturalmente, que a subida dos custos com determinado trabalhador (ou grupo de trabalhadores) em momento anterior à decisão gestionária de redução do número de postos de trabalho deve ser controlada pelo princípio da boa fé. Por conseguinte, um aumento da remuneração em momento próximo ao início do procedimento que altere o posicionamento do trabalhador na escala de custos laborais não poderá ser considerado, sob pena de abuso do direito (art. 334.º CC)[47]. Neste caso, deve considerar-se a estrutura de custos anterior à alteração remuneratória, porque o empregador não se poderá prevalecer de um facto voluntariamente criado (o aumento da remuneração) para individualizar a decisão de despedimento.

3.4. Menor experiência na função

Os dois últimos critérios parecem resquícios do regime anterior. O quarto critério consiste na *menor experiência na função* (art. 368.º, n.º2, al. d)). Anteriormente, a lei referia-se (i) à *menor antiguidade no posto de trabalho* e (ii) à *menor antiguidade na categoria profissional*. É certo que, atualmente, não está em causa a antiguidade do trabalhador, mas a experiência na função, à primeira vista independentemente do posto de trabalho, da categoria profissional e do beneficiário da atividade. Por outras palavras, num primeiro momento, deve atender-se ao conjunto de atividades essenciais que integram o posto de trabalho a extinguir; num segundo momento, deve verificar-se o tempo de serviço do trabalhador

[46] Por exemplo, a remuneração por trabalho suplementar, noturno ou por turnos, bem como o subsídio de isenção de horário de trabalho. Quando a eliminação depende do acordo do trabalhador e este legitimamente se recusa a manifestá-lo até ao início do procedimento de despedimento por extinção de posto de trabalho ou, no limite, durante o decurso do prazo previsto no art. 370.º, n.º1, o custo deverá passar a ser considerado no critério em apreço. Não se trata de um acto persecutório ou vingativo como uma leitura apressada poderia levar a concluir. Ao invés, o trabalhador pode avaliar, no caso concreto, as consequências de aceitar a alteração das condições de trabalho ou do risco dessa componente remuneratória poder ser contabilizada na concretização deste terceiro critério. Neste tipo de procedimentos, os trabalhadores estão frequentemente apoiados por associações sindicais ou por advogados. Em qualquer caso e à cautela, o empregador poderá adverti-lo para a possível consequência associada à recusa de alteração das condições de trabalho (a consideração da prestação, mas não o seu automático despedimento).

A favor desta solução poderá depor o entendimento do despedimento como *ultima ratio*: o empregador deve, na medida do exigível, procurar reorganizar a empresa mantendo os postos de trabalho, salvo se a poupança alcançada não for suficiente para a recuperação da empresa ou para a reorganização da sua atividade.

Cfr. Ac. STJ 17.12.2014 (Fernandes da Silva) proc. n.º 1364/11.6 TTCBR.C1.S1: É exigível o pagamento do trabalho suplementar cuja prestação tenha sido prévia e expressamente determinada, ou realizada de modo a não ser previsível a oposição do empregador, impendendo sobre o trabalhador o ónus da prova dos respetivos pressupostos, enquanto elementos de facto constitutivos do direito peticionado.

[47] Só assim não sucederá se o aumento resultar da lei, de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou de decisão judicial.

para o empregador, atual ou anterior, no qual foi exercido o mesmo conteúdo de atividades. Assim, a noção de antiguidade pode constituir um elemento interpretativo importante na concretização da experiência na função, mas, por si só, é insuficiente. Imagine-se, por exemplo, o seguinte caso: o trabalhador A tem 10 anos de antiguidade e o trabalhador B tem 5 anos de antiguidade no empregador X; aquando do início do procedimento de despedimento por extinção de posto de trabalho, o trabalhador A desempenha as funções de delegado de vendas há 4 anos, enquanto o trabalhador B executa as iguais funções há 5 anos. Neste contexto, deverá prevalecer a "antiguidade na função" e não a "antiguidade do empregador".

Consideremos, agora, algumas situações em que a maior antiguidade não equivale a maior experiência na função:

a) O trabalhador C tem 10 anos de antiguidade na função de delegado de vendas, mas teve o contrato de trabalho suspenso por um período superior a 2 anos; enquanto o trabalhador D tem 8 anos de antiguidade em igual função, sem qualquer suspensão ou interrupção. Neste caso, o trabalhador C tem uma experiência na função inferior à do trabalhador D[48].
b) O trabalhador E tem 5 anos de antiguidade na função de técnico de farmácia e o trabalhador F tem apenas 4 anos. O tempo de serviço determina, só por si, a experiência na função? Não. O trabalhador E pode ter mais experiência, nomeadamente se for considerado o seu passado profissional, isto é, o tempo de serviço em igual função em benefício de um empregador anterior.

Assim, com estes exemplos podemos concluir que a experiência na função vai depender sempre da análise das circunstâncias do caso concreto. Não obstante, podemos retirar algumas diretrizes de interpretação, a saber: (i) a experiência na função não equivale a antiguidade na função; (ii) a noção de antiguidade pode ajudar na determinação da experiência na função; (iii) pode ser considerada uma experiência na função anterior para o mesmo empregador[49] ou para um empregador pretérito.

[48] Art. 295.º, n.º1, a contrario. A experiência na função pressupõe a efetiva prestação de trabalho; mais, funda-se no exercício, de facto, do conjunto essencial das tarefas compreendidas em determinada função, independentemente da existência de modificações no posto de trabalho. Neste exemplo, há contagem do tempo de suspensão para efeitos de antiguidade (art. 295.º, n.º2), mas não para efeitos de experiência na função.

[49] Por exemplo, interrupção temporária do exercício da atividade de delegado de vendas para substituir um colega ausente por doença, o qual desempenhava as funções correspondentes à categoria profissional de gestor de armazém.

A consideração do período de serviço na função para um empregador anterior permite valorizar a experiência acumulada (*know-how*) do trabalhador no exercício de igual função. O interesse da empresa — e dos trabalhadores cujos contratos não são afetados — justifica que o empregador mantenha os trabalhadores com as melhores competências, capacidades e aptidões para o exercício da função, independentemente de ter sido adquirida em momento anterior ao início da relação laboral[50]. Neste momento voltam a soar os *sinos da manipula*ção ou de aproveitamento indevidos. O ordenamento jurídico consagra os instrumentos necessários para resolver este tipo de comportamentos patológicos, nomeadamente a fraude à lei ou o abuso do direito. Antes de recorrer a estes mecanismos, o intérprete-aplicador deve (i) apurar a existência de um nexo de causalidade entre a contratação e a experiência do trabalhador para a função em causa[51] e (ii) verificar se o trabalhador entregou ao empregador cópia dos certificados de trabalho emitidos por empregadores anteriores que atestem a experiência na função (art. 341.º, n.º1, al. a)). De referir que se a experiência anterior que justificou a seleção não for demonstrada, o despedimento deve ser declarado ilícito, salvo se o empregador desconhecia, sem culpa, que a experiência profissional anterior não correspondia à verdade.

3.5. Menor antiguidade na empresa

Por último, caso nenhum dos critérios anteriores seja aplicável ou permita individualizar a decisão de despedimento, cabe interpretar e aplicar o critério da *menor antiguidade na empresa* (art. 368.º, n.º2, al. e)), o qual se manteve do anterior regime. Está, desde logo, abrangida a antiguidade resultante da contagem do tempo de serviço em benefício do empregador. Julgamos que podemos ir um pouco mais além. Neste critério deve ser contabilizado o tempo de serviço que seja imposto por lei ou por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho (*v.g.* cessão da posição contratual ou transmissão legal ou convencional da unidade económica). Ao invés, não poderá ser considerada a antiguidade reconhecida voluntariamente no contrato de trabalho, isto é, quando as partes se limitam a reconhecer um tempo de serviço superior fora dos casos referidos anteriormente.

[50] Com efeito, quando o recrutamento tem em conta a experiência anterior na função, fará sentido que o empregador possa fundar a sua decisão nessa realidade (desde que comprovada). Por exemplo, se o recrutamento de pasteleiros, padeiros, talhantes e canalizadores tiver em conta (ou exigir) experiência anterior na função, o empregador deverá considerá-la igualmente na concretização deste critério de seleção.

[51] Ou o reconhecimento formal pelo empregador da experiência adquirida em momento anterior (por exemplo, o empregador divulga no seu site que determinado trabalhador "exerceu funções de Diretor de Recursos Humanos em empresa do mesmo sector de atividade durante mais de 10 anos").

4. Conclusões

Os temas abordados são recentes e não permitiram ainda um debate doutrinal e jurisprudencial aprofundado, sendo que nos propusemos *dar o corpo as balas* na tentativa de identificar pistas interpretativas. A discussão prosseguirá e, de certo, elucidará todos os seus contornos e eliminará os aspetos menos conseguidos ou menos coerentes dentro do espírito do instituto.

Em nosso entender, podemos tirar as seguintes conclusões:

1. O critério da antiguidade foi substituído por critérios que apelam à competência, aptidão e produtividade, visto que, dessa forma, tutela-se o interesse do empregador — no desenvolvimento e crescimento sustentados da organização laboral — e dos demais trabalhadores — na manutenção dos postos de trabalho em empresas viáveis.
2. A ordem imperativa de critérios subsidiários tem uma elevada objetividade (sem prejuízo da sua interpretação-aplicação) e permite enquadrar melhor o despedimento nas necessidades económicas, estruturais, tecnológicas (ou simplesmente gestionárias) subjacentes a este tipo de procedimentos.
3. De *jure condendo*, esta ordem deveria ser substituída por uma lista exemplificativa de critérios alternativos; competindo ao empregador eleger o critério que melhor se ajuste ao fundamento e ao juízo de prognose da vida da organização laboral após a reestruturação, na linha do que sucede atualmente no despedimento coletivo.

LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO: CLAVES PARA INICIADOS

Carolina San Martín Mazzucconi [1]

I. Antecedentes.- II. Pautas del régimen jurídico tras la reforma laboral de 2012.- 1. Ámbito de aplicación del art. 41 ET.- 2. Causas justificativas de la medida.- 3. Modificaciones convencionales.- 4. Modificaciones individuales y colectivas.- 5. Rebajas salariales.- 6. Período de consultas.- 7. Extinción causal del contrato de trabajo.- III. Conclusión.- Bibliografía

I. Antecedentes

Desde que en 1994 el legislador reformulara el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) para fomentar la flexibilidad interna en un contexto de tasas de desempleo superiores al 23% de la población activa, el precepto ha venido siendo criticado sin solución de continuidad, debido a su gran oscuridad y complejidad. A pesar de ello, fue olvidado por el legislador hasta más de una década y media después, cuando la reforma laboral de 2010[2]

[1] Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Acreditada como Catedrática da Universidad Rey Juan Carlos

[2] Real Decreto-Ley 10/2010 y Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

decidió, también en un contexto de crisis, revisar su redacción y contenido, alegando la necesidad de "dotar al procedimiento de mayor agilidad y eficacia".

En efecto, la reforma de 2010 alteró la redacción del precepto introduciendo mejoras técnicas que consiguieron aportarle cierta dosis de claridad y sistemática: se simplificó la redacción y se reordenó el contenido, aunque sin llegar a hacer del art. 41 ET un precepto amable, en términos de seguridad jurídica. De hecho, podría decirse que el régimen jurídico no se simplificó realmente, y lo más importante: el ámbito de aplicación de precepto, verdadera piedra angular de la figura, seguía sin precisarse, lo que le restaba eficacia como herramienta de gestión de la mano de obra.

Pero la reforma de 2010 además introdujo cambios importantes, algunos de los cuales se mantuvieron, con mayores o menores modulaciones, por la posterior reforma laboral de 2012[3]:

- a pesar del carácter abierto y ejemplificativo que posee el elenco de materias sustancialmente modificables contemplado en el precepto, se incorporó una referencia expresa más: la "distribución del tiempo de trabajo".
- convirtió el mínimo de 15 días de duración del período de consultas en un plazo máximo.
- planteó por primera vez la posible intervención de una comisión *ad hoc* en los casos en que la empresa no contara con representantes de los trabajadores con quienes sustancial el período de consultas.
- admitió la posibilidad de sustituir el período de consultas por un procedimiento de solución extrajudicial de conflictos.
- introdujo la presunción de concurrencia de las causas justificativas de la medida en caso de acuerdo en período de consultas, limitando su impugnación a supuestos de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

Dos años más tarde llegó la reforma laboral de 2012 –con sucesivas normas que siguieron aprobándose también a lo largo de 2013-, que completó la metamorfosis. Sigue siendo un precepto complicado, sobre todo porque continúa sin quedar claro su ámbito de aplicación y porque, aunque al principio

[3] Real Decreto-Ley 3/2012 y Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Sobre la misma y su comparación con la que tenía lugar en Portugal, véase REDINHA, M.R., LIBERAL FERNANDES, F., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "La reforma laboral en España y Portugal: análisis de los cambios en modalidades contractuales y en tiempo de trabajo", *Actas Del Congreso: La Reforma Laboral 2012*, URJC, Madrid, 27 marzo 2012. Véase también SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "Flexibilidad interna e inseguridad jurídica: disfunciones del régimen legal que desincentivan el uso de esta herramienta", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF* núm. 363, 2013.

se reordenó y adelgazó la norma, contribuyendo a su claridad, luego volvió a incrementarse notablemente su contenido añadiendo la compleja sucesión de reglas que ahora rigen para la conformación de la comisión negociadora en el período de consultas y la adopción de acuerdos válidos.

II. Pautas del régimen jurídico tras la reforma laboral de 2012

1. Ámbito de aplicación del art. 41 ET

Como se adelantó, el principal escollo en la aplicación del art. 41 ET es la dificultad para determinar cuándo procede la misma, por superarse los límites del poder de dirección empresarial en su modalidad ordinaria. El precepto, en su pretensión de servir de marco regulador general, huye de la delimitación de su ámbito aplicativo específico.

Aunque contamos con una definición jurisprudencial de las modificaciones sustanciales, la misma se construye sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados: "por modificación sustancial hay que entender aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral … pasando a ser otras distintas de modo notorio"[4]. Por tanto, hoy por hoy sigue siendo inevitable una concreción judicial casuística que nos aleja de soluciones generales y homogéneas.

Así, entre los ejemplos más recientes cabe citar aquel en el que se considera un cambio sustancial la supresión del transporte colectivo de los trabajadores sufragado por la empresa desde su residencia al centro de trabajo[5], o su unificación en una sola ruta de las dos anteriormente existentes[6]. También lo es el cambio de jornada partida a jornada continuada, que implica dejar de percibir tanto la indemnización por comida como el complemento por jornada partida[7]. Igualmente, constituye modificación sustancial de las condiciones de ejercicio del derecho a la promoción profesional, la que afecta al sistema de acceso a las bolsas de empleo, en el que ahora la empresa pide el dominio del euskera con carácter eliminatorio[8].

Por el contrario, no se aprecia sustancialidad en el cambio del anticipo de

[4] Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1987.
[5] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 24 de noviembre de 2014.
[6] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 17 de octubre de 2014.
[7] Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril 2015.
[8] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 27 de enero de 2015.

cantidades dejando de abonarse en metálico para pasar a ingresarse en la cuenta bancaria del trabajador[9], ni en la sustitución del sistema de comedor de la residencia de verano para vacaciones de los trabajadores y sus familias, por la prestación de dicho servicio por un establecimiento de la localidad[10]. Tampoco se considera sustancial la decisión de la empresa de modificar un pacto por el que se autorizaba el uso de la valija por las centrales sindicales para el envío de escritos de todo tipo de naturaleza sindical, sustituyéndolo por la remisión de información a través de la Intranet[11]. Finalmente, se descarta la sustancialidad de la reducción del porcentaje de descuentos para empleados en la compra de consolas de juego, pues con ella no se produce una transformación de ningún aspecto fundamental de la relación laboral[12].

2. Causas justificativas de la medida

El legislador de 2012 decidió, por fin, homogeneizar las causas que justifican una modificación sustancial de condiciones de trabajo, respecto de las que operan para la movilidad geográfica, lo que resulta positivo pues, en definitiva, tanto el art. 40 ET como el 41 ET regulan cambios de carácter sustancial, bien que sobre condiciones distintas. Ahora, tanto en uno como en otro precepto, concurre causa económica, técnica, organizativa o productiva cuando el cambio está relacionado con la competitividad, la productividad o la organización técnica del trabajo en la empresa.

Es indudable que, al mismo tiempo que se produce esta oportuna homogeneización, se profundiza en la descausalización material de la figura, pues ¿qué no está relacionado con la organización del trabajo, con la competitividad o productividad?

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social[13] pone algún límite, exigiendo en el art. 138.7 que la empresa acredite las razones que invoca "respecto de los trabajadores afectados".

Por su parte, los Tribunales procuran, dentro del margen que la ley per-

[9] Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de febrero de 2014, confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2015, según la cual se trata de una modificación del sistema de retribución de gastos y suplidos, que no puede ser calificada como sustancial pues posee escasa trascendencia y no afectar a ninguna de las condiciones básicas del contrato ni a su propio objeto. La nueva regulación no supone, tampoco, un perjuicio para el trabajador.

[10] Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2014. Tal modificación es una manifestación del "ius variandi" empresarial pues no altera los aspectos fundamentales de la relación laboral.

[11] Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2014.

[12] Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015.

[13] Ley 36/2011.

mite, defender una interpretación que no se abandone a la descausalización material. Así, la Audiencia Nacional advierte que "no existe una discrecionalidad absoluta del empresario, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que incidan en su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo". Porque una cosa es que la formulación de las causas sea tan amplia y vaga que apunte a la descausalización material de la figura, y otra distinta que la empresa no tenga que hacer el esfuerzo de acreditar su concurrencia. Todo estará relacionado con la organización del trabajo, la competitividad o la productividad, pero la empresa tiene que acreditar suficientemente esa relación con datos objetivos, cuantos más mejor, que convenzan de que el eficaz funcionamiento de la empresa requiere la modificación[14].

En esta línea, el Tribunal Supremo indica que lo decisivo no es que concurra exactamente una situación de "crisis" empresarial, sino que la modificación de condiciones contribuya a una "mejora" de la situación de la empresa que se encamine a favorecer su posición competitiva[15]. Además, aunque no cabe un juicio de oportunidad de la medida, sí que ha de valorarse judicialmente no sólo su legalidad, sino también la razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada[16].

El mismo Tribunal Supremo razona, basándose en la Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2015, de 22 de enero, que la modificación sustancial de condiciones de trabajo no se presenta como un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial, sino una medida racional para corregir deficiencias en diversos planos -económico, productivo, técnico u organizativo-, cuyo punto de inferencia ha de hallarse más en la «mejoría de la situación» que en la existencia de verdadera «crisis empresarial»[17].

[14] Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de mayo de 2012.

[15] Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014.

[16] Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2014. En el mismo sentido Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014; Sentencia del Tribunal Superior del País Vasco de 2 de diciembre de 2014.

[17] Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015.

3. Modificaciones convencionales

Sin duda un acierto del legislador de 2012 ha sido retirar del art. 41 ET la regulación del procedimiento para inaplicar convenios colectivos de naturaleza normativa, pues ello tiene su natural y mejor encaje entre las normas reguladoras de la negociación colectiva.

El Tribunal Supremo destaca las diferencias entre la modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET) y la inaplicación del convenio colectivo (art. 82.3 ET)[18]:

- La lista de materias susceptibles de modificación sustancial es abierta, siendo ejemplificativa la contenida en el art. 41.1ET ; el elenco de materias respecto de las que cabe la inaplicación es cerrado. Las dos tablas son casi coincidentes, si bien el art. 82.3 ET menciona las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, cuya referencia se omite en el art. 41 ET.
- Sólo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento previsto en el art. 41 ET. Sin embargo, todas las alteraciones de las condiciones de trabajo previstas por el convenio, sean sustanciales o no, deben quedar sometidas al procedimiento de inaplicación convencional.
- El empresario habrá de acudir al procedimiento previsto en el art. 41 ET cuando pretenda modificar condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. Por el contrario, la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3 ET.
- La decisión de modificación de condiciones de trabajo, sea de carácter individual o colectivo, compete al empresario, quien puede imponerla aunque no haya acuerdo con la representación legal de los trabajadores. Sin embargo, la inaplicación de condiciones de trabajo no puede llevarse a efecto de forma unilateral por el empresario: es necesario el pacto colectivo o el laudo sustitutivo.
- Mientras que la duración del descuelgue es siempre limitada, la vigencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo puede ser temporal o definitiva.

[18] Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre 2014.

4. Modificaciones individuales y colectivas

El art. 41 ET se ha simplificado al establecer, por fin, que las modificaciones deben seguir el procedimiento individual (decisión unilateral del empresario) o colectivo (decisión unilateral del empresario previa sustanciación de un período de consultas con los representantes de los trabajadores) exclusivamente según el número de trabajadores afectados, superándose así el complejo régimen anterior, que tenía en cuenta también la naturaleza de la fuente reguladora de la materia alterada.

El resultado práctico es que una modificación de condiciones que afecta a un número reducido de trabajadores se tramita como medida individual aunque implique alterar lo dispuesto en un acuerdo de empresa. Por tanto, se admite que un acuerdo de empresa se vea modificado unilateralmente por el empresario, ya sin siquiera tener que sustanciar un período de consultas, si el cambio afecta a pocos trabajadores. Asumiendo que estamos ante instrumentos de negociación colectiva de naturaleza contractual, hay quien se cuestiona hasta qué punto no se vulnera de todas formas el derecho a la negociación colectiva no ya por alterar unilateralmente estos pactos[19], sino por poder hacerlo sin siquiera intentar llegar a un acuerdo, sin incluir una fase de negociación en ningún momento de la toma de decisión[20]. Finalmente, el Tribunal Constitucional ha negado que esta previsión legal vulnere el derecho a la negociación colectiva, basándose en que la determinación de la fuerza vinculante de los convenios de toda clase es materia de legalidad ordinaria[21].

En cualquier caso, está claro que, con el diseño actual, el art. 41 ET opera para la modificación de toda condición de trabajo vigente, individual o colectiva, con independencia de cuál sea su fuente, salvo las siguientes cuatro excepciones: a) Cuando no pueda considerarse sustancial y quede dentro del poder de dirección del empresario; b) Cuando sea estrictamente precisa para dar cumplimiento a una obligación impuesta por una norma de rango superior a aquélla que originaba la condición modificada; c) Cuando se trate de poner fin

[19] Es ciertamente rotundo MARTÍNEZ GIRÓN, J., cuando afirma que ahora los convenios extraestatutarios "quedarían reconducidos a meros *pacta* que no *sunt servanda*; y ello, con violación flagrante de la garantía de la fuerza vinculante de los convenios ex apartado 1 del artículo 37 de la Constitución, que reiteradamente ha sido declarada aplicable por el Tribunal Constitucional a los convenios extraestatutarios" ("Medidas de flexibilidad interna", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* núm. 100, 2012, pág. 136).

[20] FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: "La adaptación de la jornada de trabajo a las necesidades productivas de la empresa tras las sucesivas reformas laborales (2010-2012)", Comunicación presentada a las *XXIII Jornades Catalanes de Dret Social*, 2012, pág. 7 (http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/).

[21] STC 8/2015, de 22 de enero.

a una situación de tolerancia o falta de control que no llega a generar una condición más beneficiosa pues no hay un verdadero reconocimiento del derecho. d) Cuando se trata de modificar condiciones contenidas en convenio colectivo de naturaleza normativa[22].

5. Rebajas salariales

El art. 41 ET contempla expresamente la posibilidad de rebajar el salario de los trabajadores, generándose la duda de si toda merma salarial es siempre sustancial y, por tanto, ha de tramitarse por la vía del art. 41 ET, o, por el contrario, sería posible la existencia de una rebaja salarial de menor trascendencia articulable a través del poder de dirección empresarial.

Aunque es verdad que resulta chocante una rebaja salarial amparada en el poder de dirección, considero que no cabe distinguir donde la norma no lo hace. Dado que no se establece un régimen diferenciado para la rebaja salarial respecto de otras condiciones de trabajo, debería aplicarse al mismo la regla del análisis casuístico en orden a determinar si la cuantía de la reducción es de tal calibre que pueda considerarse sustancial. Recuérdese que, como advertimos más arriba, el Tribunal Supremo mantiene que un cambio sustancial es el que afecta a las condiciones de trabajo "de un modo notorio"[23].

Sin embargo, tanto la doctrina científica mayoritaria[24] como la judicial se decantan por la primera opción interpretativa, considerando que una reducción del salario, por escasa que sea su cuantía, es siempre sustancial, dado que está alterando un elemento esencial del contrato[25].

Otra cuestión dudosa en relación con esta materia es si sería posible una rebaja en percepciones retributivas de naturaleza extrasalarial, teniendo en cuenta que el art. 41 ET alude exclusivamente a la "cuantía salarial". El Tribunal Supremo no se ha planteado el debate y ha admitido con naturalidad la

[22] Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de mayo de 2014, confirmada por Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2015.

[23] Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1987.

[24] Entre otros, SAURA SÚCAR, M: Mesa redonda sobre impacto del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero en el régimen jurídico del contrato de trabajo, *XXIII Jornades Catalanes de Dret Social*, 2012 (http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/any-2012/). Por su parte, GALA DURÁN, C., mantiene que, siendo el salario un elemento esencial del contrato, su modificación, sea cual sea su importe, acarreará siempre un perjuicio al trabajador y abrirá la vía de la extinción causal contemplada en el art. 41 ET ("Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 3/2012 (Una primera aproximación al tema)", *Actualidad Laboral* núm. 11, 2012, La Ley 6006/2012, pág. 3.

[25] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20 de enero de 2015; Auto del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz de 25 de mayo de 2012; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de julio de 2015.

rebaja de percepciones extrasalariales a través del art. 41 ET, lo que es lógico teniendo en cuenta que estamos ante un elenco ejemplificativo de condiciones sustancialmente modificables, pudiendo añadirse cualquier otra[26]. Por ejemplo, es perfectamente posible llevar a cabo por la vía del art. 41 ET la paralización de aportaciones a planes de pensiones[27]o, más ampliamente, la supresión o variación de mejoras voluntarias de la Seguridad Social[28].

6. Período de consultas

El art. 41 ET comparte redacción con otros preceptos que regulan la flexibilidad interna y externa en la relación laboral, de modo que comparte igualmente las soluciones judiciales que se han ido vertiendo respecto de estos últimos. Así, toda la problemática sobre el desarrollo del período de consultas[29], la constitución de la comisión negociadora[30], la buena fe negociadora[31], las exigencias documentales y la validez del acuerdo alcanzado[32], son iguales a los que se presentan en el periodo de consultas previo a la decisión de despido colectivo, con idénticas soluciones.

Al margen de lo anterior, vale la pena subrayar algunos criterios recientes y específicos. Por ejemplo, la Audiencia Nacional ha declarado que no es posible negociar el período de consultas mediante correos electrónicos cruzados entre la empresa y cada uno de los sindicatos de la comisión negociadora, sin conocimiento del resto, porque la negociación del período de consultas debe realizarse necesariamente entre la empresa y la comisión negociadora social en su conjunto, y en este caso los correos electrónicos se cruzaban bilateralmente entre cada uno de los sindicatos y la empresa, sin que los demás componentes de la comisión negociadora participaran en dichas comunicaciones ni las conocieran[33].

El mismo Tribunal, respecto de la documentación a aportar por la empresa en el período de consultas, indica que, aunque el art. 41 ET no exige la entre-

[26] Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2014.

[27] Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2015.

[28] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 4 de diciembre de 2015.

[29] Sobre prórroga del período de consultas: Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vaso de 8 de abril de 2014; Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de abril de 2015. Sobre grupo de empresas: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 8 de abril de 2014; Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2015.

[30] Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2014, que confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de octubre de 2012.

[31] Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2014; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 8 de abril de 2014; Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2014.

[32] Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 de diciembre de 2014; Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2014.

[33] Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de marzo de 2016.

ga de una documentación concreta, procede aplicar por analogía los criterios establecidos para otras medidas de flexibilidad colectiva y, siguiendo la tesis antiformalista del Tribunal Supremo, "exigir la entrega de toda la documentación necesaria, cuya utilidad para la negociación quede acreditada", no siendo correcta la interpretación de que la entrega de la concreta documentación exigible para el despido colectivo sea en todo caso suficiente, porque siempre ha de estarse a la utilidad de la documentación reclamada para que el periodo de consultas cumpla con su finalidad legal[34].

No obstante, la existencia de acuerdo final resta importancia a la falta de algún documento que en principio pudiera ser pertinente[35.]

7. Extinción causal del contrato de trabajo

Tradicionalmente la modificación sustancial de condiciones de trabajo abre la puerta, previo cumplimiento de ciertos requisitos, a que el trabajador afectado pueda extinguir su contrato con derecho a una indemnización a cargo del empresario, por dos vías alternativas: una prevista en el propio art. 41 ET y otra en el art. 50 ET, esta última con indemnización superior. Esto se reconfigura con la reforma de 2012.

Por un lado opera una restricción, porque se elimina del art. 50 ET la posibilidad de solicitar la extinción del contrato por el solo hecho de que la modificación redunde en perjuicio de la dignidad o formación profesional del trabajador. Ahora sólo se contempla como causa extintiva la modificación sustancial de condiciones de trabajo llevada a cabo "sin respetar lo previsto en el art. 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador". Es decir que si se ha respetado la forma y fondo establecidos en el art. 41 ET, no cabe la extinción causal por esta vía.

Por otro lado, y quizá para compensar, opera una ampliación: el art. 41 ET extiende la extinción causal indemnizada no sólo a modificaciones del tiempo de trabajo –como era tradicionalmente- sino también ahora al sistema de remuneración, cuantía salarial y funciones[36].

[34] Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de julio de 2014.

[35] Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2015.

[36] ÁLVAREZ GIMENO, R. saluda esta inclusión por entender que son materias que, al igual que el tiempo de trabajo, tienen indudable incidencia personal y profesional ("La extinción indemnizada por modificaciones sustanciales tras las reformas de 2012", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 4/2012, http://www.aranzadidigital.es/maf/app/authentication/signon BIB 2012\1157)

III. Conclusión

El precepto regulador de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, junto con los dedicados al encuadramiento y movilidad funcional, la movilidad geográfica y la inaplicación de los convenios colectivos, componen uno de los pasajes centrales del ordenamiento laboral español en su moderna concepción flexible. Fueron concebidos como herramientas para la gestión de recursos humanos tanto en épocas de crisis como de bonanza y, sin embargo, sus oscuridades muchas veces los convierten en verdaderas trampas para las empresas y los trabajadores, que resultan emboscados por la inseguridad jurídica. Ante este panorama, las reformas de 2010, 2011 y 2012 han revisado el régimen de estas figuras con intención de potenciarlas. Sin embargo, persisten espacios de poca claridad y se han sumado otros, que el legislador relega al campo de las soluciones judiciales.

A modo de recapitulación cabe concluir que es bienvenida la clarificación del art. 41 ET, históricamente muy enrevesado y que venía arrastrando desde 1994 algunos defectos en su construcción, derivados de la tramitación parlamentaria, que generaban problemas aplicativos. Como hemos visto, se ha expulsado del precepto la modificación del convenio colectivo, que ha pasado en todo caso al art. 82.3 ET, lo que sin duda es mucho más lógico. Ha de saludarse igualmente la clasificación de las modificaciones en individuales y colectivas exclusivamente según el número de trabajadores afectados y no ya dependiendo de la naturaleza de la fuente, asimilándose así, por fin, a la movilidad geográfica (y al despido colectivo).

Ahora bien, sin minusvalorar el esfuerzo clarificador acometido respecto de este precepto, lo cierto es que uno de sus principales problemas sigue sin abordarse: no está claro cuál es su ámbito de aplicación[37]. Podría defenderse esta actitud argumentando que se trata de un tema que el legislador no puede clarificar con carácter general, pues es un hecho que el mismo cambio de condiciones puede revestir o no sustancialidad. Pero lo cierto es que las leyes son normas genéricas, que huyen del caso concreto y tejen soluciones de carácter

[37] Así lo mantuvimos respecto de la reforma de 2010. Véase SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "La modificación de condiciones de trabajo", en *La reforma laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo* (A.V. Sempere Navarro, Dir.), Aranzadi, 2010, pág. 419; SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "La reforma de los arts. 40 y 41 ET", en *Comentario a la Reforma Laboral de 2010* (A. Montoya Melgar y F. Cavas Martínez, Dirs.), Civitas, 2011.

general. Por ejemplo, podría fijarse un límite cuantitativo para las modificaciones de condiciones que lo admiten, y un límite temporal para el resto por encima del cual toda modificación debería tramitarse por la vía del art. 41 ET. Además, sería necesario requerir de la negociación colectiva un protagonismo mucho mayor para ajustarse al casuismo, implicándola decididamente en la definición del ámbito de aplicación de la norma. Un primer paso en este sentido sería, por ejemplo, algo similar a lo que ocurre con el contrato de obra o servicio determinado, con el papel que la Ley reserva a los convenios para identificar las tareas con sustantividad propia.

Bibliografía

ÁLVAREZ GIMENO, R.: "La extinción indemnizada por modificaciones sustanciales tras las reformas de 2012", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 4, 2012.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L.A.: "La adaptación de la jornada de trabajo a las necesidades productivas de la empresa tras las sucesivas reformas laborales (2010-2012)", Comunicación presentada a las *XXIII Jornades Catalanes de Dret Social*, 2012.

GALA DURÁN, C.: "Modificación de la cuantía salarial por la vía de los artículos 41 y 82.3 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto Ley 3/2012 (Una primera aproximación al tema)", *Actualidad Laboral* núm. 11, 2012.

MARTÍNEZ GIRÓN, J.: "Medidas de flexibilidad interna", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* núm. 100, 2012.

REDINHA, M.R., LIBERAL FERNANDES, F., SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "La reforma laboral en España y Portugal: análisis de los cambios en modalidades contractuales y en tiempo de trabajo", *Actas Del Congreso: La Reforma Laboral 2012*, URJC, Madrid, 27 marzo 2012.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "Flexibilidad interna e inseguridad jurídica: disfunciones del régimen legal que desincentivan el uso de esta herramienta", *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF* núm. 363, 2013.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "La modificación de condiciones de trabajo", en *La reforma laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo* (A.V. Sempere Navarro, Dir.), Aranzadi, 2010.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: "La reforma de los arts. 40 y 41 ET", en *Comentario a la Reforma Laboral de 2010* (A. Montoya Melgar y F. Cavas Martínez, Dirs.), Civitas, 2011.

SAURA SÚCAR, M: Mesa redonda sobre impacto del Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero en el régimen jurídico del contrato de trabajo, *XXIII Jornades Catalanes de Dret Social*, 2012.

COMO EFETUAR O PAGAMENTO EM DINHEIRO DAS HORAS PRESTADAS EM BANCO DE HORAS?

ARTIGO 208.º, N.º 4, AL. A), PONTO III) DO CÓDIGO DE TRABALHO

Vitor Peixoto [1]

PALAVRAS-CHAVE: Código do Trabalho, Banco de Horas, Trabalho Suplementar, Pagamento em Dinheiro

How to make the payment in cash of hours worked in a hours bank? Article 208, paragraph 4, al. a), iii) of the Labour Code

KEYWORDS: Labour Code, Hours Bank, Overtime Work, Cash Payment

Como hacer el pago en efectivo de horas de trabajo en banco de horas? Artículo 208, párrafo 4, col. a) iii) del Código del Trabajo

PALABRAS CLAVE: Código de Trabajo, Banco de Horas, Horas Extras, Pago en Efectivo

[1] Advogado na Nuno Cerejeira Namora, Pedro Marinho Falcão & Associados, Sociedade de Advogados, RL

1. O Banco de Horas

Regime legal e controvérsia jurisprudencial

O banco de horas é uma forma de organização do tempo de trabalho em que o período normal de trabalho (8h/dia e/ou 40h/semana) pode ser aumentado diária e semanalmente.

Foi instituído pelo **artigo 208.º do Código do Trabalho** (CT) aprovado pela **Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro**. Tal norma previa que o banco de horas apenas poderia ser instituído por **instrumento de regulamentação coletiva de trabalho** (IRCT).

A alínea a), do n.º 4 da norma estipulava que o IRCT deveria regular "*a compensação do trabalho prestado em acréscimo, que pode ser feita mediante redução equivalente do tempo de trabalho, pagamento em dinheiro ou ambas as modalidades*".

A constitucionalidade deste mecanismo foi sindicada pelo **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 338/2010**, que a julgou não inconstitucional, considerando legítimo às convenções coletivas reconhecerem que o banco de horas poder ser, também, uma solução no interesse dos trabalhadores.

Entretanto, com o impulso da **Lei n.º 23/2012, de 26 de Junho**, o CT acolheu o banco de horas de horas individual (artigo 208.º-A) e o banco de horas grupal (artigo 208.º-B). Ambos remetem para o artigo 208.º quanto às soluções para compensar o trabalho em acréscimo, mantendo-se a possibilidade de pagamento em dinheiro.

O Tribunal Constitucional, no seu **Acórdão n.º 602/2013**, decidiu não julgar inconstitucional os preceitos aditados, pois a modulação temporal dos períodos de trabalho, pode assegurar uma disponibilidade de tempos livres consentânea, no essencial, com os interesses pessoais de cada trabalhador. Não vigorando o banco de horas contra a vontade do trabalhador, este tem oportunidade de ponderar se os tempos de trabalho propostos preservam suficientemente os interesses atinentes aos seus particulares modo e condições de vida pessoal e familiar, decidindo em conformidade.

Estão dispensados do banco de horas a trabalhadora grávida, puépera ou lactante, o trabalhador menor, o trabalhador com deficiência ou doença crónica, se isso prejudicar a sua saúde ou segurança no emprego e o trabalhador-es-

tudante, durante o período do seu horário escolar ou em prova de avaliação (artigos 58.º, 74.º, 87.º e 90.º do CT).

O funcionamento do banco de horas deve ter em conta as orientações fornecidas pela **Diretiva 2003/88/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Novembro de 2003**, relativa a determinados aspetos da organização do tempo de trabalho, transposta para o nosso ordenamento jurídico pelo CT.

2. O Pagamento em Dinheiro

Desde a versão originária do CT que se prevê que o trabalho em acréscimo prestado em banco de horas possa ser compensado com pagamento em dinheiro. Esta solução é única que permite ao trabalhor um efetivo "*enriquecimento*" [2] pelo trabalho que prestou.

Porém, também é a que mais se aproxima do **trabalho suplementar**, que é igualmente pago em dinheiro (com os acréscimos previstos no **artigo 268.º do CT** ou no IRCT aplicável).

Ainda que se compreenda que o banco de horas seja um mecanismo destinado a coadunar, de modo mais flexível, as necessidades das entidades empregadoras e o horário dos trabalhadores, é de estranhar que, em comparação com o trabalho suplementar, o legislador não tenha estabelecido qualquer critério para o pagamento em dinheiro.

Assim, o quadro legal parece admitir que o pagamento das horas prestadas em acréscimo no banco de horas possa ter uma majoração inferior à estipulada para o trabalho suplementar.

Nesse sentido, questionamos se tal solução não consubstancia uma violação do artigo 6.º da **1.ª Convenção da Organização Internacional do Trabalho** [3], que prevê que "*a taxa do salário para estas horas suplementares será acrescida de 25 por cento, em relação ao trabalho normal*".

A lacuna da lei quanto ao valor desta majoração apenas vem estimular o empregador a preferir o banco de horas ao trabalho suplementar. Para o trabalhador, o pagamento poderá não ser suficiente para justificar a redução do seu período de descanso diário e semanal, prejudicando o seu direito à saúde e segurança.

[2] David Falcão e Sérgio Tenreiro Tomás, "Banco de Horas – Mais trabalho e Menos Euros", *Revista Eletrónica de Direito*, Outubro de 2015, n.º 3, p. 5

[3] Convenção relativa à "Duração do Trabalho (Indústria)", aprovada em 1919 e ratificada pelo Decreto n.º 15361, de 3 de Abril de 1928

Mesmo quando remete o banco de horas para a contratação coletiva, o legislador não determina quaisquer garantias retributivas [4].

Vejamos, por exemplo, o **Contrato Coletivo de Trabalho celebrado entre a Associação Portuguesa das Empresas do Sector Elétrico e Eletrónico e a Federação dos Sindicatos da Indústria e Serviços e outros** [5]. A cláusula 49.ª prevê a criação de banco de horas nas empresas abrangidas pelo IRCT, permitindo como compensação para o trabalho prestado em acréscimo o pagamento em dinheiro. Contudo, não fixa qualquer valor para esse acréscimo. No entanto, estipula que se tais horas não forem compensadas até ao final do 1.º semestre do ano civil subsequente, serão pagas com um acréscimo de 50%.

Note-se que no **Brasil** também não está fixada uma majoração para o pagamento do banco de horas. Contudo, prevê-se que, se no términus do contrato de trabalho ainda não tiver havido a compensação de todas as horas prestadas em acréscimo, o seu pagamento será calculado considerando o acréscimo previsto em IRCT, que não poderá ser inferior a 50% da hora de trabalho normal [6].

3. Conclusão

O modo de efetuar o pagamento em dinheiro das horas prestadas em banco de horas tem uma componente de discricionariedade que o legislador deveria ter evitado. Para uma solução segura do ponto de vista judicial, entende-se que as horas em acréscimo devem ser pagas com um suplemento mínimo de 25%, respeitando o artigo 6.º da 1.ª Convenção da Organização Internacional do Trabalho.

[4] Nesse sentido, Liberal Fernandes, O Tempo de Trabalho, Coimbra Editora, 2012, p. 107.

[5] Na sua versão consolidada, publicada no Boletim do Trabalho e Emprego, 1.ª Série, n.º 23, de 22 de junho de 2013.

[6] Cfr. artigo 6º, nº 3, da Lei 9.601/1998.

AS TRANSFORMAÇÕES RECENTES DO DIREITO DO TRABALHO

PORTUGAL – UMA DOUTRINA E UMA JURISPRUDÊNCIA LABORAIS AINDA MAIS EROSIVAS DO QUE A LEI

António Garcia Pereira

RESUMO: O Direito do Trabalho dos tempos da crise e das políticas de austeridade não se reduz às (bastante significativas) alterações legislativas produzidas sobretudo na sequência e sob a invocação do chamado "Memorando de Entendimento" com a Tróica.

Ele passa também pelos princípios e concepções, verdadeiramente ideológicos, ainda que disfarçados de técnico-jurídicos, que a doutrina e jurisprudência laborais têm vindo a desenvolver, conducentes à justificação teórica da sucessiva restrição e mesmo inutilização dos direitos e garantias dos trabalhadores.

Esse labor interpretativo e aplicativo do Direito do Trabalho passa pela negação, omissão ou esvaziamento de princípios tidos por básicos do nosso Ordenamento Jurídico (tais como os da boa fé, da proibição do abuso de direito e da fraude à lei, e da desconsideração da personalidade jurídica para efeitos de responsabilização efectiva) e pela tentativa de criação ou recriação de outros como o de que "os fins, afinal, sempre justificam os meios" ou o da "reserva do financeiramente possível". E revelam-se, afinal e nos seus diferentes aspectos, tão ou mais erosivos dos direitos dos cidadãos trabalhadores do que as próprias alterações legislativas formais.

PALAVRAS-CHAVE: Crise; Políticas de Austeridade; Direito Laboral; Jurisprudência Laboral; Princípios Jurídicos; Direitos dos Trabalhadores.

ABSTRACT: The Labor Law in these times of crisis and austerity policies is not limited to the (very significant) legislative changes produced mainly as a result and under the invocation of the "Memorandum of Understanding" with the Troika.

It also consists of the truly ideological (although disguised as technical and legal) principles and concepts that the labor doctrine and jurisprudence are developing, leading to the theoretical justification of successive restriction and even destruction of the workers' rights and guarantees.

This set of interpretations and applications of Labor Law goes through the denial, omission or emptying of the principles taken for granted in our legal system (such as those of good faith, prohibition of abuse of rights and fraud against the law, and disregard for legal personality for the purposes of effective accountability). It also includes the attempt to create or recreate others principles like "the ends do justify the means" or the "reserve of what is financially possible.". And these, after all, become, in its different aspects, just as, if not more, erosive to the workers' civil rights as the proper formal legislative changes.

KEYWORDS: Crisis; Austerity policies; Labour Law; Labour law Jurisprudence; Legal principles; Workers' rights.

As transformações recentes do Direito do Trabalho em Portugal corresponderam, antes de mais, às soluções legislativas que os interesses políticos e económicos dominantes entenderam ser as mais adequadas à sua própria defesa.

Deste modo, sem nunca debater, nem permitir debater e muito menos reflectir, acerca dos respectivos pressupostos — como se de verdadeiros e indiscutíveis teoremas se tratassem — e curando de erigir como critério único da bondade das soluções adoptadas o da sua maior ou menor eficácia para atingir as finalidades económico-financeiras assim previamente definidas (*maxime*, o combate ao défice), **tais soluções corporizaram-se em restrições no acesso e dimensão de direitos sociais**, como o subsídio de desemprego (através das alterações ao Dec. Lei nº 220/06, de 3/11, introduzidas pelo Decreto Lei nº 64/2012, de 15/3) ou o rendimento social de reinserção, **e em marcadas alterações às leis laborais** (*maxime* através da Lei nº 23/2012, de 25/6, e da Lei nº 69/2013, de 30/8) **em quatro vertentes essenciais**: facilitação e embaratecimento dos despedimentos, em particular dos baseados nas chamadas "justas causas ob-

jectivas"; facilitação da contratação precária; aumento dos tempos de trabalho; diminuição dos salários e demais das condições remuneratórias.

Na primeira vertente, tratou-se fundamentalmente de **tornar (ainda) mais fáceis de levar a cabo os despedimentos colectivos, os despedimentos por extinção do posto de trabalho e os chamados despedimentos por inadaptação** (hoje muito próximos de despedimentos por uma alegada "inaptidão" superveniente do trabalhador independentemente da idade ou saúde deste, ou ainda da existência ou não de quaisquer modificações no respectivo posto de trabalho); **e de diminuir drasticamente a forma de cálculo das respectivas indemnizações**, passando, a partir de 1/11/12, de 30 para 20 dias e depois, a partir de 1/10/2013, para 18 dias (nos 3 primeiros anos) e 12 dias (quanto ao 4º ano e seguintes) de retribuição base e diuturnidades por cada ano de antiguidade.

Na segunda vertente curou-se de **alargar as possibilidades de contratação precária** (como sucedeu com o contrato de comissão de serviço através da Lei nº 23/2012), quer criando novas modalidades de contrato, quer alargando as circunstâncias em que é possível utilizá-las, quer ainda diminuindo a compensação devida pela respectiva caducidade [1] por força das alterações do nº 2 do artº 344º e do nº 4 e do artº 345º do Código do Trabalho operadas pela Lei nº 69/2013, de 30/8, quer finalmente admitindo renovações extraordinárias da contratação precária (como a possibilitada, por mais 2 anos, pela Lei nº 76/2013, de 7/11).

Na terceira vertente, o que se fez foi ou **impôr, directamente e por via legislativa, o aumento das horas semanais de trabalho** (como sucedeu com os trabalhadores da Administração Pública, de 35 horas para 40 horas — artº 105º da Lei nº 35/2014, de 20/10), **ou potenciar esse aumento através do alargamento e flexibilização dos mecanismos da chamada "mobilidade temporal"** (como o banco de horas e a adaptabilidade, que inclusive podem ser unilateralmente impostos a um conjunto de trabalhadores que o não desejam nem aceitam desde que hajam sido aceites por uma determinada percentagem dos restantes — artº 208º-B aditado ao Código do Trabalho pela Lei nº 23/2012, de 25/6), ou enfim **impôr tal aumento de horas de trabalho através da eliminação de 4 feriados obrigatórios e a diminui**ção do número de dias de férias, ainda e sempre por via das alterações ao Código do Trabalho introduzidas pela Lei nº 23/2012, em particular quanto aos artigos 234º e 238º [2].

[1] Agora de apenas 18 dias, e não 30, de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de duração da contratação a termo certo, e diminuindo para 18 e depois para apenas 12 dias por cada ano nos contratos a termo incerto.

[2] Tudo isto como se o aumento da produtividade fosse uma questão, não de mais intensa incor-

Na quarta vertente, e para além da diminuição remuneratória que inquestionavelmente resulta do aumento dos tempos de trabalho com a manutenção ou até descida das respectivas retribuições, tratou-se de **eliminar descansos compensatórios e diminuir o valor dos acréscimos remuneratórios** devidos, nomeadamente, pelo trabalho suplementar (por exemplo, com a nova redacção do artº 268º do Código).

Impõe-se, todavia, sublinhar que, para além destas alterações impostas directamente por via da produção legislativa — praticamente todas postas em vigor sob o pretexto do chamado "Memorando de Entendimento" com a Tróica, sem sequer se discutir a natureza jurídica deste, e até mesmo quando elas não se encontravam lá previstas — **o processo de destruição das relações colectivas de trabalho e de forte individualização das relações de trabalho**, iniciado com o Código do Trabalho de 2003 e drasticamente agravado a partir de 2012 — sob a capa da "autonomia da vontade" ou da "liberdade negocial" das partes do contrato de trabalho (apresentadas formalmente como "iguais" mas que, na prática, são tudo menos isso, sobretudo num país em que, por exemplo, o desemprego real atinge cerca de 1/4 da população activa e mais de 85% das contratações de jovens são sempre precárias) — **propiciou a fixação, por via dita "negocial", de condições ainda mais gravosas** (ou seja, com remunerações e outras condições de trabalho mais baixas e tempos de trabalho ainda mais alargados do que os legalmente previstos).

Deste modo, possibilitam-se e "legalizam-se" os maiores abusos, sempre sob a enfática proclamação da referida "liberdade negocial", proclamação essa tão enfática quanto hipócrita porque, na verdade, **tais contratos são, cada vez mais, de mera adesão**. E isto sem que, todavia, a nossa jurisprudência laboral se disponha a aplicar-lhes os preceitos e princípios desse tipo de contratos, constantes do regime jurídico das chamadas "cláusulas contratuais gerais" aprovado pelo Decreto Lei nº 446/85, de 25/10, o qual, no nº 2 do seu artº 1º, declara explicitamente aplicar-se "*igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar*" (sic), e que não só impõe à parte mais forte especiais deveres de comunicação e informação como proíbe as cláusulas que estabeleçam vantagens e poderes excessivos para uma das partes e/ou desvantagens, ónus e obrigações desmesuradas e desproporcionadas para a outra.

poração tecnológica e maior qualificação do trabalho, mas sim de mero aumento quantitativo da carga de trabalho desenvolvido; e como se os trabalhadores portugueses não fossem dos trabalhadores, a nível europeu, que mais horas trabalham anualmente!

E, assim, as cláusulas de mobilidade funcional, geográfica e/ou temporal de natureza e conteúdo amplíssimos, tornando praticamente indeterminado o próprio objecto da relação laboral, colocado ao sabor do exercício de praticamente ilimitados poderes unilaterais do empregador, e a imposição de condições, remuneratórias ou outras, absolutamente indignas, passaram a campear livremente, sobretudo na contratação de jovens. Tanto mais que, em nome das chamadas "políticas activas de criação de emprego", é legalmente permitida em Portugal (pelo artº 140º, nº 4, al. b) do Código do Trabalho) a contratação a prazo de trabalhadores para preencher necessidades e postos de trabalho mais do que permanentes, desde que se trate de trabalhadores à procura do primeiro emprego (como é quase sempre o caso dos jovens) ou de desempregados de longa duração. E como a nossa jurisprudência laboral há muito que consagrou o absolutamente extraordinário mas praticamente unânime entendimento de que "trabalhador à procura de primeiro emprego" é (apenas) aquele que nunca trabalhou sem termo, um trabalhador que nunca teve um contrato de natureza permanente pode andar o resto da vida a ser sucessivamente contratado a termo ou a prazo (por vezes por empresas do mesmo Grupo) durante 10, 15 ou 20 anos!?

Deste modo, as políticas de austeridade e a defesa dos grandes interesses económico-financeiros impuseram-se, com o cúmplice e praticamente generalizado silêncio da comunidade jurídica, como uma pretensa "racionalidade científica" que tudo permite e tudo justifica. É **a plena consagração de que é aquilo que é definido como necessidade que faz e justifica o Direito** (*necessitas facit legem*), numa espécie de neo-positivismo kelseniano em que todas as medidas são boas apenas e tão só porque são "legais", e são legais porque o poder político-legislativo do momento assim o entendeu e produziu como tal.

Sem praticamente ninguém no mundo do Direito ousar discutir as causas e os factores da real origem do astronómico crescimento da chamada dívida pública (ou seja, a destruição da capacidade produtiva do País, por via da integração europeia, e a sua transformação numa verdadeira colónia da Alemanha, por via do euro), ou se o "Memorando de Entendimento" com a Tróica constitui alguma Fonte de Direito ou, mais, se se pode sobrepôr à Lei Fundamental do País ou ainda se, para diminuir o défice, o que se deve fazer é, ao mesmo tempo que se aumentam os impostos sobre as pensões e sobre os rendimentos do trabalho (IRS), diminuirem-se os impostos sobre os rendimentos do capital (IRC) e baixar os salários dos trabalhadores (os da Administração Pública e também os do sector laboral privado), ou, mais ainda, se o Estado (e, logo, sobretudo aqueles que não podem nunca eximir-se ao pagamento dos impostos, ou seja,

os trabalhadores por conta de outrém e os reformados) não diminuiria muito mais a despesa se pusesse termo a negócios tão escandalosos quanto desequilibrados e ruinosos como os das chamadas Parcerias-Público-Privadas (PPP's) ou os dos contratos "Swap" e se se taxassem efectivamente os lucros milionários de empresas de sectores como o financeiro, o da energia ou o dos combustíveis, a lógica de que, em matéria de Direito do Trabalho e para justificar as medidas legislativas mais arbitrárias e, mesmo, verdadeiramente terroristas contra quem trabalha, desde que, por via delas, assim supostamente se atingir a finalidade de diminuição do défice, todos os meios estavam como que automaticamente justificados e legitimados (por mais verdadeiramente inadmissíveis, inapropriados, desproporcionados e/ou desnecessários que eles fossem), foi-se sucessivamente impondo.

Por isso mesmo, e sempre em nome da pseudo-tecnicidade do Direito, os seus defensores — precisamente para manterem intocável o seu argumento essencial da "necessidade financeira" — não querem que se analise ou sequer se refira que a baixa, em 2 pontos percentuais, do IRC representou uma diminuição da receita fiscal em 220 milhões de euros em 2014, de 440 milhões em 2015, e de um total de 1.223 milhões de euros até 2018, ou seja, 15 vezes mais, só em 2014, do que o pretenso "ganho" decorrente da medida resultante do artº 75º da Lei do Orçamento de Estado para 2014, e consistente no corte dos complementos de reforma, consagrados há décadas em Acordo de Empresa, para os trabalhadores reformados do Metro de Lisboa! Ou que se saiba que só com os juros usurários da dívida pública, com os encargos com as PPP's e os chamados "Swap" e com as rendas "excessivas" pagas às Empresas dos sectores das energias e combustíveis, o Estado despendeu no mesmo ano qualquer coisa como, respectivamente, 9 mil milhões, 4 mil e quinhentos e dois mil e quinhentos milhões de euros! Mas, à mínima referência à possibilidade de alteração desses encargos e contratos, logo invocam a natureza sagrada do princípio de que os contratos devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*), que todavia olvidaram por completo quando se tratou de unilateralmente confiscar complementos de reforma, diminuir salários ou aumentar tempos de trabalho e de contagem para a reforma, impondo unilateral e autoritariamente soluções e condições muito diferentes e muito mais difíceis do que aquelas com que os cidadãos trabalhadores destinatários das mesmas haviam formado a sua vontade de contratar, tinham feito as suas opções de vida e tomado as suas decisões.

E é exactamente por tudo isto que se torna ainda mais interessante e intelectualmente estimulante analisar, desde que de forma atenta e crítica, os

modos e instrumentos como essa pretensa "racionalidade" financeira — que não passa, afinal, da ideologia dominante, e que procura apresentar como uma questão meramente económico-financeira a resolver por meios técnicos, designadamente técnico-jurídicos, que só os "especialistas" lograriam conhecer e perceber, aquilo que não passa de um problema político, a resolver por medidas políticas e económicas — foi sendo sucessiva e "cientificamente" imposta, em particular num sector bastante significativo da doutrina e da jurisprudência, em particular laboral e constitucional.

Por um lado, e desde logo, utilizando propositadamente uma linguagem tão tecnocrática quanto mistificatória da realidade — e assim, os encerramentos dos serviços públicos como Tribunais, Centros de Saúde e Hospitais ou Estações de caminhos de ferro são denominados "reorganizações do mapa" (judiciário, sanitário ou ferroviário); os grandes interesses financeiros são designados pela abstracção antropomórfica de "mercados"; os abaixamentos de salários por "reajustes"; os despedimentos por "requalificações" (na Função Pública), "eliminação de gorduras" (no sector privado) ou "Planos Sociais" (como na EPUL e nos Estaleiros Navais de Viana do Castelo); os cortes de direitos como "convergência" ou "combate à segmentação", etc., etc..

Por outro e simultaneamente, tratando de fazer com que os críticos da verdadeira barbárie deste tipo de medidas — cujo peso recaiu em mais de 85% sobre os titulares de rendimentos do trabalho e de pensões e que representou ao longo dos anos das chamadas "Políticas de Austeridade" uma transferência anual de cerca de 6 mil milhões de euros do Trabalho para o Capital — fossem de imediato apresentados como "inadaptados", "resistentes à mudança", "não empreendedores", "fazendo parte do problema e não da solução" e não sabendo "fazer de cada dificuldade uma oportunidade"…

E assim se impôs a ditadura do pensamento dominante e se abafou, também no campo do Direito, toda e qualquer tentativa de avaliação crítica das já referidas soluções legislativas.

Depois, a verdade é que **a destruição do princípio do *favor laboratoris*** (ou do tratamento mais favorável ao trabalhador) — operada pelo Código do Trabalho de 2003, no artigo 4º de então, e mesmo com os temperamentos introduzidos em 2009, pela Lei nº 7/2009, no actual artº 3º — **já passara, e agora passou ainda mais, a possibilitar que, em grande número de matérias, a contratação colectiva possa conter tratamento menos favorável do que o da lei, o que, aliado à possibilidade da caducidade da contratação colectiva, conduziu à destruição de grande parte desta**. Por outro lado, e a propósito da

principal arma de luta colectiva dos trabalhadores (a greve), os mecanismos estabelecidos no artº 538º do Código do Trabalho de fixação de serviços mínimos (que muitas vezes se aproximam ou são até idênticos aos serviços máximos) e a possibilidade prevista no artº 535º, nº 2 do mesmo Código de, sob o pretexto do incumprimento dos serviços mínimos indispensáveis não só à satisfação das chamadas necessidades sociais impreteríveis como também à segurança e manutenção do equipamento e instalações, se poder proceder a uma verdadeira substituição de trabalhadores grevistas através, não directamente de outros trabalhadores individuais, mas de empresas prestadoras de serviços, restringiu e condicionou drasticamente esse direito fundamental.

E desta forma se impôs ainda mais a tão almejada "contratualização individual" das relações laborais, com o consequente reforço estrutural dos poderes da parte mais forte.

A autêntica brutalidade do valor das custas judiciais no foro laboral (agravada por uma certa jurisprudência, designadamente no tocante à fixação do valor das causas, orientada por uma lógica de verdadeira "guarda fiscal"), a pretensa (mas afirmada e declarada pelo Tribunal Constitucional!?) constitucionalidade de soluções legislativas como a que determina que se um trabalhador abrangido por um despedimento colectivo manifestamente ilegal não devolver de imediato ao empregador a totalidade da indemnização por aquele colocada à sua disposição tal significa a "aceitação" do mesmo despedimento e a impossibilidade de a impugnar (artº 366º, nºs 4 e 5 do Código do Trabalho) [3]; e a cultura judiciária absolutamente miserabilista em matéria de fixação da indemnização por danos morais — quando não é pura e simplesmente recusada sob o pretexto de que se trataria de "meros incómodos que não merecem a tutela do Direito" — resultantes da violação de direitos, liberdades e garantias do trabalhador [4], como o da sua dignidade, **todos estes factores têm conduzido à inutilização prática dos direitos (ainda) formalmente consagrados na Constituição e na lei e imposto cada vez mais a lógica de que, em matéria de violação de direitos laborais, o crime compensa, e compensa largamente**.

E tal lógica ainda é mais agravada quando, uma vez mais em nome da" crise" ou da "calamidade financeira", o próprio Tribunal Constitucional, depois de declarar a (patente) inconstitucionalidade de uma dada norma legal,

[3] Fazendo com que apenas trabalhadores mais ricos possam impugnar este tipo de despedimento (pois que, enquanto dure o processo, já não terão salário, não poderão ter a indemnização de antiguidade e, quando muito, dependerão se e quando ele finalmente lhes for atribuído.

[4] Enquanto um caso de "corporate bullyng" (Mercieca versus Microsoft) levou, no Texas, nos Estados Unidos da América, um Tribunal a condenar a Empresa numa indemnização de dois milhões de dólares, em Portugal a bitola habitual dos nossos Tribunais do Trabalho anda entre os 2.000 e os 5.000 euros …

salvaguarda não só os efeitos até então já produzidos à sombra da dita norma como também — pasme-se! — os que ainda se hão-de produzir mesmo após a referida declaração de inconstitucionalidade (como sucedeu com o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 353/12 que, em 5 de Julho desse ano, declarou inconstitucional a norma dos artºs 21º e 25º da Lei do Orçamento de Estado para 2012 — a Lei nº 64-B/2011, de 30/12 — que cortara os subsídios aos trabalhadores da Administração Pública, mas que salvaguardou não apenas os efeitos já produzidos em Junho (com o corte do subsídio de férias) como igualmente os efeitos a produzir futuramente (com o corte, em Novembro seguinte, do subsídio de Natal)!?

E é aliás tão curioso quanto significativo que todo este edifício (anti)-normativo seja afinal erigido com base em alicerces contraditórios e que não resistiriam à mais elementar das análises críticas e lógicas, acaso elas fossem efectivamente levadas a cabo.

Com efeito, no mundo do Direito do Trabalho, e sob o eterno pretexto da sobredita "crise", vive-se hoje um momento em que a maioria da doutrina e da jurisprudência tende a desvalorizar ou mesmo a desconsiderar os princípios gerais deste Ramo do Direito, seja proclamando (em nome da "necessidade" ou da "mudança") que eles (já) não existiriam [5], seja — de forma mais ou menos subtil — sustentando a pretensa ausência da sua natureza normativa e força vinculativa (qualificando-os como de meras "declarações programáticas" ou "posições datadas no tempo e sem força normativa"), seja eximindo-se a, no campo do mesmo Direito do Trabalho, aplicar mais ou menos criadoramente princípios que, todavia e noutros ramos do Direito (como o Cível ou o Comercial), já não lhes merecem quaisquer reservas ou contestação.

Assim, princípios basilares como o da desconsideração da personalidade jurídico-formal para efectiva responsabilização do real beneficiário da actividade (como sucede no caso das consecutivas extinções de sucessivas, e sempre formalmente distintas, entidades colectivas a explorar a mesma unidade eco-

[5] Considerando, com um misto de altivez e condescendência, uma espécie de ultrapassada peça de museu a clássica obra de AMÉRIO PLÁ RODRIGUEZ *Princípios del Derecho del Trabajo*. E desconhecendo a mais moderna bibliografia sobre a mesma temática de autores como MONTOYA MELGAR, ACKERMAN, W.D. GIGLIO OU MURGAS TORRAZA, com textos publicados, nomeadamente na obra colectiva *En torno a los Principios del Derecho del Trabajo, Homenage al Dr. Américo Plá Rodriguez*, Ed. Porrá, Mexico, 2005. E menos ainda conhecem o que quer que seja dos *Princípios de Direito do Trabalho de Segunda Geração*, de que tem tratado o DR. PR. HÉCTOR-HUGO BARLAGELATA (in IUSLabor 1/2008).

nómica), do abuso do direito [6], da proibição do *venire contra factum proprium* [7], da fraude à lei, etc., praticamente não são nem invocados nem aplicados em benefício do trabalhador em sede de questões de natureza laboral [8].

Mas, do mesmo passo que assim se nega ou se desvalorizam e inutilizam estes mesmos princípios no âmbito do actual Direito do Trabalho e muito em particular do Direito Constitucional do Trabalho [9], logo se proclamam e/ou invocam e aplicam outros, mais adequados a garantir os interesses económico--financeiros dominantes.

Deste modo, afirma-se e sustenta-se com veemência o alegado "princípio da reserva (não do democraticamente mas sim) do financeiramente possível"; se procura a todo o momento (designadamente, e como já referido, quando se tenta impôr, como critério único de aferição da bondade das soluções legislativas, o da sua eficácia para atingir os fins financeiros, v.g. o da diminuição do défice) impôr a lógica de que afinal "os fins justificam os meios". E, sob a invocação do constitucionalmente consagrado (artº 61º, nº 1 da Constituição) direito à iniciativa económica privada, proclama-se e pratica-se a "não intromissão do julgador na esfera da gestão empresarial privada", para assim se não submeterem os motivos invocados como fundamento, por exemplo, para um despedimento colectivo a um real e efectivo controle jurisdicional.

Acresce ainda que a impunidade, para não dizer o premiar, da prevaricação e da fraude passa também pela crescente incapacidade da doutrina e da jurisprudência laborais para, precisamente com base nos princípios, encontrar

[6] Nomeadamente na invocação do período experimental para fazer cessar, sem aviso prévio e sem indemnização, o contrato de uma trabalhadora apenas e tão só porque se descobriu que ela está grávida ou o de um trabalhador relativamente ao qual há, quando muito, fundamento para um despedimento por extinção do posto de trabalho, com os legalmente necessários procedimento e indemnização, assim habilidosamente evitados.

[7] Que claramente ocorre quando o empregador, quando tal lhe passa a convir, vem invocar em proveito próprio a nulidade de uma dada cláusula do contrato de trabalho, por exemplo uma cláusula de fixação do montante indemnizatório devido em caso de cessação, com que precisamente aliciou o trabalhador a vir celebrar com ele o mesmo contrato de trabalho.

[8] E um debate como aquele que percorre hoje a França acerca do chamado Relatório do Comité Bandinter que, sob a direcção do Conselheiro de Estado Goëlle Dumortier, procedeu ao elencar dos 51 princípios que os 9 membros do Comité consideraram ser os princípios essenciais do Direito do Trabalho é, entre nós, de todo inexistente.

[9] E assim o princípio essencial e mesmo estruturante de defesa da dignidade humana — consagrado no artº 1º da Constituição — é por completo esvaziado de qualquer conteúdo prático para todos os titulares (públicos ou privados) de poderes, designadamente legislativos ou regulamentares e até de qualquer sentido orientador. E o princípio da certeza e segurança jurídicas, ínsito na ideia de "Estado de Direito" serve ao Tribunal Constitucional para declarar (no Acórdão nº 3/2016, de 13/1) a inconstitucionalidade da norma da Lei de Orçamento de Estado para 2014 (artº 80º do Dec. Lei nº 83-C/2013, de 31/12) que retirava as subvenções vitalícias aos titulares dos cargos públicos, mas já não serve (vide Acórdão nº 413/2014, de 30/5, do mesmo TC) relativamente à norma (artº 75º da mesma Lei) que confiscou aos trabalhadores reformados do Metro de Lisboa os seus complementos de reforma!

e construir soluções novas (como as que, há bastantes anos atrás, conduziram à aceitação, muito antes da sua expressa e formal consagração legislativa, da existência do dever de ocupação efectiva do trabalhador, da proibição do assédio moral, da consideração como retribuição do direito ao uso total de uma viatura ou de um telemóvel, etc.) relativamente a problemas novos, como os das novas formas e manifestações de subordinação jurídica (muito menos fisicamente visível mas muito mais subtil e eficaz nos termos actuais do que antes, como é o caso dos *dress codes* em vez do uso de farda, por exemplo); do alargamento da tutela protectiva própria do Direito do Trabalho às modalidades de prestação do trabalho com real (e não fraudulentamente simulada como nos casos de "falsos recibos verdes") autonomia jurídica mas com total e completa dependência técnica, organizativa e/ou económica; a da operacionalização dos princípios do predomínio da verdade material sobre a verdade formal e da igualdade material das partes, em matéria, por exemplo, do ónus da prova, em particular relativamente a situações em que o trabalhador foi propositadamente colocado pela contra-parte patronal na indisponibilidade e impossibilidade de produção de qualquer meio de prova e que assim, pela mera e rígida aplicação formal da regra geral do ónus da prova constante do artº 342º do Código Civil, verá sempre e inapelavelmente a sua pretensão soçobrar, vendo o prevaricador réu ser absolvido sob a habitual e autêntica fórmula tabelar de que "não logrou o Autor, como lhe competia, provar...".

A tudo isto se soma um gritante desconhecimento e uma ainda maior eximição à aplicação de normas de Direito Internacional, vigentes na Ordem Jurídica interna e de grau hierárquico superior à própria lei ordinária nacional, que consagram princípios e direitos de protecção dos trabalhadores, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e as Convenções da Organização Internacional do Trabalho — OIT até à própria Convenção Europeia dos Direitos do Homem — CEDH e à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [10].

Esta verdadeira rendição, também no campo do Direito e em especial no do Direito do Trabalho, aos ditames das exigências dos interesses económico-financeiros e o completo desmantelamento do que resta em matéria de direitos e garantias dos trabalhadores conduzem não apenas à respectiva liquidação como, mais do que isso, ao indicar e ao "ensinar" às entidades empregadoras como tais direitos podem ser (mais) facilmente torneados e inviabilizados.

[10] Sendo que a Carta é aplicável às instituições europeias no respeito pelo princípio da subsidiariedade, mas não apenas ela é directamente aplicável aos países membros da UE sempre que apliquem qualquer legislação da União, como, se algum dos direitos nela consagrados corresponder a um dos direitos garantidos pela CEDH, tais direitos deverão ter um sentido e âmbito de aplicação iguais aos determinados por aquela mesma Convenção.

Assim, sectores inteiros, com a Banca à cabeça, "aprenderam" por exemplo que, se contratarem um trabalhador com uma dada remuneração anual — que aquele depois constata, apenas no primeiro recibo de vencimento, que foi afinal "partida" em várias parcelas denominadas, apenas uma de "vencimento-base", e as outras de "complemento de remuneração", "subsídio de disponibilidade e desempenho", "isenção de horário de trabalho", etc. — depois podem livre e impunemente baixar não apenas a retribuição do mesmo trabalhador, retirando-lhe uma ou várias dessas parcelas, como o montante da própria indemnização de antiguidade, precisamente sob o pretexto de que aquelas outras parcelas não integrariam a chamada "remuneração base". Ou que, não obstante o disposto no artº 285º do Código do Trabalho e na Directiva Comunitária 2001/23 CE, se tiverem a habilidade de simular a cessação da actividade económica desenvolvida pela anterior unidade económica e de fazerem passar separadamente no tempo e/ou no espaço todos (com excepção, é claro, dos trabalhadores…) os seus elementos componentes, poderão escapulir-se à manutenção dos respectivos contratos de trabalho com o novo titular, sob o argumento de que o que houve foi, não uma transmissão de empresa ou estabelecimento, mas sim uma mera "transmissão de elementos desconexos" do mesmo!

Este é precisamente o caso do já célebre processo do despedimento de trabalhadores da Air Atlantis (uma companhia "charter", primeiro criada e depois extinta pela TAP) e do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português de 25/2/09 (*in* Proc. 0852309 dgsi.Net — pag. 613) que o sancionou, exactamente sob a tese de que não havia retransmissão do estabelecimento para a TAP mas mera transmissão de elementos desconexos de um estabelecimento e, mais, que recusou um requerimento dos trabalhadores de reenvio prejudicial da questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

E decisão essa do STJ **que conduziu a uma recente e mesmo humilhante** — e até agora hábil e criteriosamente escondida de todo o mundo! — **condenação do Estado Português por parte do referido Tribunal de Justiça da U.E.** (pelo Acórdão de 9/9/2015 do Processo C-160/14 — Ferreira da Silva e Brito e outros/Estado Português), **exactamente por essa dupla violação do Direito Comunitário cometida pelo mesmo STJ**. Ou seja, violação da Directiva Comunitária, então em vigor, nº 77/187/CEE do Conselho — mais tarde codificada pela Directiva 2001/23 — que impõe a manutenção dos contratos de trabalho dos trabalhadores cujas empresas, estabelecimentos ou partes dele sejam transmitidos, e violação também do artº 267º, 3º parágrafo, do Tratado da União Europeia (TFUE) que impunha e impõe ao STJ português, como instância ju-

risdicional nacional máxima, a obrigação — que ele claramente incumpriu — de remeter ao Tribunal de Justiça o pedido de decisão prejudicial acerca do conceito de "transferência de estabelecimento" na acepção do artº 1º, nº 1 da já referida Directiva nº 2001/23.

Forçoso se torna, pois, concluir que, **de forma tão importante mas bem mais subtil e porventura até mais eficaz do que as alterações introduzidas por via legislativa formal, no nosso Direito Laboral, os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos trabalhadores portugueses têm vindo a ser sucessivamente desmantelados também, para não dizer sobretudo, por uma doutrina e uma jurisprudência laborais as quais**, explícita ou implicitamente, **assentam em pretensos postulados "técnico-financeiros" que em absoluto carecem de demonstração e certificação científica, e** são tudo menos "puramente técnicas" e "ideologicamente **neutras**"!...

ALTERAÇÕES AO CÓDIGO DO TRABALHO
DO DESPEDIMENTO POR INADAPTAÇÃO [1]

Glória Rebelo [2]

1. Introdução

Desde o final do séc. XIX que o Direito do Trabalho se edificou a partir da afirmação progressiva da proteção dos trabalhadores, assumida como um pressuposto de intervenção normativa.

E nestes quarenta anos de vigência, a Constituição da República Portuguesa –num contexto de respeito pelos direitos fundamentais — afirmou, acima de tudo, o propósito de promover uma sociedade justa e solidária, tendo por valor axiologicamente primordial a dignidade da pessoa humana. E se os "direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores" (a artigos 53º a 57º) são uma das principais dimensões sociais fundamentais da Constituição, não deixa de ser bastante significativo que o primeiro destes direitos seja, justamente, o direito à segurança no emprego e a proibição dos despedimentos sem justa causa.

Contudo, as transformações técnicas e económicas que se fizeram sentir a

---

[1] Abreviaturas : CT - Código do Trabalho; AC - Acórdão; TC - Tribunal Constitucional.

[2] Investigadora do Dinâmia-CET/ISCTE-IUL e Professora Associada da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, em Lisboa.

partir de meados da década de 1970, foram conduzindo a um novo paradigma associado ao conceito de flexibilidade.

A verdade é que quer a temática da mudança tecnológica nas relações laborais quer a da necessidade de desenvolver novas competências, levantam — no âmbito de um modelo de flexibilidade baseada no paradigma da sociedade do conhecimento e da inovação — questões fundamentais ao Direito do Trabalho, no propósito de responder a inúmeros desafios daí resultantes, mas que, simultaneamente, permita assegurar condições de trabalho dignas, que garanta a motivação dos trabalhadores nas empresas, e assegure assim uma organização qualificante[3]. Como é sabido, as empresas dispõem de numerosos meios para desenvolver a sua flexibilidade mas de entre as diversas formas de flexibilizar o trabalho, importa realçar as propostas de flexibilidade qualitativas que promovam uma Gestão de Recursos Humanos através do desenvolvimento das competências dos trabalhadores, e sem alterar o volume de emprego.

Em Portugal, este processo de flexibilização iniciou-se na década de 1980 e prosseguiu no início da década seguinte, em resultado do Acordo Económico e Social de 1990 e mais tarde, em 1996, com a introdução de significativas medidas de flexibilização do mercado de trabalho, designadamente relativas à gestão do tempo de trabalho.

De facto, desde o final dos anos 1970, a Europa conhece um renovar do debate sobre a relação entre a tecnologia e emprego, considerando-se que as tecnologias de informação e comunicação têm efeitos sobre o emprego[4]. Por exemplo, e recorde-se o Relatório Dahrendorf, a evolução da automatização e das tecnologias de informação conduz a novas formas de organização do trabalho, transformação que pressupõe a mudança nas empresas ao nível das qualificações, sendo que em parte esta mudança passa pela redução da cadeia hierárquica e pela flexibilização laboral; assim, foram várias as transformações no emprego ao nível mundial, nomeadamente a redução do emprego industrial e o crescimento do emprego nos serviços, a redução da estabilidade do emprego e o aumento das exigências de competências dos trabalhadores[5].

Deste modo, fala-se de flexibilidade para designar a capacidade das empresas adaptarem os factores de produção e os métodos de organização às alterações ocorridas no mercado. As organizações flexíveis, vistas como um sistema

[3] GLÓRIA REBELO, «Do conceito de actividade no Código do Trabalho», *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 2005, ano 65, II, pp. 503-514.

[4] GLÓRIA, REBELO,«Flexibilidade e Diversidade Laboral em Portugal», *Working Paper Dinâmia/ ISCTE n.º 50,* ISCTE-IUL, Lisboa, 2006.

[5] Neste sentido, com desenvolvimento, GLÓRIA REBELO, *Emprego e Contratação Laboral em Portugal — Uma Análise Sócio-económica e Jurídica,* EditoraRH, Lisboa, 2003, pp. 10-18.

de elementos (constituído por recursos e competências) apresentam-se flexíveis quando, capazes de garantir o funcionamento normal da actividade empresarial, sejam aptas "a adaptar-se às características incertas do mercado mediante uma rápida adaptação à mudança". E a ideia de adaptabilidade está no centro do conjunto de pressupostos de funcionamento das estruturas flexíveis[6].

Nesta medida emerge a contraposição entre a "flexibilidade externa" e a "flexibilidade interna"[7]. Assim "a flexibilidade externa" consiste em fazer variar o número de trabalhadores em função das necessidades da empresa (nomeadamente, mediante o recurso a despedimentos); enquanto a "flexibilidade quantitativa interna" é aquela que, mediante mobilidade interna, não modifica o número de trabalhadores[8].

Em Portugal, o Direito do Trabalho encontra-se marcado por princípios estabelecidos na Constituição da República Portuguesa, em especial o disposto no artigo 53.º, sendo a invocação de "justa causa" condição de validade do despedimento na ordem jurídica. Em particular, entende-se que o princípio da estabilidade não deve interferir com a possibilidade de pôr fim ao vínculo de trabalho quer por razões subjectivas (despedimento imputável ao trabalhador) quer por razões objectivas ligadas à gestão (como são o despedimento colectivo e o despedimento por extinção do posto de trabalho, ou o caso do despedimento por inadaptação).

E se para alguns autores não existe verdadeiramente "uma relação de incompatibilidade radical" entre Direito do Trabalho e a competitividade da economia e das empresas[9], deve reconhecer-se que existe no ordenamento laboral actual uma relação de tensão entre o chamado "Direito Clássico do Trabalho" — que tem como modelo o contrato de trabalho por tempo indeterminado e a tempo completo — e as exigências de flexibilização laboral decorrentes dos movimentos de globalização e de concorrência económica internacional[10].

Desde logo, porque se assiste a uma individualização das relações de trabalho, com repercussões na morfologia da própria relação entre empregador

---

[6] GLÓRIA REBELO, «Novas Tecnologias, flexibilidade e Emprego», in *A Era da Competência - Um Novo Paradigma para a Gestão de Recursos Humanos e o Direito do Trabalho*, Editora RH, Lisboa, 2011, 2ª ed., pp. 3-24; GLÓRIA REBELO, «Da flexigurança e da revisão do Código do Trabalho em Portugal», in AAVV, *Trabalho Moderno, Tecnologia e Organizações*, Afrontamento, Porto, 2009, pp. 29-47.

[7] BERNARD BRUNHES, *Eurothérapies de l'Emploi,* Presses de Sciences Politiques, Paris, 1999, pp. 119 e segs. Também sobre "mobilidade interna" cfr. MÁRIO PINTO, *et alii*, *Comentário às Leis do Trabalho*, volume I, Lex, Lisboa, 1994, p. 110.

[8] GLÓRIA REBELO, 2011, *ob. cit.*, p. 12. Igualmente sobre este assunto, GLÓRIA REBELO, «Para uma organização qualificante: da importância dos conceitos de actividade e de mobilidade funcional no Código do Trabalho», *Questões Laborais* n.º 25, 2005, pp. 1-14.

[9] A. MONTEIRO FERNANDES, *Um Rumo para as Leis Laborais*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 66.

[10] JEAN-CLAUDE JAVILLIER, *Droit du Travail*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1996, p. 109.

e trabalhador e na estrutural contraposição que entre eles se estabelece, acautelando que a prossecução de lucros empresariais não introduza uma afetação negativa dos direitos do trabalhador.

A verdade é que as novas tecnologias têm um efeito considerável no domínio económico e provocam mudança em todo o sistema produtivo, desencadeando a necessidade de mais qualificações dos recursos humanos, tornando este movimento crucial para as empresas. Desta forma, a introdução na organização do trabalho de novas tecnologias através dos seus trabalhadores pressupõe que aos mesmos sejam facultadas condições de aprendizagem, mediante formação profissional[11].

Dado o ritmo irreversível da mudança tecnológica, a aprendizagem obriga a elevar as exigências no âmbito da formação no trabalho, o que passa por uma racionalização das diversas operações de uma forma mais eficaz e pela introdução de mudanças no trabalho[12]. Além do mais, a introdução de novas tecnologias pode criar condições para que aumente a capacidade de controlo do acesso à informação, mediante uma matriz informacional.

Tal como noutros países europeus, em Portugal um dos problemas que suscitou a mudança tecnológica foi ao nível das formas de organização do trabalho e dos métodos de gestão, adequados a responder aos níveis de produtividade empresarial. As empresas estão amplamente conscientes desta realidade e da necessidade de um reforço dos sistemas de competência e de investimento em ações de formação profissional orientadas para a mudança tecnológica; tanto mais que a mudança tecnológica que se fez sentir a partir de meados da década de 1970 conduziu a um novo paradigma associado ao conceito de flexibilidade[13].

No nosso país a evolução legislativa a partir de 1989 acompanhou uma certa tendência comunitária de flexibilização, emergindo a ideia de que a flexibilidade técnica deve acompanhar a flexibilidade de recursos humanos. E, neste sentido, a União Europeia encorajou, junto dos Estados-membros, a alteração das legislações nacionais que regulam o mercado de trabalho a fim de alcançar mais flexibilidade[14].

---

[11] JEAN-CLAUDE TARONDEAU, *La flexibilité dans les entreprises*, Presses Universitaires de France, Paris, 1999, p. 103. Como refere este autor, nas empresas, o trabalho é, desde há muito, considerado como um recurso - o recurso humano - que pode ser modulado de maneira a adaptar-se às necessidades da empresa.

[12] Sobre este assunto GLÓRIA REBELO, *A Inadaptação no Trabalho — Uma perspectiva Sociorganizacional e Juridica*, Celta, Oeiras, 1999, pp. 7-9.

[13] GLÓRIA REBELO, 2011, *ob. cit.*, p. 11.

[14] GLÓRIA REBELO,«Nova Cultura do Trabalho e do Emprego — Que Desafios para os Actores Sociais?», *Working Paper Dinâmia/ISCTE* n.º 23, ISCTE-IUL, Lisboa, 2002.

E estas alterações foram depois continuadas com o pacote legislativo de 1991, em particular no que respeita à flexibilização quer da contratação laboral quer da cessação.

A reforma laboral de 1989 — concretizada pelo Decreto-Lei n.º 64-A/89, de 27/02 — operou uma marcante inovação ao nível da cessação do contrato de trabalho e este movimento de flexibilização prosseguiu com a aprovação de um pacote legislativo que consagrava, entre outros, o Decreto-lei n.º 400/91, de 16/10, relativo ao despedimento por inadaptação do trabalhador às modificações tecnológicas introduzidas no posto de trabalho.

Refira-se que — e ainda a propósito do pacote laboral de 1989 — o Acórdão TC n.º 64/91, de 11/04, realçava, por um lado, o facto de a "justa causa" ser igualmente suscetível de "cobrir factos ou situações objetivas" não se limitando à noção de justa causa disciplinar e, por outro, a ideia de que "a justa causa" pretende acautelar despedimentos arbitrários. Considerou-se neste Acórdão que, além da justa causa disciplinar, a Constituição não veda em absoluto ao legislador ordinário a consagração de despedimentos baseados em motivos objetivos, desde que as mesmas não resultem de culpa do empregador ou do trabalhador e "que tornem praticamente impossível a subsistência do vínculo laboral".

E, nesta medida, a cessação do contrato de trabalho por inadaptação do trabalhador foi inovadora, não no sentido de ser mais uma forma de cessação do contrato de trabalho, com todas as implicações a nível jurídico-processual, mas no sentido de evidenciar a problemática da exigência de investimento permanente nas qualificações, mediante desenvolvimento de competências, processos de aprendizagem e de formação profissional.

Em nome da necessidade de flexibilizar a lei do trabalho, também a discussão sobre os limites da noção constitucional de justa causa — condição de validade do despedimento — foi por diversas vezes promovida[15].

2. Objecto de análise: a razão de ser do despedimento por inadaptação

Em Portugal a regulação geral sobre a cessação do contrato de trabalho remonta a 1937 (Lei n.º 1952, de 10/03/1937), seguindo-se a legislação de 1967 (Decreto-Lei n.º 47.032, de 27/05/1966) e de 1969 (Decreto-Lei n.º 49.408, de 24/11/1969).

[15] Nomeadamente quando em 2010 foi suscitada a discussão em torno de um hipotético processo de revisão da Constituição, tendo então sido sugerida a substituição do conceito de "justa causa" pela expressão "razão atendível".

O traço mais significativo destes diplomas foi o da consagração de um regime em que eram admitidos os despedimentos *ad nutum*, sem prejuízo da estabilidade do emprego ser então um valor presente na legislação laboral, apenas impodo a obrigação de fazer anteceder o despedimento de um aviso prévio de duração variável e do pagamento de indemnizações.

Em 1976 consagrou-se no artigo 53º da Constituição que todos os despedimentos são justificados. E o entendimento dominante é o de que o conceito de "justa causa", constante deste artigo, contempla duas realidades: por um lado, a justa causa subjectiva (culposa e disciplinar) e, por outro lado, a justa causa objectiva que corresponde a uma situação de inexigibilidade do prosseguimento da relação de trabalho, uma *ultima ratio*.

Assim, o direito fundamental à segurança no emprego — entre os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, como referimos, aquele que a Constituição enuncia em primeiro lugar — para além de proscrever causas de despedimento que não sejam constitucionalmente justas, postula também que o Estado atue, emanando regras procedimentais adequadas à sua proteção. Deste modo, a violação da proibição constitucional de despedimentos sem justa causa pode resultar tanto da previsão de fundamentos inadequados, como da previsão de regras que não acautelem suficientemente a defesa da posição do trabalhador perante a invocação de fundamentos adequados.

Como referimos, o movimento de flexibilização prosseguiu com a aprovação de um pacote legislativo que consagrava, entre outros, o Decreto-Lei n.º 400/91, de 16/10, relativo ao despedimento por inadaptação do trabalhador às modificações tecnológicas introduzidas no posto de trabalho, o Decreto-Lei n.º 401/91 de 16/10, relativo ao regime jurídico da formação profissional, o Decreto-Lei n.º 404/91, de 16/10, relativo ao trabalho em comissão de serviço e o Decreto-Lei n.º 405/91, de 16/10, relativo à formação profissional no mercado de emprego. O argumento para esta flexibilização prendia-se com a necessidade de harmonizar a legislação nacional com a legislação dos países parceiros europeus, procurando-se, assim, conciliar dois desafios: por um lado aumentar a produtividade e, por outro lado, incrementar a criação emprego, associando a flexibilidade ao diálogo social.

Em 23 de Janeiro de 1991 discutiu-se na Assembleia da República Portuguesa, o despedimento por inadaptação. Este pacote legislativo surge em sequência do Acordo Económico e Social subscrito no âmbito do Conselho Permanente de Concertação Social em 19/10/1990, onde se havia definido um conjunto de objectivos, princípios e medidas de política económica e social cuja

execução vinha sendo reclamada empenhadamente pelos outorgantes. Neste Acordo Económico e Social havia sido aceite a criação de um novo caso de cessação do contrato de trabalho, decorrente da introdução de inovações tecnológicas no posto de trabalho.

E foi apenas o pacote laboral de 1991 que passou a consagrar a situação de inadaptação, no Decreto-Lei nº 400/91, de 16/10. Acerca deste diploma pronunciou-se o Ac. TC n.º 64/91, de 11/04 (Maria da Assunção Esteves), no sentido da constitucionalidade da nova figura da cessação do vínculo laboral[16], nos termos gerais de qualquer contrato de trabalho subordinado, abrangendo duas situações: o comum dos trabalhadores e os trabalhadores que desempenham cargos de complexidade técnica, ou seja os quadros técnicos das empresas.

Os argumentos a favor da constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 400/91, apresentados neste Acórdão resumem-se assim: "o conceito constitucional de justa causa é susceptível de cobrir factos, situações ou circunstâncias objectivas, não se limitando à noção de justa causa disciplinar; a Constituição quando proíbe os despedimentos sem justa causa, coloca-se na perspectiva da defesa do emprego, pretendendo apenas atingir os despedimentos arbitrários, i.e., sem motivo; a Constituição não veda formas de despedimento do trabalhador com fundamento em motivos objectivos.

Assim, a nossa lei estabelece como formas de cessação do contrato de trabalho que constituem justa causa objetiva de cessação do contrato de trabalho: o despedimento coletivo (por motivos de mercado, estruturais e tecnológicos), a extinção do posto de trabalho (também por motivos de mercado, estruturais e tecnológicos) e a inadaptação. E, além destas justas causas, o legislador prevê critérios complementares de licitude do despedimento. Quer o despedimento individual disciplinar, fundado em conduta culposa do trabalhador, quer os despedimentos objectivos são, obrigatoriamente, precedidos de um procedimento. Isto porque, como já vimos, o artigo 53º da Constituição proíbe os despedimentos sem justa causa.

Ora, de acordo com este artigo da Constituição, só uma impossibilidade objectiva análoga há-de justificar os despedimentos individuais por motivo de inadaptação. Não pode admitir-se que baste a conveniência da empresa por razões objetivas para ser constitucionalmente legitimo pôr termo ao contrato de trabalho; deve exigir-se, também, uma impossibilidade objetiva.

[16] O Tribunal Constitucional tem entendido, desde o Acórdão n.º 64/91, de 11/04 — que inverteu o entendimento mais restritivo vertido no Acórdão n.º 107/88, de 31/05 - que tal conceito "é suscetível de cobrir factos, situações ou circunstâncias objetivas, não se limitando à noção de justa causa disciplinar", partindo da ideia de que a Constituição, 'quando proíbe os despedimentos sem justa causa, não veda formas de despedimento do trabalhador com fundamento em motivos objetivos, tais como o despedimento tecnológico.

E, assim, o legislador tem tido uma conceção que exige um motivo justificável para a cessação do contrato de trabalho, num quadro em que se defendem os valores da estabilidade do emprego.

Para além de justa causa objectiva emergente da necessidade de eliminação do posto de trabalho já prevista em 1989, veio o Decreto-Lei n.º 400/91, de 16/10, estabelecer uma outra causa objectiva: o despedimento por inadaptação do trabalhador para o posto de trabalho[17]. E, como cessação do contrato de trabalho, a inadaptação consagrada como justa causa de despedimento distinguia-se do conceito de inaptidão do trabalhador para desempenhar as suas funções, não detetadas durante o período experimental.

A cessação do contrato de trabalho por inadaptação por modificações tecnológicas no posto de trabalho visava acautelar a eficácia da reestruturação das empresas como elemento essencial da competitividade no mercado, bem como proteger a posição do trabalhador, garantindo-lhe, nomeadamente, prévia formação profissional e um período de adaptação suficiente no posto de trabalho. Exigindo-se garantias procedimentais, como sejam: um aviso prévio fundamentado, comunicado ao trabalhador e à estrutura representativa dos trabalhadores; a intervenção desta estrutura na apreciação dos motivos invocados; e um direito de oposição do próprio trabalhador à cessação do contrato.

Acresce que no Decreto-Lei n.º 400/91, de 16/10, distinguiam-se duas categorias de trabalhadores. Se quanto ao comum dos trabalhadores, tal cessação podia ocorrer "quando se verifiquem reduções reiteradas de produtividade ou de qualidade, avarias reiteradas nos meios afectos ao posto de trabalho ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador ou dos restantes trabalhadores ou de terceiros", quanto aos trabalhadores que desempenham cargos de complexidade técnica ou de direcção tal cessação só pode ocorrer quando "não tenham sido cumpridos os objectivos previamente fixados e formalmente aceites". Em qualquer destes casos, a situação de inadaptação devia tornar "praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho".

Autonomizado do então regime da cessação do contrato de trabalho, o despedimento por inadaptação, tal como nos aparecia no Decreto-Lei n.º 400/91, de 16/10, ocorria quando, justificando-se o posto de trabalho, neste sejam introduzidas modificações para as quais o trabalhador venha revelar impossibilidade de adaptação. Permitia-se o despedimento quando, tendo sido introduzidas modificações no posto de trabalho há menos de seis meses e tendo

[17] E, receando o legislador qualquer reprovação em sede de Tribunal Constitucional, chega mesmo a definir a situação de inadaptação com a expressão que há muito define a justa causa: «situações que tornem praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho» (artigo 2º nº1).

sido facultada ao trabalhador formação profissional adequada, bem como um período de adaptação às mesmas, mesmo assim este revelasse total inadaptação profissional para o exercício das suas funções (artigo 3º do citado diploma). A situação de inadaptação, embora aferida face ao trabalhador, era então definida com base em critérios objectivos, concretamente na redução reiterada da produtividade ou da qualidade, avarias reiteradas dos meios afectos ao posto de trabalho e/ou risco para a segurança que tornem imediatamente impossível a subsistência da relação de trabalho.

A letra do n.º 1 do seu artigo 3º, previa que o despedimento por inadaptação dependesse da verificação cumulativa de seis requisitos: da introdução de modificações no posto de trabalho resultantes de novos processos de fabrico, de novas tecnologias ou equipamentos baseados em diferente ou mais complexa tecnologia, nos seis meses anteriores; de ter sido ministrada acção de formação profissional adequada às modificações introduzidas no posto de trabalho, controlo pedagógico da autoridade competente ou da entidade por esta credenciada; de ter sido facultado ao trabalhador, após formação, um período suficiente de adaptação no posto de trabalho ou fora dele; de o empregador não dispor de outro posto de trabalho que seja compatível com a qualificação profissional do trabalhador ou, existindo o mesmo, aquele não aceite a alteração do objecto do contrato de trabalho; de a situação de inadaptação não ter sido determinada por falta de condições de segurança, higiene e saúde no trabalho imputável ao empregador; de ter sido posta à disposição do trabalhador a compensação devida[18].

A cessação do contrato de trabalho por inadaptação do trabalhador foi, assim, inovadora, não no sentido de ser mais uma forma de cessação do contrato de trabalho, com todas as implicações a nível jurídico-processual, mas no sentido de trazer a lume a problemática da importância das acções de formação profissional nas empresas procurando, assim, assegurar a imprescindibilidade de facultar formação profissional aos trabalhadores em situação de mudança tecnológica[19].

O despedimento por inadaptação foi, posteriormente, retomado no Código de Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27/08, que expressamente o qualificou como uma modalidade de despedimento.

---

[18] Sobre este assunto com desenvolvimento, GLÓRIA REBELO, 1999, *ob. cit.*, pp. 7-9.

[19] Ainda nos termos do disposto no Decreto-Lei n.º 400/91 de 16/10, o despedimento seria ilícito se se verificasse a inexistência do motivo invocado (artigo 8º nº 1, a) e na acção de impugnação do despedimento ilícito, cabendo o ónus da prova ao empregador (n.º 3 do artigo 8º); assim o despedimento seria ilícito se, entre outras, não se verificasse a inadaptação do trabalhador, a não introdução de novas tecnologias, ou a oportunidade de formação do trabalhador, nos termos do n.1 do artigo 8º deste diploma. Sobre o impacto prático da observância cumulativa dos requisitos cfr. M. R. PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho - Situações Laborais Individuais*, parte II, 4ª edição, Almeina, 2012, p. 1082.

3. As alterações ao Código do Trabalho introduzidas pela Lei n.º 23/2012, de 25/06, e pela Lei n.º 27/2014, de 08/05.

Resultou dos trabalhos preparatórios da Lei n.º 23/2012, de 25/06, que a mesma se destinava a dar resposta às exigências em matéria de legislação laboral decorrentes dos compromissos assumidos no quadro do *Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*, de 17 de maio de 2011 — prosseguido com um processo de Concertação Social que culminou com a assinatura, em 18 de janeiro de 2012, do *Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego* – tendo em vista o aumento da competitividade das empresas, a criação de emprego e o combate à segmentação do mercado de trabalho. E as medidas concretamente aprovadas no âmbito deste diploma foram, em particular, de flexibilização dos despedimentos, tendo em vista a contenção salarial e a modificação dos pressupostos do despedimento por extinção do posto de trabalho e o despedimento por inadaptação.

As alterações entretanto introduzidas pela Lei n.º 23/2012, de 25/06, ao artigo 375.º CT traduziram-se no seguinte: para a generalidade dos trabalhadores, passa a existir dois tipos de despedimento por inadaptação: um correspondente à situação tradicional, em que a inadaptação ocorre depois de terem sido introduzidas modificações no posto de trabalho, resultantes de alterações nos processos de fabrico ou de comercialização, de novas tecnologias ou equipamentos (n.º 1 do artigo 375.º); e um novo tipo de inadaptação no qual, independentemente de terem ocorrido alterações no posto de trabalho, há uma modificação substancial da prestação do trabalhador, nomeadamente, uma redução continuada de produtividade ou de qualidade (n.º 2 do artigo 375.º); e, por fim, a supressão dos requisitos do despedimento por inadaptação subsequente a modificações no posto de trabalho, da exigência de posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador (a alínea d) do n.º 1 do artigo 375.º do Código do Trabalho — que prescrevia: d) Não exista na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador, objeto de revogação pelo n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 23/2012).

No Ac. TC n.º 602/2013, de 20 de Setembro (Pedro Machete), apreciou-se a redacção do artigo 375.º CT, alterado pela Lei n.º 23/2012, de 25/06. O pedido de declaração de inconstitucionalidade vinha salientar que "é criado um novo tipo de despedimento por inadaptação do trabalhador, indiciado pela redução continuada da produtividade ou da qualidade, em avarias repetidas

nos meios afetos ao posto de trabalho e na existência de riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros, sem que se tenha introduzido qualquer modificação no posto de trabalho, nos seis meses anteriores" e que "contrariamente ao conceito de despedimento por inadaptação previsto anteriormente — que se traduzia numa inadaptação superveniente do trabalhador a modificações introduzidas no posto de trabalho (não suprível mediante a atribuição ao trabalhador de formação profissional adequada e de um período de adaptação) — esta alteração não determinava previamente quaisquer modificações, dispensando, ainda, "a necessidade de verificação da impossibilidade de subsistência do vínculo laboral pela inexistência na empresa de um outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador".

Fundamentava este pedido a ideia de que havia sido introduzido "um despedimento por inaptidão — e não inadaptação — do trabalhador", sendo essa inaptidão avaliada exclusivamente com base em critérios subjetivos, e unicamente dependentes do juízo do empregador, situação que não permitia determinar com suficiente concretização as causas do despedimento nem tão pouco controlar a impossibilidade objetiva da subsistência da relação laboral, equivalendo à possibilidade de despedimentos injustificados. Em síntese, sustentava-se que a nova modalidade de despedimento por inadaptação (ou "inaptidão"), que não depende de modificações introduzidas no posto de trabalho, assenta numa causa imputável ao próprio trabalhador, pelo que se situa "fora dos parâmetros de admissibilidade da Constituição no que toca aos despedimentos por causas objetivas, e que nem tão pouco controlar a impossibilidade objetiva da subsistência da relação laboral, o que equivale à possibilidade de despedimentos arbitrários, em violação do estabelecido no artigo 53.º da Constituição.

Os requerentes alegavam ainda a inconstitucionalidade da revogação da alínea d) do n.º 1 do artigo 375.º (operada pelo artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012), da qual resultava que deixava de ser exigível a verificação da impossibilidade de subsistência do vínculo laboral pela inexistência na empresa de um outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador. Essa exigência estava ligada ao requisito da impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho. E a alteração proposta, ao deixar de relacionar a impossibilidade com a inexistência de posto compatível, parecia significar que a impossibilidade seria aferida apenas em função da quebra de atividade do trabalhador e da sua justificação de subsistência na empresa.

Como refere Romano Martinez et alii à dualidade já existente, na revisão

de 2012, foi acrescentada outra, distinguindo a inadaptação em que tenha havido modificação do posto de trabalho daqueloutra em que tal modificação não ocorreu, resultando a inadaptação de uma quebra da produtividade, qualidade, etc"[20].E esta foi uma alteração "substancial" para o panorama jurídico do despedimento por inadaptação pois "(…) a nova modalidade de inadaptação — sem que tenha havido modificação no posto de trabalho — decorre do disposto nos novos n.º2 e 3, passando a exigir-se, como requisito, a modificação substancial da prestação de trabalho. Trata-se de um conceito indeterminado, cujo preenchimento pode ser feito pela indicação exemplificativa de situações constante da alinea a) do n.º 2"[21].

No Acórdão n.º 602/2013, de 20 de setembro, considerou-se, então, inconstitucional a revogação deste preceito, uma vez que viola a proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição[22], dado que "o despedimento por causas objetivas deve ser configurado como *ultima ratio*, o que não é compatível com a dispensa do dever de integrar o trabalhador em posto de trabalho alternativo, quando este exista", devendo esta mesma exigência extrair-se do princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição do excesso. Pelo que no âmbito da modalidade de despedimento por justa causa objetiva em apreço impõe-se, considerou o Tribunal Constitucional igualmente o cumprimento destes princípios, não se permitindo que o trabalhador inadaptado a um determinado posto de trabalho que sofreu modificações, seja despedido quando haja outro posto de trabalho disponível e compatível com a sua qualificação e aptidão profissional."

A outra questão apreciada foi a da conformidade constitucional da nova modalidade de despedimento por inadaptação do trabalhador ao posto de trabalho, consagrada no n.º 2 do artigo 375.º do Código do Trabalho: aquela que resulta de inadaptação do trabalhador ao posto de trabalho revelada apenas por uma modificação substancial do modo como aquele exerce as suas funções, sendo que tal modificação, para ser relevante, deve estimar-se como tendo caráter definitivo."

E, fundamenta o Ac. TC n.º 602/2013, que "o despedimento por inadaptação corresponde a uma modalidade de despedimento por causa objetiva, mas esta causa reporta-se ao trabalhador e não à empresa: é a inadaptação do traba-

[20] P. ROMANO MARTINEZ, et alii, *Código do Trabalho Anotado*, 9ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 789. Também sobre esta nova figura de despedimento cfr. M. R. PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, pp. 1074-1075.

[21] P. ROMANO MARTINEZ, et alii, *ob. cit*, p. 793.

[22] Esta decisão teve como consequência a repristinação da exigência do empregador demonstrar que, no âmbito de um processo de despedimento por inadaptação, não dispõe de posto de trabalho alternativo compatível com a categoria profissional do trabalhador.

lhador ao seu posto de trabalho, no decurso do contrato (logo, trata-se de uma inaptidão superveniente)" referindo ainda que "o tipo de alterações que a lei admite para este efeito permite concluir que esta modalidade de despedimento decorre das necessidades de flexibilização do Direito do Trabalho e, designadamente, das projeções tecnológicas dessas necessidades." Entendeu-se ainda neste Acórdão que "não sendo consequência de alterações no posto de trabalho ou de alterações no contexto em que a prestação de trabalho decorre", a referida "modificação substancial da prestação" será unicamente reportada "ao modo como este exerce as suas funções, traduzido num conjunto de elementos objetivos que revelem uma prestação laboral de menor qualidade ou rendimento, mas não culposa". Além disso, a inadaptação só poderá considerar-se verificada quando seja de prever o caráter definitivo da alteração da prestação e seja de concluir pela inexigilidade de manutenção do vínculo.

As dúvidas que se colocam sobre esta nova modalidade de despedimento por inadaptação passam por perceber se o despedimento corresponde aqui a uma modificação da prestação do trabalhador imputável ao próprio. E, se assim é, se as razões que servem para fundamentar este despedimento não estão já cobertas pelo próprio instituto do despedimento com justa causa (subjetiva), designadamente pelo "desinteresse repetido pelo cumprimento, com a diligência devida, de obrigações inerentes ao exercício do cargo ou posto de trabalho" ou, ainda, pelas reduções anormais de produtividade (alíneas d) e m) do n.º 2 do artigo 351.º CT).

Ora, sendo este um conceito interminado — e mesmo que o "despedimento por inaptidão" partilhe com o "despedimento por inadaptação" a imposição do n.º 1 do artigo 374.º CT, que exige a verificação desta modificação que "torne praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho" — importará saber se o regime agora consagrado contém salvaguardas elementares para o trabalhador[23]. Desde logo, acautelando que a "inaptidão do trabalhador" não seja imputável ao próprio empregador, não só nas situações referidas no n.º 4 do artigo 374.º CT mas também em casos de assédio moral ou outras formas de pressão sobre o trabalhador que possam conduzir a reduções na sua normal capacidade de trabalho.

Depois, é preciso realçar que este "novo despedimento" não exige — à semelhança do que acontece com as modalidades tradicionais de inadaptação — que não exista na empresa outro posto de trabalho compatível, pelo que caberá aferir se a causa do despedimento se refere ao modo de exercício das suas

[23] Também no sentido de se impor que se previna uma utilização abusiva deste regime, M. R. PALMA RAMALHO, *ob. cit.*, pp. 1074-1075.

funções, exigindo-se tão-somente que os "maus resultados da prestação laboral do trabalhador" — a aludida "redução continuada da produtividade ou de qualidade da prestação" — não lhe seja imputável a título de culpa e que "seja razoável prever que tal inadaptação tenha caráter definitivo". Tanto mais que, nas demais modalidades de despedimento por justa causa objetiva, o despedimento do trabalhador é consequência de factos referentes à própria empresa e uma medida de *ultima ratio,* admissível apenas quando seja inexigível a subsistência do vínculo laboral e resultante de uma ponderação adequada.

Com a Lei n.º 23/2012, de 25/06, a inadaptação passa a abranger, além da verdadeira indaptação, os casos "qualitativamente distintos" da inaptidão, em que não existem modificações no posto de trabalho, mas em que se regista uma alteração substancial da prestação realizada, *maxime* com redução continuada de produtividade, com carácter definitivo" o que leva autores, como Leal Amado, a defender que este despedimento se "metamorfoseou" para um despedimento por "inadaptidão", defendendo que "se trata (…) de transitar de um verdadeiro e próprio despedimento por inadaptação, baseado em causas objectivas e radicado na prévia introdução de modificações no posto de trabalho (…) para um despedimento por inaptidão profissional (…) baseado em causas subjectivas (...)[24].

Ora, na sequência do Acordão n.º 602/2013 — que veio declarar inconstitucionais, com força obrigatória geral, algumas das normas da Lei n.º 23/2012, de 25/06, particularmente a qual alterava a Lei n.º 7/2009, de 12/02, que aprovou o Código do Trabalho, nomeadamente o n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 23/2012, de 25/06, na parte em que revoga a alínea d) do n.º 1 do artigo 375.º CT; não declarando a inconstitucionalidade da norma do artigo 375.º, n.º 2, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12/02, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25/06 — a Lei n.º 27/2014, de 08/05, que procede à sexta alteração ao Código do Trabalho, alterou também o regime do despedimento por inadaptação repondo, no n.º 1 do artigo 375.º CT, a exigência de que para esse despedimento seja necessário que "não exista na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador".

Assim, importa dizer que, com as alterações dadas pela Lei n.º 23/2012, de 25/06, e pela Lei n.º 27/2014, de 08/05, este alargamento do conceito de "inadaptação" - resultando a inadaptação de uma quebra da produtividade ou qualidade - assenta num conceito indeterminado que carece das maiores cautelas. Desde logo porque, sabendo-se que a generalidade das micro, pequenas e médias

[24] J. LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho — Noções básicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2015, pp. 342-343.

empresas em Portugal ou não têm um sistema de avaliação da produtividade ou, se o têm, estes são muito dificilmente perscrutáveis, importa que, em nome do princípio da segurança jurídica, se defenda a interdição, constitucionalmente consagrada, aos despedimentos arbitrários[25].

[25] Também neste sentido, GLÓRIA REBELO, «Inadaptação e despedimentos arbitrários», in *Estado Social e Austeridade*, Edições Sílabo, Lisboa, 2014, pp. 18-19.

CONTRATAÇÃO LABORAL: DO PRETÉRITO SIMPLES AO FUTURO COMPOSTO?

Maria Regina Redinha [1]

RESUMO: Breve análise do desenvolvimento das modalidades de contrato de trabalho no Direito do Trabalho português. O alargamento do regime do trabalho dependente ao trabalho autónomo.

PALAVRAS-CHAVE: Modalidades do contrato de trabalho. Trabalho autónomo. Expansão do Direito do Trabalho.

ABSTRACT: A brief analysis of the development of employment contract types in Portuguese Labour Law. The application of employment regulations to self-employment.

KEYWORDS: Employment contract types. Self-employment work. Widening application of Labour Law.

[1] FDUP/CIJE

O Direito do Trabalho encontra-se colonizado pela Economia, pelos seus conceitos, pela sua linguagem e pela sua racionalidade. A linhagem civilística fica cada vez mais para trás na terminologia e nos quadros institucionais deste ramo do Direito, enquanto reemerge na simetria contratual. Não surpreende, assim, que o Direito do Trabalho se tenha tornado o "suspeito habitual" das situações de crise económica e social e uma das áreas mais permeáveis ao "experimentalismo" legislativo, a tal ponto que a precariedade passou a ser um atributo, não apenas das relações laborais, mas também das leis do trabalho. Podemos hoje, com inteira propriedade, falar de trabalho precário, de empresas precárias e de leis precárias, a tal ponto que a certeza e segurança deste ramo de direito e dos vínculos que sob ele se abrigam se reduziram a um estado visco-elástico.

Assim, no *compte-rendu* das transformações recentes do DT português, marcado pela flexibilização crescente dos seus institutos e pela redefinição das suas fronteiras, inscrevem-se, além da extensão do tempo de trabalho, do alargamento das causas de cessação, da aproximação ou mesmo fusão do emprego público com o emprego privado, uma contínua multiplicação de formas contratuais e uma reconfiguração das suas funções e características.

Portugal, à semelhança de Espanha, acompanha, portanto, a tendência sul-europeia para o alargamento do âmbito de actuação das relações atípicas de emprego e para a reconversão da sua tipologia.

Se em 1974, data que assinala a autêntica (re)fundação de um todo normativo de contextura compreensiva para regulamentação do trabalho dependente, a Lei Geral do Trabalho (LCT) contava apenas, para além do modelar e subsidiário "trabalho permanente" — arts. 10º e 11º, n.º 1, LCT —, com o "contrato de trabalho a prazo"[2] — art. 10º, LCT — e com os seus desdobramentos, "trabalho eventual" e "sazonal"[3] — art. 11º, LCT —, após duas décadas, o quadro legislativo encontrava-se já profundamente modificado. A diversidade de relações de emprego ditas "atípicas" estava a erodir o paradigma normativo que fundava o ordenamento jurídico-laboral português, a tal ponto que a sua feição legal e constitucional perdera a motricidade sistémica: uma só figura não

[2] Para a evolução histórica deste instituto e seus antecedentes, desde o Código Civil de 1867 até à primeira lei que lhe foi dedicada, José João Abrantes, *Do Contrato de Trabalho a Prazo*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 39, ss., para o período considerado no texto, p. 47, ss. V., também, Filipe Fraústo da Silva, "30 anos de contrato de trabalho a termo", *A Reforma do Código do Trabalho*, CEJ – Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 215, ss.; e para uma síntese da evolução social deste contrato, Pedro Ortins de Bettencourt, *Contrato de Trabalho a Termo*, Erasmos, Amadora, 1996, p. 22, ss.

[3] Cfr., Raúl Ventura, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho*, I, Imprensa Portuguesa, Porto, 1944, p. 281, ss.; J. F. Almeida Policarpo, A. Monteiro Fernandes, *Lei do Contrato de Trabalho Anotada*, Almedina, Coimbra, 1970, p. 45, ss.; Bernardo Lobo Xavier, Alexandre Lobo Xavier, *Regime Jurídico do Contrato de Trabalho Anotado*, 2ª ed., Atlântida, Coimbra, 1972, p. 51, ss.

modelar — o contrato de trabalho a termo — havia dado lugar a cinco diferentes modalidades alternativas (contrato a prazo, trabalho temporário, cedência ocasional de trabalhadores, comissão de serviço e trabalho a tempo parcial). Esta transformação relegaria o vínculo contratual de duração indeterminada, a tempo completo, estruturado na unidade das partes, do espaço e do espaço e do tempo em que se desenrola a relação de trabalho, para a posição de mera alternativa no mercado contratual à disposição da autonomia privada.

Em 2003, uma profunda[4] reestruturação do ordenamento jurídico-laboral seccionou ainda mais nitidamente o quadro legislativo laboral[5], ao franquear a entrada no Código do Trabalho, aprovado pela Lei 99/2003, de 27 de Agosto, de mais um tipo contratual — o teletrabalho, arts. 233º, ss. —, e qualificar a cedência ocasional de trabalhadores como vicissitude da relação laboral — art. 322º, ss. —, apartando-a, assim, da regulamentação conjunta com o trabalho temporário e mantendo este inscrito em regulamentação avulsa. A par destas significativas alterações, o regime do contrato de trabalho a termo foi também redesenhado com um talhe mais flexível, fazendo assentar a sua *causa juris* na articulação de uma cláusula geral com um alargado elenco exemplificativo de circunstâncias legitimadoras da sua celebração — art. 129º, n.º 1 e 2, CT de 2003[6].

A reforma laboral subsequente deu origem ao Código do Trabalho[7] de 2009. Com este diploma, mais uma vez, produzir-se-iam inovações no recorte das figuras contratuais concorrentes com o estabelecido contrato de duração indeterminada. O contrato de trabalho de muito curta duração — art. 142º — e o trabalho intermitente — art. 157º, ss. — fizeram, assim, entrada na novel tábua das modalidades do contrato de trabalho que o Código acolheu numa sistematização regeneradora das mais frequentes relações atípicas de emprego.

A evolução diacrónica do ordenamento jurídico-laboral positivo até ao presente é, deste modo, por si, só elucidativa da pulverização das formas contratuais laborais que não só diminuem a influência do vínculo contratual de trabalho de duração indeterminada que enforma a relação laboral, directa, bi-

[4] Pedro Romano Martinez, "A reforma do Código do Trabalho: perspectiva geral", Luís Gonçalves da Silva, "Visita guiada ao Código do Trabalho: a primeira fase da reforma laboral", ambos *in A Reforma do Código do Trabalho, cit.*, p. 33, ss.

[5] "Mercado das normas", chamou-lhe Alain Supiot, embora numa acepção distinta. Cfr. "O Direito do Trabalho ao desbarato no 'mercado das normas'", *Questões Laborais*, ano XII, n. 26, 2005, p. 121, ss.

[6] Para análise das inovações no regime do contrato a termo no CT de 2003, cfr. Paula Ponces Camanho, "O contrato de trabalho a termo", A *Reforma do Código do Trabalho*, CEJ – Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 295, ss.

[7] Sobre a discussão em torno da novidade do Código ou da sua revisão, Maria Regina Redinha, "Código novo ou código revisto? — A propósito das modalidades do contrato de trabalho", *Questões Laborais*, ano XVI, 2009, p. 149, ss.

lateral e a tempo completo, como, inclusive, colocam em crise a principiologia constitucional do contrato individual de trabalho, *maxime* , o princípio da estabilidade do e no emprego — art. 53º da Constituição da República Portuguesa.

As repercussões desta tendência para a desmultiplicação dos tipos contratuais foram em Portugal paradoxais, uma vez que que, por um lado, conduziu a um constrangimento do tipo legal "contrato de trabalho" e, por outro, a uma extensão da cobertura laboral a trabalhadores não dependentes. Com efeito, a inclusão de um elemento suplementar na noção de contrato de trabalho contida no Código do Trabalho, constituído pela "integração na organização do empregador", e o desaparecimento do elemento "direcção" (art. 11º, CT de 2009) retraiu o critério do contrato de trabalho ao enquadramento organizacional, enquanto se estendia o âmbito subjectivo e objectivo de aplicação da juslaboralidade, alargando-a parcialmente a uma nova categoria a montante da constituição do vínculo laboral — os candidatos a emprego (entre outros, arts. 17º, 19º, 24º, n.º 1, 29º, 30º, CT)[8] — e aos contratos equiparados ao contrato de trabalho (art. 10º, CT).

Este avizinhamento progressivo entre trabalho autónomo e trabalho dependente viria ainda a evidenciar-se, inequivocamente, na Lei 35/2014, de 20 de Junho, Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LGTFP), que disciplina também algumas modelações da prestação de trabalho autónomo. Na previsão normativa cabem, deste modo, configurações de trabalho subordinado, designadamente, o contrato de trabalho em funções públicas, a nomeação e a comissão de serviço, bem como formas de prestação heterodeterminada da prestação, como o contrato de prestação de serviço para o exercício de funções públicas — art. 10.º, LGTFP —, contrato no qual o prestador não se encontra na dependência jurídica da entidade beneficiária da prestação nem se insere, funcional ou organicamente, na sua organização. Trata-se, por conseguinte, de um arranjo contratual de exteriorização da actividade que se estrutura em dois subtipos legais distintos no seu objecto e duração: o contrato de tarefa e o contrato de avença.

O contrato de tarefa — art. 10º, n.º2, *a)*, LGTFP — é um contrato de duração limitada, que não admite prorrogação ou renovação e que se circunscreve à realização de trabalhos específicos, de natureza excepcional no que respeita ao conteúdo ou ao modo de execução. É um vínculo necessariamente sujeito à aposição de termo resolutivo, cláusula que, por força da caracterização legal, perde o seu carácter acidental para passar a ser um elemento constitutivo do tipo.

[8] Para a ampliação da noção de trabalhador, cfr. Nicola Countouris, *The Changing Law of Employment Relationship,* Ashgate, Aldershot, 2007, p. 58, ss.

Por seu turno, o contrato de avença — art. 10º, n.º 2, *b)* LGTFP—, não obstante ser, igualmente, uma espécie do género prestação de serviço, é uma figura com pontos de semelhança com o contrato de trabalho, porquanto a remuneração é certa, com pagamento periódico mensal. O âmbito de aplicação material deste contrato localiza-se no exercício de profissão liberal, remetendo para uma actividade técnica especializada ou, pelo menos, diferenciada que, tradicionalmente ou segundo os usos sociais prevalentes, se exerce em regime "livre", ou seja, a coberto de um vínculo de trabalho autónomo. A mais da natureza da actividade, constitui ainda condição de celebração do contrato a sua repetibilidade, conforme resulta do requisito da sucessão de prestações.

Ao contrário do que sucede com o contrato de tarefa, a avença é um contrato que pode ser objecto de prorrogação e de livre denúncia por ambas as partes, desde que seja observado o aviso prévio de sessenta dias.

No mesmo sentido, também a Lei 146/2015, de 9 de Setembro, que veio regulamentar o trabalho a bordo, na sequência da aprovação para ratificação[9] por Portugal da Convenção do Trabalho Marítimo da OIT, previu, a par do contrato de trabalho a bordo, a prestação de serviço a bordo, em qualquer das suas modalidades, afirmando um princípio de equiparação de tratamento entre os dois estatutos, no que se refere aos requisitos e condições mínimas para prestação de actividade, condições de trabalho, alojamento, lazer, alimentação e serviço de mesa, protecção da saúde, cuidados médicos, bem-estar e protecção em matéria de segurança social.

Já a extensão a montante da constituição do vínculo contratual, evidente, por exemplo, na cobertura dos direitos de personalidade ao candidato a emprego reconhecida pelo CT, reforçou-se ainda com a tutela dos direitos do candidato na relação de intermediação — art. 25º do DL 260/09, de 25 de Setembro.

[9] Até à data de conclusão do presente texto Portugal não havia ainda concluído o procedimento de ratificação, apesar de aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 3/2015, e de haver sido ratificada por Decreto do Presidente da República, n.º 7/2015, *Diário da República*, I , 12 de Janeiro de 2015.

O REFORÇO DOS DIREITOS DE PARENTALIDADE NO CÓDIGO DO TRABALHO

Helena Salazar [1]

RESUMO: A Lei n.º 120/2015, de 1 de setembro, procedeu à alteração de diversos artigos do Código do Trabalho em matéria de parentalidade. Com esta mudança pretende-se incentivar a natalidade ao promover a conciliação da vida pessoal, familiar e laboral do trabalhador. Tem sido constante a preocupação do legislador nesta matéria, no sentido de dotar a lei de instrumentos bastantes para atingir os objetivos mencionados, notando-se uma evolução significativa na procura da melhoria das condições de trabalho destes trabalhadores. A alteração dos artigos 40.º, 43.º, 55.º, 56.º, 127.º, 144.º, 166.º, 206.º e 208.º- B do Código do Trabalho resultam num evidente reforço dos direitos de maternidade e de paternidade dos trabalhadores, cujos efeitos e repercussões se impõe acompanhar..

PALAVRAS-CHAVE: parentalidade; maternidade; paternidade; conciliação da vida familiar e laboral; Código do Trabalho.

ABSTRACT: Law No. 120/2015 of September 1st has amended several articles on parenting to the Portuguese Labour Code. This change is aimed to specifically boost the birth rate, supporting the reconciliation of work, family and private life of the worker. It has been a consistent concern of the legislator to provide the law of sufficient instruments to achieve its goals, noting a significant prog-

[1] Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Advogada, Professora Adjunta Especialista do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto.

ress in the search of improving the working conditions of parent workers. The amendment of Articles 40, 43, 55, 56, 127, 144, 166, 206 and 208-B to the Portuguese Labour Code results in a clear strengthening of maternity and paternity rights, and it will be critical to follow its impact and outcomes.

KEYWORDS: parenthood; maternity; paternity; reconciling work, family and private life; Labour Code.

1. Aspetos gerais

A Lei n.º 120/2015 de 1 de setembro[2] procedeu à nona alteração ao Código do Trabalho, tendo introduzido modificações em matéria de maternidade e de paternidade[3].

As alterações introduzidas vão no sentido de reforçar alguns dos direitos de parentalidade[4] que estão consagrados nos artigos 33.º a 65.º do Código do Trabalho (CT). Concretamente, as alterações introduzidas verificam-se na licença parental inicial (artigo 40.º CT), na licença parental exclusiva do pai (artigo 43.º CT), em matéria de tempo de trabalho (artigos 206.º e 208.º-B CT), na prestação de trabalho em regime de tempo parcial e de horário flexível e no âmbito do teletrabalho (respetivamente nos artigos 55.º, 56.º e 166.º), na criação de um dever específico de informação do empregador em matéria de parentalidade (artigo 127.º CT), e no agravamento da contraordenação, de leve para grave, pela omissão de comunicação da não renovação de contrato a termo sempre que estiver em causa trabalhadora grávida, puérpera ou lactante (artigo 144.º CT).

Na senda dos objetivos traçados pela Lei n.º 7/2009 de 12 de fevereiro, que aprovou o Código do Trabalho[5], as alterações protagonizadas pela Lei n.º

[2] Esta Lei introduziu também alterações ao Decreto-Lei n.º 91/2009 de 9 de abril e ao Decreto-Lei n.º 89/2009 de 9 de abril, designadamente no que respeita ao direito ao subsídio parental inicial exclusivo do pai, que entraram em vigor apenas com a aprovação do orçamento do estado posterior à sua publicação, ou seja, o orçamento do estado para 2016.

[3] Esta lei retoma a utilização dos termos maternidade e paternidade, reforçando os correspondentes direitos, em vez da referência aos direitos de parentalidade, que desde da alteração ao CT em 2009 tinha vindo a ser utilizada de forma prevalente.

[4] Sobre a proteção da maternidade e da paternidade ver JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, Direito do Trabalho, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 443-452 e CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, "A proteção da Paternidade e da Maternidade no Código do Trabalho", RDES, 2004, ano 43, p. 41-137.

[5] Com interesse para compreender o sentido e alcance das opções legislativas nesta matéria, da exposição de motivos do Código resulta a necessidade de instituir um regime unitário relativamente à igualdade e não discriminação que não se cinja à tradicional proibição de discriminação em função do sexo, propugnando-se o alargamento da duração da licença de paternidade em caso de falecimento da

120/2015 de 1 de setembro visam incentivar a natalidade, reforçando os mecanismos legais de conciliação da vida pessoal, familiar e laboral.

O Código do Trabalho reconhece a maternidade e paternidade como valores sociais eminentes (artigo 33.º n.º 1 CT) e, nessa medida, fixa e desenvolve os direitos de parentalidade, cujo pilar assenta na atribuição às mães e aos pais do direito à licença parental sem perda de quaisquer direitos ou regalias[6]; neste sentido, o legislador português tem procurado dotar a lei de instrumentos bastantes em favor da conciliação da vida profissional com a vida pessoal e familiar[7].

Analisaremos de seguida cada uma das alterações introduzidas pela referida lei.

2. O goz simultâneo da licença parental inicial

A licença parental inicial, tratada no artigo 40.º CT, tem a duração de 120 dias ou de 150 dias consecutivos que devem gozados após o parto pela mãe ou pelo pai trabalhadores, de forma partilhada se assim o entenderem, respeitando todavia os períodos de licença parental exclusiva da mãe consagrados no artigo 41.º n.º 2 CT.

A este artigo foram aditados dois números, passando o n.º 2 e o n.º 6 a conter as alterações introduzidas pela lei de 1 de setembro de 2015.

A principal e mais relevante novidade que se regista na licença parental inicial resulta de no primeiro daqueles números se permitir que o gozo desta licença possa ser usufruído em simultâneo por ambos os progenitores[8].

Tal direito existe igualmente na licença por adoção por força da remissão do n.º 1 do artigo 44.º CT.

Consagra a lei que os progenitores usufruam deste direito em simultâneo, se assim o desejarem, devendo cada um deles cumprir os procedimentos para comunicar essa intenção aos seus empregadores.

A única limitação que a lei contempla ao exercício em conjunto da licença parental inicial, respeita à situação de os dois progenitores trabalharem na mes-

mãe, aumentando-se o período durante o qual a mãe ou o pai têm direito a recorrer ao trabalho a tempo parcial, e incrementando-se a idade do filho de referência para isentar a trabalhadora da obrigatoriedade de prestar trabalho suplementar.

[6] O n.º 2 do artigo 33.º prevê que a mãe e o pai têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação.

[7] Sobre o tema ver MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, "Igualdade, Conciliação da Vida Profissional e Familiar", in Estudos de Direito do Trabalho, I, Almedina, Coimbra, 2003, p. 215-279.

[8] Embora do texto da lei não se colha nenhuma indicação sobre o direito ao recebimento do subsídio parental a ambos os progenitores quando optem pelo gozo em simultâneo da licença, pensamos que outra solução não fará sentido, sob pena de tal faculdade não se apresentar como uma opção exequível.

ma empresa e esta ser uma microempresa, caso em que faz depender o gozo simultâneo da licença do acordo com o empregador.

3. O aumento da licença parental exclusiva do pai

Outro dos institutos alterados pela lei de 1 de setembro de 2015 respeita à licença parental exclusiva do pai prevista no artigo 43.º CT. O sentido da alteração resulta do texto do n.º 1 e traduz-se num aumento desta licença que passa a durar 15 dias úteis, gozados, seguida ou interpoladamente, nos 30 dias seguintes ao nascimento do filho, cinco dos quais devem ser gozados consecutiva e imediatamente após o nascimento. A titularidade desta licença cabe ao pai e o gozo efetivo da licença tem de decorrer no primeiro mês a seguir ao nascimento do filho, deixando-se ao pai a liberdade de escolher quer o momento (dentro do mês seguinte ao nascimento), quer o modo em concreto como pretende usufruí-la (em dias seguidos ou interpolados).

Ao novo período de licença de 15 dias cabe o subsídio parental inicial atribuído ao pai e que corresponde à duração da licença. O direito a este benefício está regulado no Decreto-Lei n.º 91/2009 de 9 de abril que regulamenta a proteção na parentalidade no sistema previdencial e no subsistema de solidariedade, e que também foi alterado no seu artigo 15.º por forma a fazer refletir no montante pago ao pai a duração da licença, aumentada que foi em mais cinco dias úteis.

De notar que o direito ao gozo da licença aumentada pelo pai, e o correspondente direito ao subsídio, apenas é possível a partir da data da entrada em vigor do orçamento do estado de 2016[9], atento o disposto no artigo 5.º da Lei n.º 120/2015 de 1 de setembro, exceção que não se aplicou aos demais direitos previstos nesta lei, os quais podem ser exercidos desde o dia 6 de setembro de 2015.

4. O trabalho a tempo parcial e o horário flexível do trabalhador com responsabilidades familiares

Os artigos 55.º e 56.º CT preveem que o trabalhador com responsabilidades familiares com filho menor de 12 anos ou, independentemente da idade, com filho com deficiência ou doença crónica que com ele viva em comunhão de mesa e habitação, tem direito a trabalhar a tempo parcial ou com horário flexível. Estes direitos podem ser exercidos por qualquer um dos dos progenitores ou por ambos, se assim o desejarem.

[9] A Lei n.º 7-A/2016 de 30 de março aprovou o orçamento do estado para 2016 que entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

Na situação de trabalho a tempo parcial, que corresponde a metade do período normal de trabalho do praticado a tempo completo, o trabalhador pode optar por prestá-lo no período da manhã, no período da tarde ou concentrado em três dias da semana (n.º 3).

No que tange ao horário flexível, o permite-se que o trabalhador possa escolher as horas de início e de termo do período normal de trabalho, dentro de certos limites que não identifica, embora imponha ao empregador que na sua fixação cumpra as indicações das alíneas a), b) e c)[10].

Pode ainda o trabalhador em regime de horário flexível trabalhar seis horas consecutivas e até dez horas em cada dia, cumprindo o período normal de trabalho semanal em média de cada período de quatro semanas (n.º 4).

O trabalho em horário flexível oferece como principal vantagem ao trabalhador permitir o ajuste dos tempos de trabalho de modo a que se tornem conciliáveis as necessidades familiares do trabalhador com as necessidades laborais.

Ambos os institutos sofreram alteração que vai no mesmo sentido e cujo alcance é assegurar a igualdade de oportunidades e de evolução na carreira aos trabalhadores com responsabilidades familiares. Ambas as normas, o n.º 7 do artigo 55.º e o n.º 5 do artigo 56.º CT, visam assegurar ao trabalhador que opte por trabalhar em qualquer dos regimes que essa opção não poderá penalizá-lo em matéria de avaliação e de progressão na carreira.

Esta garantia revela-se absolutamente necessária, pois a questão da discriminação dos progenitores com responsabilidades familiares tem sido uma constante na aplicação das normas laborais, pelo que é premente garantir-lhes que as decisões motivadas pelos interesses familiares e que lhes permitem utilizar os mecanismos legais de trabalho a tempo parcial ou de horário flexível não resultarão em prejuízos futuros na sua avaliação e evolução profissional[11].

5. Alterações em matéria de tempo de trabalho: a adaptabilidade grupal e o banco de horas grupal

Em matéria de tempo de trabalho[12], as alterações, algumas diretamente introduzidas nas normas sobre parentalidade previstas no Código, verificam-se designadamente nos artigos 55.º e 56.º CT que respeitam especificamente ao

[10] O horário flexível deve conter um ou dois períodos de presença obrigatória com duração igual a metade do período normal de trabalho diário.

[11] Como é conhecido, a questão é especialmente relevante por traduzir uma desigualdade de género que quer o Código quer a presente lei pretendem impedir que se verifique.

[12] Sobre o tempo de trabalho ver FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, O Tempo de Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

trabalhador com responsabilidades familiares a que já nos referimos no ponto anterior, e outras introduzidas nos institutos respetivos, em especial no regime da adaptabilidade grupal e nas normas relativas ao banco de horas grupal, respetivamente previstos nos artigos 206.º, 208.º-B CT[13].

A prestação de trabalho em regime de adaptabilidade e ao abrigo do regime do banco de horas foge ao regime tradicional de organização do tempo de trabalho, que neste âmbito é apurado em termos médios. São formas de organização do tempo de trabalho que denotam maior flexibilidade na gestão do tempo de trabalho dos trabalhadores que as executam, revelando-se difíceis de conciliar com situações familiares exigentes, com particular acuidade com os desafios e exigências da parentalidade[14].

Quer a adaptabilidade quer o banco de horas grupal, quando aplicáveis, obrigam o trabalhador inserido no conjunto dos trabalhadores abrangidos a sujeitar-se à prestação de trabalho em termos médios, podendo o limite diário do período normal de trabalho ser aumentado até quatro horas e a duração semanal atingir sessenta horas.

Neste contexto, e pelo agora disposto nos artigos 206.º n.º 4 b) e 208.º- B n.º 3 b) CT, passa a incluir-se nos casos excecionais em que se admite a não prestação de atividade nos regimes de adaptabilidade e de banco de horas grupal, as situações em que o trabalhador seja progenitor de filho menor de 3 anos de idade e sempre que não manifeste por escrito a sua concordância com a prestação de trabalho nos termos previstos nestas normas.

6. Alterações na prestação de trabalho em regime de teletrabalho

A prestação de trabalho em regime de teletrabalho é um instrumento que favorece a conciliação da vida familiar e pessoal com a vida profissional do trabalhador[15], e que, ao mesmo tempo, permite alcançar outros objetivos de politica laboral como a diminuição do absentismo.

[13] Como é conhecido, os progenitores gozam também de regimes especiais no que tange à prestação de trabalho suplementar e de trabalho noturno, respetivamente previsto nos artigos 59.º e 60.º CT.

[14] De acordo com a previsão do artigo 58.º CT, a trabalhadora grávida, puérpera ou lactante tem direito a ser dispensada de prestar trabalho em horário organizado de acordo com o regime de adaptabilidade, de banco de horas ou de horário concentrado, direito que se estende aos casos de aleitação quando afete a sua regularidade.

[15] O artigo 165.º CT define o teletrabalho como a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação. Sobre o teletrabalho, ver MARIA REGINA REDINHA, "Teletrabalho", in II Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Memórias, Almedina, Coimbra, 1999, p. 81-102.

As alterações introduzidas neste tema pela Lei n.º 120/2015 inserem-se nos números 3 e 4 do artigo 166.º CT.

Pelo n.º 3 do artigo 166.º passa a ser motivo justificativo da prestação de trabalho em teletrabalho (e que acresce às demais situações já existentes na lei) a situação de o trabalhador ser pai de filho de idade até 3 anos. As condições para que o trabalho passe a ser desempenhado à distância, são a de o teletrabalho ser compatível com a atividade desempenhada pelo trabalhador e que a entidade patronal disponha de recursos e meios para a execução do contrato por esta via.

Acresce que, verificando-se os requisitos supra enunciados, o empregador não pode opor-se ao pedido do trabalhador, conforme evidencia o n.º 4 do artigo 166.º CT.

Com efeito, o facto de o sujeito poder exercer a atividade contratada no espaço físico do seu lar, ou fora dele sem se deslocar à empresa, representa uma enorme mais valia sob o ponto de vista da conciliação daqueles dois interesses. Pois, além de não gastar tempo nas deslocações entre o local de trabalho e a sua habitação, e vice-versa, estes mecanismos permitem-lhe uma melhor gestão e aproveitamento do tempo, relativamente à maioria dos trabalhadores, cujas deslocações para e do local de trabalho lhes ocupam uma parte substancial das rotinas do seu dia-a-dia, tempo esse que poderia ser canalizado para os interesses e necessidades familiares. Em suma, a figura representa uma maior disponibilidade para a família, quer pelos tempos que o trabalhador economiza, quer pela maior proximidade relativamente aquela.

7. O dever de informação do empregador

Uma outra das alterações protagonizadas pela Lei n.º 120/2015 de 1 de setembro traduz-se na introdução do n.º 4 do artigo 127.º CT.

A norma em referência cria para o empregador o dever de afixar nas instalações da empresa toda a informação sobre legislação referente ao direito de parentalidade, ou se for elaborado regulamento interno a que alude o artigo 99.º, consagrar no mesmo toda a legislação.

A previsão da norma legal em referência procura essencialmente garantir que, por qualquer dos meios previstos - afixação nas instalações da empresa ou inclusão da informação no regulamento interno - cheguem ao efetivo conhecimento dos trabalhadores todas as normas aplicáveis na empresa em matéria de parentalidade[16].

[16] Embora se pudesse considerar que este dever do empregador caberia na formulação geral do n.º 1 do artigo 127.º, cremos que se revela de interesse a sua previsão expressa como dever da entidade

Tal desiderato é igualmente conseguido quando a empresa tiver regulamento interno elaborado nos termos do artigo 99.º, situação em que está igualmente obrigada à sua publicitação na sede da empresa e nos locais de trabalho, facto que condiciona a produção dos seus efeitos (artigo 99.º n.º 3 CT).

O conhecimento dos direitos e obrigações das partes revela-se absolutamente essencial para a sua aplicação eficaz, sendo, por conseguinte, essencial o conhecimento das normas que compõem os direitos de parentalidade na empresa, por forma a serem conhecidas e efetivamente aplicadas.

8. Agravamento da contraordenação por falta de informações relativas ao contrato a termo

A última das alterações introduzida pela Lei n.º 120/2015, e cuja referência se impõe, resulta no agravamento da contraordenação devida pela falta de comunicação pelo empregador à Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (CITE) do motivo da não renovação do contrato de trabalho a termo sempre que esteja em causa uma trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, e que deve ocorrer no prazo de cinco dias úteis a contar da cessação desse contrato. Com efeito, o n.º 5 do artigo 144.º CT passou a considerar como grave esta omissão do empregador, cominação essa que anteriormente a lei considerava ser leve[17].

Este mecanismo procura reforçar as garantias do trabalhador quanto ao cumprimento do dever informativo do empregador na revelação à CITE da causa de não renovação do contrato de trabalho a termo[18].

Com efeito, a referida comunicação assegura que a não renovação do contrato de trabalho a termo certo de trabalhadora abrangida pelo n.º 3 do mesmo artigo, não surge como manifestação de retaliação pelo empregador decorrente do exercício dos direitos em matéria de maternidade que o Código do Trabalho genericamente assegura às trabalhadoras.

patronal, não restando de ora em diante quaisquer dúvidas quanto à existência de tal obrigação.

[17] Quanto ao valor da contraordenação grave e respetivos limites mínimo e máximo: as alíneas a) a e) do n.º 3 do artigo 554.º CT referem os seus limites, dependo a sua fixação concreta do volume de negócios da empresa e da sua prática ser negligente ou dolosa.

[18] No mesmo sentido se insere a previsão da Lei n.º 133/2015 de 7 de setembro que exclui a atribuição de subsídios ou subvenções públicas ao empregador que nos dois últimos anos que precederam a apresentação da candidatura tenha sido condenado por sentença transitada em julgado pelo despedimento ilícito de trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes, o que deve ser comunicado pelos tribunais à CITE.

Conclusões

O pilar em torno da proteção da maternidade e da paternidade é garantido pelo gozo das licenças parentais e, nessa medida, o gozo simultâneo da licença parental inicial por ambos os progenitores e o aumento da duração da licença exclusiva do pai configuram avanços consideráveis, representando um reforço efetivo dos direitos de maternidade e de paternidade, objetivo último da desta lei.

As alterações recentes em matéria de adaptabilidade grupal e de banco de horas grupal, em que a lei configura como regime excecional para não prestação de trabalho nestes regimes a situação dos progenitores com filho menor de três anos, é de extremo relevo para garantir a conciliação da vida pessoal, familiar e profissional.

Ao trabalhador com responsabilidades familiares que recorra ao trabalho a tempo parcial e ao horário flexível garante-se que não resultam prejuízos na avaliação futura e na progressão na carreira, o que se repercute na necessária segurança para o exercício de tais direitos.

No domínio do teletrabalho alarga-se o seu campo de aplicação, colocando-se no trabalhador a decisão de assim executar o seu contrato, o que só não acontecerá se a atividade não o permitir e o empregador não dispuser de meios para a execução do trabalho à distância.

Em simultâneo, preveem-se mecanismos garantísticos quer através do dever de publicitação pelo empregador por via da afixação nas instalações da empresa de toda a legislação sobre parentalidade, assegurando o exercício efetivo de tais direitos, quer agravando-se a contraordenação devida por falta da comunicação do motivo para não renovação de contrato a termo de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante.

Em face das alterações, que contribuem para o reforço dos direitos de parentalidade, é decisivo acompanhar os seus efeitos e resultados de forma próxima, só assim sendo possível com evidência confirmar a sua efetividade e contribuição para o objetivo social de incentivar a natalidade em Portugal.

Bibliografia

CARVALHO, Catarina de Oliveira, "A Proteção da maternidade e da paternidade no Código do Trabalho", *RDES*, 43, 2004, p. 41-137

FERNANDES, Francisco Liberal, *O Tempo de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012

GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, "Igualdade, Conciliação da Vida Profissional e Familiar", in *Estudos de Direito do Trabalho*, I, Almedina, Coimbra, 2003, p. 215-279

REDINHA, Maria Regina, "Teletrabalho", *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Memórias*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 81-102

PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA: CONTRATO COM PLURALIDADE DE EMPREGADORES

ALARGAMENTO DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO MEDIANTE ALTERAÇÃO DOS REQUISITOS MATERIAIS

Diogo Rodrigues da Silva [1]

RESUMO: O artigo 101.º do Código do Trabalho prevê o designado Contrato de Trabalho com Pluralidade de Empregadores, instituto que vem sendo residualmente aplicado no praticum jurídico- laboral e catalisador de querelas doutrinais constantes, muito embora seja de uma utilidade manifestamente positiva se recebendo ajustes cosméticos aos seus requisitos materiais.

Destarte, aquilo que sugerimos será uma alteração legislativa em que se alteram os requisitos materiais da norma - mormente a alteração da restrição da aplicação deste Instituto

PALAVRAS-CHAVE: Flexibilização da utilização dos Recursos Humanos; Salvaguarda dos Direitos dos trabalhadores; Gestão de Custos da Atividade das Entidades Patronais; Promoção do Emprego; Combate ao Trabalho Informal.

PALABRAS CLAVE: Facilitar el uso de los recursos humanos; Salvaguardia de los derechos de los trabajadores; Gestión de costes de las Entidades Patronales; Fomento al empleo; combate al trabajoinformal.

KEYWORDS: Flexibilization of the human resources use; Safeguarding the workers rights; Cost management of the employers activity; Promoting employment; Fight against informal Employment.

[1] Advogado Estagiário.

Para bom entendimento deste tema, começarei por enquadrar historicamente esta figura do contrato de trabalho com pluralidade de empregadores e a sua evolução até ao atual Código do trabalho, partindo em seguida para uma breve explanação da problemática em redor desta matéria, e, finalmente, terminarei com a exposição da tão aguardada proposta de alteração legislativa neste âmbito que dá nome e titula a presente comunicação.

1. Enquadramento Histórico

O contrato de trabalho com pluralidade de empregadores foi uma das inovações introduzidas pelo Código de 2003, possibilitando a contratação de um trabalhador por mais do que um empregador, em casos concretamente determinados, sendo, nessa época, uma figura ímpar relativamente aos restantes ordenamentos jurídicos que nos são próximos e tanto nos emprestam.

Deste modo, consagrava o legislador em 2003, um instituto que alterava o paradigma em torno da figura do contrato de trabalho típico, pretendendo adequar a realidade jurídica à realidade prática, onde já eram celebrados contratos com pluralidade de empregadores, mormente quando existia uma determinada relação de partilha estrutural ou de meios entre os empregadores, ou ainda em casos de especiais relações societárias, como o caso mais óbvio dos grupos empresariais ou das sociedades de participações recíprocas (que eram cada vez mais recorrentes). Pretendia-se com a introdução deste instituto, facilitar e promover a contratação de trabalhadores por parte dos empregadores, tornando mais flexível a gestão dos seus recursos humanos (penitencio-me pela utilização desta expressão, a qual só utilizo para proceder a uma explanação científica o mais assertiva possível, sabendo que os "recursos humanos" são pessoas) em organizações societárias com alguma complexidade e, necessariamente, com significativa dimensão.

Ora. Se por um lado, o legislador podou a velha noção do contrato de trabalho enquanto negócio jurídico estritamente bilateral, em que existiam apenas duas declarações de vontade, onde o trabalhador se propunha a prestar trabalho a um empregador, o qual, recebendo a prestação do trabalho, pagaria uma retribuição. Por outro lado, concretizou uma relevante atualização jurídica de adequação prática, que pretendia solver as dúvidas jurisprudenciais que se vinham levantando e os crescentes litígios que proliferavam em torno desta matéria.

Na sequência do Código de 2003, esta figura do contrato de trabalho com pluralidade de empregadores – aí prevista no artigo 92.º - sofreu algumas alter-

ações mas apenas na sua redação, visto que os pressupostos e o modo de aplicação desta figura não foram alterados, mantendo-se com todas as suas vantagens e desvantagens, benefícios e problemáticas.

No atual Código do Trabalho, este regime encontra-se previsto no artigo 101.º, continuando suscetível de críticas acérrimas e de dúvidas sucessivas, aguardando-se uma alteração legislativa que venha, em primeira linha, consolidar as decisões jurisprudenciais que vêm sendo proferidas, bem ainda, regulamentar o instituto por forma a solver as questões que vêm sendo levantadas, e as questões por levantar que vêm sendo hipotizadas e que ainda não têm resposta legal.

2. Análise Crítica Do Regime Atual

Para melhor se entender a problemática em redor deste instituto do contrato de trabalho com pluralidade de empregadores, previsto no artigo 101.º do Código do trabalho, será essencial analisar previamente o artigo, o qual tem a seguinte redação:

Artigo 101.º
Pluralidade de empregadores

1. *O trabalhador pode obrigar-se a prestar trabalho a vários empregadores entre os quais exista uma relação societária de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, ou que tenham estruturas organizativas comuns.*
2. *O contrato de trabalho com pluralidade de empregadores está sujeito a forma escrita e deve conter:*
   a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes;
   b) Indicação da atividade do trabalhador, do local e do período normal de trabalho;
   c) Indicação do empregador que representa os demais no cumprimento dos deveres e no exercício dos direitos emergentes do contrato de trabalho.
3. *Os empregadores são solidariamente responsáveis pelo cumprimento das obrigações decorrentes do contrato de trabalho, cujo credor seja o trabalhador ou terceiro.*
4. *Cessando a situação referida no n.º 1, considera-se que o trabalhador fica apenas vinculado ao empregador a que se refere a alínea c) do n.º 2, salvo acordo em contrário.*
5. *A violação de requisitos indicados nos n.º 1 ou 2 confere ao trabalhador o direito de optar pelo empregador ao qual fica vinculado.*
6. *Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n.º 1 ou 2, sendo responsáveis pela mesma todos os empregadores, os quais são representados para este efeito por aquele a que se refere a alínea c) do n.º 2.*

Basta a leitura deste artigo para não se poder duvidar da utilidade e pertinência de em 2003 o legislador ter consagrado expressamente este instituto. Basta também ler este artigo para se lhe colocar uma série de interrogações.

Quanto aos requisitos formais nada a dizer, ficando expresso que a celebração deste contrato carece de forma escrita.

Já assim não será quanto aos requisitos materiais. O que é para o Direito do Trabalho uma estrutura comum, uma relação societária de participações recíprocas, de grupo, de domínio? Repare-se que não encontramos nenhuma definição no Direito do Trabalho para estes conceitos. Devemos então entender, em conformidade com a generalidade da doutrina que se deverá entender estes conceitos nos mesmos termos do Direito Comercial, nos termos dos artigos 482.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais.

E se o contrato de trabalho não for *ab initio* um contrato com pluralidade de empregadores, mas esta pluralidade se formar por aditamento ao contrato superveniente, de forma sucessiva? Parte da doutrina discorda que possa ser admitido contrato de trabalho com pluralidade de empregadores sucessivo ou superveniente – vertente doutrinal na qual eu me revejo – por ser uma alteração substancial ao contrato de trabalho e à subordinação jurídica (elemento essencial da relação laboral). No fundo, é uma alteração tão abrupta da relação laboral que parece ferir o princípio do "*pacta sunt servanda*" ou cumprimento pontual dos contratos (artigo 406.º do Código

Civil), vendo o trabalhador a sua subordinação jurídica distribuída por mais do que uma entidade patronal, podendo nunca ter previsto tal relação contratual, ou sentir-se empurrado para aceitar esta alteração sob pena de ver cessado o vínculo contratual laboral original.

Ainda quanto aos requisitos materiais, parece que este instituto está à partida limitado quanto à sua aplicação, não indo ao encontro da maioria do tecido empresarial português composto essencialmente por empresas detidas por pessoas singulares. Resta, assim, óbvia a intenção do legislador em dirigir este instituto para aplicação a estruturas societárias mais complexas, com dinâmicas relacionais mais entrelaçadas.

No entanto, o legislador abriu porta a outras aplicações quando permitiu que estruturas organizativas comuns - como será o caso de dois médicos que arrendam um imóvel para montarem uma clínica e contratam uma funcionária administrativa comum aos dois, visto que os meios são partilhados e o local do desenvolvimento da atividade é o mesmo, ou ainda o caso de advogados em prática isolada que partilham meios e contratam uma rececionista – dando a

entender que não só releva, para ser admissível este tipo de vínculo contratual laboral plural quanto ao empregador, a relação societária próxima, engrenada, concertada, mas também a vertente física, de massa, de meios.

Mais, tem sido colocada em causa a forma como está regulada a representação dos Empregadores (alínea c) do n.º 2 do artigo em escrutínio) nas obrigações emergentes deste contrato de trabalho, que atribui margem para a fraude e coloca em *check* as garantias do trabalhador, desde logo porque não limita qual das entidades patronais deverá ser a representante, deixando tal matéria para a liberdade decisória das partes. Acontece que a Entidade Patronal representante poderá ser a entidade mais frágil, deixando fragilizado o princípio constitucional da segurança no emprego (artigo 53.º da CRP) e os demais princípios basilares do direito laboral.

Nesta matéria, discordo dos receios da doutrina neste âmbito, desde logo, porque não podemos gerar desconfiança sobre as Entidades Patronais, assumindo de imediato que estão numa posição privilegiada relativamente ao trabalhador, pretendendo de má-fé prejudicar os trabalhadores ou salvaguardar-se em caso de crise económica ou financeira, mas também, e sobretudo, porque o legislador veio, no n.º 3 deste artigo (demonstrando que também não é ingénuo), prever expressamente o regime do cumprimento solidário das obrigações pelos empregadores emergentes destes contratos de trabalho, permitindo que em caso de litigio o colaborador possa peticionar a indemnização devida e créditos laborais na totalidade a um qualquer coempregador (nestes casos recorrerá ao que estiver económico-financeiramente mais vigoroso), sendo que este depois terá direito de regresso junto dos demais coempregadores. Desta forma, pretendeu-se apenas tornar menos formal a gestão burocrática dos trabalhadores partilhados com outros empregadores - uma espécie de *simplex* nesta matéria – permitindo que uma entidade patronal assuma exclusivamente os encargos e obrigações inerentes à relação laboral em representação das demais.

Por esta via conseguiu-se que exista apenas uma inscrição na segurança social, um único vínculo jurídico, um único seguro de acidentes de trabalho, uma única retribuição (que poderá ser partilhada ou não) e ainda contribuições para a Segurança Social únicas (partilhada ou não), o que se traduz numa flexibilização e otimização na utilização dos recursos humanos das empresas ou outras entidades empregadoras, redução de custos com contribuições para a Segurança Social e uma alternativa à cedência ocasional de trabalhadores, ainda que muito limitada pelo âmbito material de aplicação, conforme *supra* referi.

Sucede ainda, que o legislador consagrou uma solução para a falha superveniente dos pressupostos materiais do contrato de trabalho celebrado nestes moldes (ou seja, se falhar esta especial relação societária ou de meios estruturais), tendo determinado que a entidade que assumiria o lugar de única empregadora seria aquela que tivesse sido escolhida no contrato de trabalho como a entidade empregadora representante das demais, colocando, no entanto, a possibilidade de não funcionar nestes exatos moldes se houver acordo entre as partes.

No caso de violação dos requisitos formais e materiais terá o trabalhador direito de opção, isto é, pode o trabalhador optar pela Entidade Patronal que melhor servir os seus interesses.

Outra problemática, assenta no exercício dos poderes dos coempregadores sobre o trabalhador, nomeadamente o poder de direção e o poder disciplinar. É omisso o legislador a este respeito. No concernente com o poder de direção, parece que por uma questão de lógica jurídica e mediante interpretação extensiva do artigo 101.º, se deverá assumir que o poder diretivo deverá ser exercido por todos os coempregadores em conjunto, sendo que, em caso de conflito deveria dirimir o empregador representante. Não parece tão assertiva esta solução se pensarmos no poder disciplinar. Pense-se no caso da instauração a um trabalhador, parte num contrato de trabalho enquadrado neste artigo, de um procedimento disciplinar que resulte em despedimento. O despedimento não deveria ser estendido aos demais coempregadores, atento o facto do vínculo contratual ser único muito embora exista pluralidade de empregadores? Mas, em boa verdade, os factos imputáveis ao trabalhador podem ter sido verificados apenas no exercício das suas funções para um dos empregadores. *Quid júris,* se o legislador nada diz? Bom. Parece aceitável pensar que deveria ser mantido o vínculo contratual apenas com os demais empregadores. Contudo, se pensarmos no contexto de aplicação deste regime, e na umbilical proximidade que o legislador exige para a celebração deste tipo de contrato de trabalho, não se tornaria impossível a subsistência do vínculo contratual laboral para com os demais empregadores? A resposta só poderá ser no sentido de que em caso de procedimento disciplinar que resulte em despedimento, esse despedimento se estenda a todos os empregadores.

Por fim, ainda no âmbito das problemáticas que vão surgindo com a aplicação e estudo deste regime, temos o tema complexo de saber qual será a convenção coletiva de trabalho aplicável a estes trabalhadores, no caso das entidades patronais exercerem atividades distintas entre si. A verdade é que não se sabe. Por maioria de razão, no caso do silêncio das partes, parece aplicar-se a con-

venção coletiva de trabalho aplicável à atividade da Entidade Patronal representante. Estou em crer que a solução passaria por, em primeira instância, aplicar-se a convenção coletiva de trabalho que se aplicasse ao maior número de coempregadores, e, em última instância, utilizar as regras que dirimem conflitos entre convenções coletivas de trabalho.

3. Proposta de Alteração Legislativa

Como vem sendo referido, e colocando de lado as falhas que o regime apresenta e as consequentes dificuldades práticas, o contrato de trabalho com pluralidade de empregadores tem vantagens práticas inegáveis e encontra-se subaproveitado. Acontece que este subaproveitamento se deve essencialmente ao âmbito material por demais restritivo da norma.

Conforme se expôs, este tipo de contrato de trabalho só poderá ser celebrado em situações de entidade empregadoras em situação de utilização/partilha de estrutura comum, relação societária de participações recíprocas, de grupo ou de domínio. Estes requisitos materiais, implicam que as Entidades Patronais sejam estruturas societárias, entendidas em sentido amplo, de grande envergadura, ficando ao dispor apenas dos grandes grupos empresariais, ou, ao dispor de entidades com uma realidade inversa, com pequena estrutura em regime de partilha de meios e estruturas comuns.

No entanto, o tecido empresarial português é maioritariamente composto por sociedades por quotas de pequena e média dimensão. A realidade prática diz-nos que essas sociedades por quotas, não poucas vezes são empresas distintas que têm os mesmos sócios e os mesmos gerentes, que levam a cabo a mesma atividade comercial, que utilizam a mesma marca e demais sinais distintivos de comércio, que recorrem aos mesmos fornecedores, que partilham os mesmos clientes, que são reconhecidas pelo público como um grupo empresarial, e que de forma algo mitigada acabam por constituir verdadeiros grupos empresariais, não juridicamente (nos termos dos artigos 482.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais) mas de facto. É esta a realidade, por exemplo de dois dos sectores mais relevantes em Portugal, o da restauração e o da hotelaria. A explicação para esta realidade é relativamente simples e assenta no facto do nosso ordenamento jurídico tornar, na grande maioria dos casos, mais vantajoso que uma empresa gira um ou dois estabelecimentos comerciais. As vantagens fiscais são evidentes, e a maior facilidade da gestão dos lucros/custos são atrativos para que o tecido empresarial português esteja assim constituído. Mas como resultará agora óbvio, atualmente estes grupos empresariais entendidos em sentido amplo, estão ex-

cluídos do âmbito de aplicação deste normativo, ficando impedidos de usufruir das vantagens que este regime logra obter.

Nesta senda, entendo ser premente uma alteração legislativa neste regime no sentido do alargamento dos requisitos materiais da norma, inserindo a possibilidade de sociedades com a mesma gestão/administração poderem ser coempregadores num contrato de trabalho com um trabalhador.

Uma alteração legislativa desta natureza, culminaria na adequação última do sistema jurídico-laboral com a realidade prática, mas também seria catalisador de uma série de benefícios para empregadores e trabalhadores muitíssimo relevantes, sobretudo no atual contexto económico- financeiro português, e atentas as atuais taxas de desemprego. Bastará pensar que com este regime os custos com um colaborador poderiam ficar à responsabilidade da empresa com melhor saúde financeira, o que permitiria aliviar as empresas mais frágeis de custos com colaboradores, sem perder a prestação efetiva do trabalho destes. Em caso de *ex aequo* entre balanças financeiras das empresas, permitia dividir os custos associados a um colaborador. Esta gestão de custos das empresas permitia aumentar o número de trabalhadores contratados, bem ainda permitia uma flexibilização da utilização dos Recursos Humanos, obtendo assim uma otimização da sua utilização, sempre salvaguardando os direitos e garantias dos colaboradores. Outra vantagem seria o combate ao trabalho informal. A realidade demonstra que é habitual, os empregadores para usufruírem da prestação de trabalho dos seus trabalhadores numa outra empresa inserida numa ótica de grupo em sentido amplo (conforme vimos falando), terem um contrato de trabalho numa empresa e proporem um contrato de prestação de serviços com a outra empresa. Este mecanismo implica que, das duas uma, o colaborador emita um recibo verde enquanto trabalhador por conta de outrem (condição que é falsa) ou o empregador pague o seu salário em dinheiro, através de ganhos não faturados, obtidos fora do circuito formal. Da minha experiência, é regular ser o próprio trabalhador quem toma iniciativa em pedir o pagamento em dinheiro "por fora" para não ter encargos acrescidos, sobretudo com contribuições e tributação adicional. Ademais, a vontade de ganhar mais algum dinheiro ao final do mês, e a possibilidade de o fazer fora do circuito legal enfatizam cada vez mais estes mecanismos de contorno da Lei entre empregador e trabalhador em conluio (o que só dificulta a fiscalização e a deteção de situações irregulares pela Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT).

Destarte, uma alteração legislativa com este objeto permitiria combater de forma sub- reptícia e amigável o combate a este trabalho informal que está insta-

lado e que é insondável e impossível de fiscalizar pela ACT.

Por fim, é de ressalvar que esta mobilidade adicional dos trabalhadores pretende respeitar sempre os direitos e garantias dos mesmos, tanto retributivos como ao nível da segurança no emprego e das condições gerais da prestação do seu trabalho, sendo no fundo uma harmonização simbiótica entre a proteção do trabalhador e da defesa dos interesses empresariais (empregadores) que promove e impulsiona a economia e a criação de novos postos de trabalho.

O "NOVO" REGIME DO FUNDO DE GARANTIA SALARIAL

APRECIAÇÃO CRÍTICA E COMPARATIVA COM O FOGASA [1]

Inês Castelo Branco [2]

SUMÁRIO: 1. Introdução — a evolução legislativa (breve referência). 2. Análise do Decreto-Lei n.º 59/2015, de 21 de abril. 2.1. O que não foi alterado. 2.2. O que foi alterado. 2.3. O que deveria (ou não) ter sido alterado. 3. Apreciação comparativa com o FOGASA. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

CONTENTS: 1. Introduction — legislative developments (brief reference). 2. Analysis of Decree-Law n.º 59/2015 of April 21.. 2.1. What was unchanged. 2.2. What was changed. 2.3. What should (or not) have been changed. 3. Comparative analysis with FOGASA. 4. Conclusion. 5. Referencies.

[1] Lista de abreviaturas utilizadas: FGS - Fundo de Garantia Salarial; FOGASA — Fondo de Garantía Salarial; CT — Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro; CT 2003 — Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto; RCT — Regulamentação do Código do Trabalho, aprovada pela Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho; CIRE — Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pela Lei n.º 53/2004, de 18 de Março; PER — Processo Especial de Revitalização, introduzido no CIRE, dos artigos 17.º-A a 17.º-H, pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril; SIREVE - Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 178/2012, de 3 de agosto; CC — Código Civil; ET — Estatuto de los Trabajadores, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo

[2] Assistente Convidada na Escola Superior de Estudos Industriais e de Gestão, do Instituto Politécnico do Porto. Advogada na Sociedade de Advogados Capitão, Rodrigues Bastos, Areia & Associados. Doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

PALAVRAS-CHAVE: Fundo de Garantia Salarial; trabalhadores; insolvência; créditos salariais; Espanha; Portugal.

KEYWORDS: Salary Guarantee Fund; workers; insolvency; salary claims; Spain; Portugal.

1. Introdução — a evolução legislativa (breve referência)

O FGS está previsto no nosso CT como uma das garantias dos créditos do trabalhador[3], especificamente quando estes não possam ser pagos pelo empregador por motivo de insolvência ou de situação económica difícil.

De acordo com o artigo 336.º do CT, esse pagamento é assegurado nos termos previstos em legislação específica, agora no Decreto-Lei n.º 59/2015, de 21 de abril.

Este Decreto-Lei é o último diploma de uma evolução legislativa[4] que, internamente, começou nos anos oitenta, com o Decreto-Lei n.º 50/85, de 27 de fevereiro.

Na verdade, esse diploma não criou propriamente o FGS, mas constituiu uma primeira abordagem do nosso legislador quanto à implementação em Portugal de um mecanismo de garantia dos créditos dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador, dado que previa o pagamento das retribuições devidas e não pagas pela entidade empregadora declarada extinta, falida ou insolvente, desde que tal declaração implicasse a cessação dos contratos de trabalho, pagamento esse suportado pelo orçamento do Gabinete de Gestão do Fundo de Desemprego[5].

---

[3] O FGS "faculta meios de pronta efectivação desses créditos", nas palavras de António Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, 14.ª edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 465; de "pagamento antecipado", nas palavras de Maria do Rosário Palma Ramalho, «Os trabalhadores no processo de insolvência», in *III Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2015, p. 404; ou, ainda, o FGS acaba "por funcionar, em determinadas situações, como uma espécie de fiador *ope legis* das obrigações emergentes do contrato de trabalho", nas palavras de João Leal Amado, *Contrato de Trabalho*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 334.

[4] Sobre a evolução legislativa até ao CT 2003 e à RCT, *vd.* Maria Adelaide Domingos, «A tutela dos créditos laborais através do Fundo de Garantia Salarial», in *XI-XII Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, António Moreira (coord.), Coimbra, Almedina, 2009, pp. 251 a 254. Incluindo, já, o Decreto-Lei n.º 59/2015, de 21 de abril, *vd.* Maria do Rosário Palma Ramalho, ob. cit., p. 405.

[5] Maria Adelaide Domingos, ob. cit., p. 251.

Este Decreto-Lei veio na senda da Diretiva n.º 80/98/CEE, a qual dispunha que os Estados-membros tomariam as medidas necessárias para que fosse assegurado por instituições de garantia o pagamento dos créditos em dívida aos trabalhadores assalariados emergentes de contratos de trabalho ou de relações de trabalho.

O FGS foi, ao invés, criado pelo Decreto-Lei n.º 219/99, de 15 de Junho, o qual compatibilizou a legislação nacional com a referida Diretiva n.º 80/98/CEE[6]. O FGS, por oposição à situação anterior, foi instituído com a natureza própria de um fundo autónomo, consequentemente dotado de personalidade jurídica e de autonomia administrativa, patrimonial e financeira, cujas atribuições são as de assegurar o pagamento de créditos emergentes de contratos de trabalho ou da sua recuperação ou da sua cessação e promover a respetiva recuperação[7].

Por seu turno, o Decreto-Lei n.º 219/99, de 15 de junho foi revogado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de agosto, que aprovou o CT 2003. Contudo, a revogação só produziria efeitos após a entrada em vigor das normas regulamentares do CT 2003, o que veio a acontecer a 28 de agosto de 2004, com a entrada em vigor da Lei n.º 35/2004, de 29 de julho, que aprovou a RCT.

Damos nota que o nosso CIRE foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, e entrou em vigor em setembro de 2004. Portanto, é um diploma cuja publicação precedeu a publicação da RCT, mas que entrou em vigor posteriormente.

Entretanto, a nível comunitário, foi aprovada a Diretiva n.º 2008/94/CE, que revogou a Diretiva anterior.

A nível interno, a Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, que aprovou o CT, revogou o CT 2003 e a RCT, em fevereiro de 2009. Todavia, matérias houve, e uma delas foi a relativa ao FGS, cuja revogação só produziria efeitos a partir da entrada em vigor do diploma que regulasse a mesma matéria.

Com efeito, verifica-se, assim, que a referida revogação só produziu efeitos passados 6 anos.

Nesta dilação temporal, ficou por transpor a Diretiva n.º 2008/94/CE.

Nesta dilação temporal, o nosso CIRE sofreu alterações, em particular em 2012, com a Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, que introduziu o PER. E o Decreto-Lei n.º 178/2012, de 3 de agosto criou o *SIREVE, e revogou o* procedimento extrajudicial de conciliação, que se encontrava regulado no Decreto-Lei n.º 316/98, de 20 de outubro.

[6] Maria Adelaide Domingos, ob. cit., p. 251.

[7] Cfr. o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 219/99, de 15 de junho e o artigo 1.º do Regulamento do Fundo de Garantia Salarial, publicado em anexo ao Decreto-Lei n.º 139/2001, de 24 de Abril.

Urgia transpor a referida Diretiva e urgia adaptar o regime jurídico do FGS às alterações que foram surgindo no nosso Direito da Insolvência.

E, fruto dessa dupla necessidade, surgiu, então, o Decreto-Lei n.º 59/2015, de 21 de abril, que entrou em vigor a 4 de maio do ano passado, e que substituiu o regime anteriormente previsto na RCT, nos artigos 316.º a 326.º.

2. Análise d Decreto-Lei n.º 59/2015, de 21 de abril

2.1. O que não foi alterado

Começamos por referir o que não foi alterado por este diploma face ao regime jurídico anteriormente vigente, permitindo-nos destacar três aspetos.

1. Não foram alterados os créditos abrangidos pela garantia de pagamento concedida pelo FGS, que são "os créditos emergentes do contrato de trabalho e da sua violação ou cessação" (artigo 1.º, n.º 1 e artigo 2.º, n.º 1[8]).

2. Por outro lado, manteve-se, igualmente, como período de referência para a definição dos créditos laborais cujo pagamento será assegurado pelo FGS, os que se tenham vencido no período dos 6 meses anteriores à propositura da ação (artigo 2.º, n.º 4). E, ainda a este propósito, manteve-se, igualmente, que, caso não existam créditos vencidos no período de referência ou o seu montante seja inferior ao limite máximo que o Fundo assegura, este assegura o pagamento, até àquele limite, de créditos vencidos após o referido período de referência (artigo 2.º, n.º 5).

3. Por último, manteve-se como limite das importâncias pagas o "limite máximo global equivalente a seis meses de retribuição, e com o limite máximo mensal correspondente ao triplo da retribuição mínima mensal garantida" (artigo 3.º, n.º 1).

2.2. O que foi alterado

Por outro lado, quanto às alterações que foram promovidas pelo diploma que estamos a analisar, destacamos o seguinte.

[8] Na ausência de referência legal a diploma específico, deve entender-se que nos referimos ao Decreto-Lei n.º 59/2015, de 21 de abril.

1. O Decreto-Lei reuniu, num único[9] diploma, matéria que se encontrava dispersa por dois diplomas: os aspetos substantivos que se encontravam previstos na RCT[10] e os aspetos organizativos, financeiros e procedimentais, que se encontravam previstos no Regulamento do FGS, aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 139/2001, de 24 de Abril.

2. Há expressa previsão de pagamento a trabalhadores de empresas em recuperação, com a introdução do artigo 1.º, n.º 1, b), o qual faz expressa referência ao PER.

O que não quer dizer que entendamos, e, desde já, avançamos que não entendemos, que, no regime anterior a este diploma, esses trabalhadores não tinham direito a ser pagos pelo FGS.

Salvo o devido respeito, discordamos, portanto, de quem entende que o diploma alargou o Fundo a trabalhadores de empresas em recuperação, que até à entrada em vigor deste diploma a ele não tinham direito, dado que, até aí, o FGS apenas abrangia trabalhadores de empresas declaradas insolventes pelo tribunal ou que tivessem iniciado o processo de recuperação por via extrajudicial[11].

Voltando ao Código do Trabalho (e é indiferente se ao de 2003 ou de 2009, porque a redação dos artigos é coincidente), este diz-nos que o FGS assegura o pagamento dos créditos laborais que não possam ser pagos pelo empregador por motivo de insolvência ou de situação económica difícil (e sublinhamos esta última parte), nos termos previstos em legislação especial.

A legislação especial vigente até 2015 (de 2004) foi gizada antes de ter sido previsto o PER (de 2012), pelo que, naturalmente, não poderia ela prever esse

[9] Apontando como alteração a "unificação do regime", Maria do Rosário Palma Ramalho, ob. cit., p. 405.

[10] José João Abrantes, «O Fundo de Garantia Salarial nos processos de insolvência e de revitalização», in *III Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2015, p. 410.

[11] José João Abrantes, ob. cit., pp. 410 e 441. Em complemento, diz o Autor que "[s]em protecção ficavam, pois, os trabalhadores de empresas que recorressem ao PER (Processo Especial de Revitalização, instituído pela Lei n.º 16/2012, de 20.04) ou que tivessem planos de recuperação aprovados e homologados pelo tribunal — o que tinha como consequência o facto de haver muitos trabalhadores que optavam por votar contra planos de recuperação da empresa, para não ficarem excluídos do recurso ao Fundo e, assim, poderem pelo menos receber parte dos salários que têm em atraso. Com o novo regime, todos os trabalhadores de empresas em situação económica difícil, mesmo que estejam alocadas ao PER ou com um qualquer outro plano de recuperação aprovado, passaram a ter acesso ao Fundo (art. 1.º)" (p. 441). Nessa mesma página, em nota de rodapé (n.º 5), aponta, ainda, o referido Autor que se entendia "maioritariamente que o regime do FGS, não tendo sido adaptado às alterações introduzidas no Código da Insolvência em 2012 (…), não podia enquadrar os instrumentos de recuperação então criados (…)". No mesmo sentido, Maria do Rosário Palma Ramalho, ob. cit., p. 405: "do ponto de vista substancial, o novo regime jurídico do Fundo de Garantia Salarial difere do anterior essencialmente pela sua maior abrangência, uma vez que o acesso ao Fundo passa a ser garantido não só no âmbito das empresas objecto de declaração judicial de insolvência mas também nas empresas que estejam em Processo Especial de Revitalização (PER) ou no âmbito do Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extra-Judicial (SIREVE);".

processo. Previa o que, à altura, existia no ordenamento jurídico[12].

Imporia, então, fazer uma interpretação atualista.

Com efeito, na verdade, de acordo com o artigo 17.º-A, n.º 1 e o artigo 17.º-B do CIRE, o PER destina-se a devedores que se encontrem em situação económica difícil, entendendo-se por situação económica difícil a dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações.

Assim, verifica-se que o PER cabe na previsão do CT.

Por outro lado, uma interpretação sistemática também nos conduz nesse sentido. Por que razão diferenciar o SIREVE[13] do PER[14]?

Ainda com referência à recuperação, e para que se perceba na sua completude o que vamos dizer a seguir, é preciso ter em conta que o FGS indeferia o pagamento de créditos se no processo de insolvência fosse aprovado um plano de insolvência com recuperação da empresa (interpretação com a qual também discordamos).

Diz o legislador, no texto introdutório ao diploma, que, "entendeu-se, porém, ir mais longe", prevendo o novo regime uma norma transitória (artigo 3.º, n.º 3, alíneas a) e b)), que prevê que ficam sujeitos ao novo regime do FGS, sendo objeto de reapreciação oficiosa: a) os requerimentos apresentados, na pendência do PER; b) Os requerimentos apresentados entre 1 de setembro de 2012 e a data da entrada em vigor do novo regime (4 de maio de 2015), por trabalhadores abrangidos por plano de insolvência, homologado por sentença, no âmbito do processo de insolvência.

Esta norma transitória nem necessária seria porque, no nosso entender, nem o facto de ser um PER, nem o facto de ser aprovado plano de insolvência no

---

[12] E, à altura, existia, em sede de recuperação, o procedimento extrajudicial de conciliação, previsto no Decreto-Lei n.º 316/98, de 20 de outubro (*cfr.* artigo 318.º, n.º 2 da RCT).

[13] Que, como se referiu, *revogou o* procedimento extrajudicial de conciliação.

[14] Recordamos, nomeadamente, que ambos os mecanismos surgiram em consequência do "Programa Revitalizar" (*cfr.* Resolução do Conselho de Ministros n.º 11/2012, de 3 de fevereiro), sendo o objeto de ambos promover a recuperação (artigo 1.º do SIREVE e artigo 17.º-A do CIRE). A este propósito, veja-se Catarina Serra, «Revitalização — A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE», in *I Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2013. Entendemos, por útil, transcrever o seguinte excerto: "Compreende-se, então, que o Programa Revitalizar é um programa de execução continuada, cujo conteúdo ainda não se encontra completamente definido. Entre as várias medidas já identificadas conta-se, por um lado, a criação do processo especial de revitalização (PER) e do Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) (…). As primeiras duas medidas já foram concretizadas. A segunda, muito recentemente, com a publicação do DL n.º 178/2012, de 3 de Agosto, não havendo ainda ecos quanto à sua aplicação. A primeira com a publicação da Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, que introduziu aditamentos à lei da insolvência, criando o PER." (p. 87).
Comparando o SIREVE com o PER, veja-se, por exemplo, João Labareda, «Sobre o sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (SIREVE) — apontamentos», in *I Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 78 a 82.

âmbito de processo de insolvência seriam motivos para indeferimento do pagamento pelo FGS.

Esta solução, todavia, mitiga o problema[15].

Contudo, introduz situações iníquas. Basta pensar nos trabalhadores que não apresentaram requerimentos na pendência de PER (por lhes ter sido dito pela Segurança Social que não teriam direito a beneficiar do Fundo), e aqueles que formalizaram o seu pedido junto do FGS antes de 1 de setembro de 2012. E situações há que, com referência à mesma empresa, uns trabalhadores beneficiaram da reapreciação oficiosa, enquanto outros não.

3. Prevê-se, agora, que o pagamento dos créditos pelo FGS deve ser requerido até um ano a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho (artigo 2.º, n.º 8)[16].

Recordamos que, no regime anterior, se previa outro prazo: "O Fundo de Garantia Salarial só assegura o pagamento dos créditos que lhe sejam reclamados até três meses antes da respectiva prescrição" (artigo 319.º, n.º 3 da RCT).

Esta formulação obrigava-nos, então, a verificar o prazo de prescrição dos créditos laborais previsto no CT: a prescrição dos créditos laborais ocorre decorrido um ano a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho.

Assim, havia quem concluísse que o requerimento teria de ser entregue antes de terem passado nove meses do fim do contrato[17].

Vendo desse prisma, a nova solução parece, então, alargar o prazo anteriormente previsto.

Cremos não poder deixar de assim ser a boa interpretação[18], mas chamamos à atenção para o seguinte.

No regime anterior, era expressamente dito que aquele prazo era um prazo de prescrição, pelo que se aplicavam as situações de interrupção e suspensão da prescrição previstos no CC, em particular, nos artigos 323.º e 327.º[19].

Com efeito, rigorosamente, não se poderia dizer, então, que o prazo para apresentação do requerimento era de 9 meses após a cessação do contrato, porque, por exemplo, a reclamação de créditos no próprio processo de insolvência interrompia esse prazo, prazo esse que não começava a correr enquanto não pas-

[15] Fazendo referência a esta norma transitória, e apontando que "só em parte resolve o problema, pois continuam a ficar de fora os trabalhadores de empresas em PER ou com planos de recuperação que nunca tenham chegado a formalizar o pedido de intervenção do Fundo", José João Abrantes, ob. cit., pp.411 e 412.

[16] José João Abrantes, ob. cit., p. 412.

[17] Conclusão que, como veremos, não era inteiramente rigorosa.

[18] Porque o sentido da alteração, segundo cremos, é alargar o prazo, não reduzi-lo.

[19] Maria Adelaide Domingos, ob. cit., p. 264.

sasse em julgado a decisão que pusesse termo ao processo (*in casu*, provavelmente, a sentença de verificação e graduação de créditos).

Sucede que, agora, o regime não fala em, nem remete para a prescrição.

E quando a lei não se refere expressamente à prescrição, diz-nos o artigo 298.º, n.º 2 do CC, que são aplicáveis a esse prazo as regras da caducidade. A que se acrescenta, que o prazo de caducidade não se suspende nem se interrompe, salvo nos casos em que a lei o determine (artigo 328.º).

Este é, aliás, um dos pontos que obriga a uma abordagem comparativa com o FOGASA.

De acordo com o artigo 33.º, n.º 7 do ET, o direito a solicitar do FOGASA o pagamento dos créditos laborais prescreverá após um ano da data do ato de conciliação, sentença, auto ou resolução da Autoridade Laboral que reconheça a dívida de salários ou se fixem as indemnizações, sendo que tal prazo será interrompido pelo exercício das ações executivas ou de reconhecimento do crédito em procedimento concursal e pelas demais formas de interrupção da prescrição.

Salvo o devido respeito, parece-nos que uma redação semelhante a esta, naturalmente com as devidas adaptações à realidade jurídica portuguesa, seria a mais correta.

4. Continuando a nossa análise, destacamos agora que, em consequência da Lei n.º 70/2013, de 30 de agosto ter estabelecido mecanismos (Fundo de Compensação do Trabalho, mecanismo equivalente e Fundo de Garantia de Compensação do Trabalho) destinados a assegurar o pagamento de direitos dos trabalhadores (compensação devida por cessação do contrato de trabalho — artigo 3.º), o novo diploma articula o FGS com esses mecanismos (artigo 2.º, n.º 6 e artigo 6.º)[20].

5. Outras das alterações, contende com a sub-rogação legal do FGS.

No anterior regime, porque o artigo 322.º da RCT (só) previa que "o Fundo de Garantia Salarial fica sub-rogado nos direitos de crédito e respectivas garantias, nomeadamente privilégios creditórios dos trabalhadores, na medida dos pagamentos efectuados acrescidos dos juros de mora vincendos"[21], foi colocada, aos nossos tribunais, a seguinte questão: tendo o FGS satisfeito parcialmen-

[20] José João Abrantes, ob. cit., pp. 412.

[21] Esta constituiu uma das alterações face ao regime previsto no Decreto-Lei n.º 219/99, de 15 de junho, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 139/2001, de 24 de abril, o qual, no seu artigo 6.º, n.º 4, prescrevia que os créditos do FGS eram "graduados imediatamente a seguir à posição dos trabalhadores" — *vd.* Maria Adelaide Domingos, ob. cit., p. 267, e Joana Costeira, *Os Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho: A Tutela dos Créditos Laborais*, Almedina, 2013, p. 143.

te os créditos dos reclamantes, ex-trabalhadores da insolvente, aquele Fundo, como credor da mesma por sub-rogação, deve ser graduado a par destes — os reclamantes trabalhadores pela parte dos seus créditos ainda não pagos e o Fundo pela parte dos créditos que pagou — ou os créditos remanescentes dos trabalhadores devem ter preferência sobre o crédito do Fundo?[22]

Terminando com a divergência jurisprudencial que existia[23], e indo de encontro ao que, em 2014, foi decidido pelo Supremo Tribunal de Justiça[24], o artigo 4.º, n.º 2, dispõe que, se os bens da massa insolvente forem insuficientes para garantir a totalidade dos créditos laborais, são graduados os créditos em que o Fundo fica sub-rogado a *pari* com o valor remanescente dos créditos laborais[25].

6. Continuando a resenha das alterações, destacamos, ainda, que deixou de ser necessário instruir o requerimento com certidão ou cópia autenticada comprovativa dos créditos reclamados pelo trabalhador emitida pelo tribunal competente onde corria o processo de insolvência, sendo agora estabelecido que deve ser entregue declaração emitida pelo Administrador de Insolvência ou pelo Administrador Judicial Provisório (artigo 5.º, n.º 2, a) e n.º 3).

Tendo em conta o tempo que alguns tribunais demoravam a passar uma certidão deste género, saúda-se esta alteração.

Mas, na verdade, esta alteração acaba por verter em lei o que já se passa-

[22] Questão também colocada pela doutrina. No sentido de que os créditos satisfeitos pelo FGS teriam de ser graduados na posição em que seriam graduados se não tivesse ocorrido a sub-rogação, por força dos efeitos jurídicos da sub-rogação legal previstos nos artigos 592.º, 593.º e 582.º, n.º 1 do CC, *vd.* Maria Adelaide Domingos, ob. cit., p. 267. Já Ana Margarida Vilaverde e Cunha, «Protecção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador: cálculo das prestações do Fundo de Garantia Salarial — Algumas reflexões acerca da compatibilidade do regime português com o regime comunitário», *Questões Laborais*, 2011, n.º 38, pp. 204 — 206, questiona a conformidade do, à altura, artigo 322.º da RCT, com "a finalidade social da Directiva", propugnando uma interpretação restritiva do mesmo, "no sentido de permitir uma sub-rogação do FGS desacompanhada de alguma das garantias, nomeadamente privilégios creditórios, que asseguram a satisfação dos créditos laborais em dívida", ainda que admita ser "tarefa difícil (…) sem pôr em causa a própria natureza da sub-rogação (…)". Mais recentemente, Joana Costeira, ob. cit., p. 143, após elencar as posições jurisprudenciais existentes a este propósito (*cfr.* nota seguinte), entende que "a posição que defende a graduação paritária e proporcional dos créditos dos trabalhadores e do Fundo de Garantia Salarial e o seu pagamento por rateio, é, de facto, a mais equilibrada, porquanto permite salvaguardar os direitos do Fundo de Garantia Salarial, bem como os direitos dos trabalhadores, nomeadamente, daqueles trabalhadores que nada receberam do Fundo de Garantia Salarial".

[23] Apontando a existência de 3 posições jurisprudenciais, e explicando os argumentos de cada uma delas, *vd.* Joana Costeira, ob. cit., pp. 138 — 143.

[24] Acórdão do STJ, de 7.05.2014 (Pinto de Almeida), in *www.dgsi.pt*: "1 - Na sub-rogação parcial, o credor só terá preferência sobre o sub-rogado quando da sub-rogação derive prejuízo para ele, isto é, se com a sub-rogação e concorrência do sub-rogado o credor fica em pior situação do que a que teria se não se tivesse verificado o pagamento por terceiro. 2 - Tendo o Fundo de Garantia Salarial pago parte dos créditos de ex-trabalhadores da insolvente, da sub-rogação não resulta prejuízo para estes, uma vez que, no concurso perante o devedor, o Fundo apenas vai reclamar a parte do crédito que o credor já recebeu dele. 3 - Assim, nesse concurso, beneficiando da mesma garantia, o crédito remanescente dos ex-trabalhadores e o crédito do Fundo devem ser graduados a par."

[25] José João Abrantes, ob. cit., pp. 412.

va na prática, dado que já era prática corrente juntar-se a declaração do Administrador, sem que disse adviesse qualquer problema junto do FGS.

7. Passou, agora, por influência da Diretiva n.º 2008/94/CE (artigo 12.º), a permitir-se a recusa do pagamento dos créditos garantidos caso se verifique uma situação de abuso, nomeadamente por conluio ou simulação, ou a redução do valor dos mesmos caso se verifique desconformidade entre os montantes requeridos e a média dos valores constantes das declarações de remunerações dos 12 meses anteriores à data do requerimento, quando as mesmas se refiram a remuneração efetivamente auferida (artigo 7.º)[26].

8. Também por influência da referida Diretiva (artigos 9.º e 10.º), determinou-se que o FGS assegura o pagamento ao trabalhador que exerça ou tenha exercido habitualmente a sua atividade em território nacional ao serviço de empregador com atividade no território de 2 ou mais Estados-Membros, ainda que seja declarado insolvente por tribunal ou outra autoridade competente de outro Estado-Membro (artigo 1.º, n.º 3 e artigo 9.º)[27] [28].

Norma análoga, aliás, já existia, por exemplo, em Espanha (artigo 33.º, n.ºs 10 e 11 do ET).

9. O diploma criou um regime de dívida da empresa, estabelecendo-se um conjunto de normas que regulam essa dívida e o procedimento da sua regularização (artigos 11.º a 13.º)[29] [30].

---

[26] José João Abrantes, ob. cit., pp. 412.

[27] Maria do Rosário Palma Ramalho, ob. cit., p. 405.

[28] Já a propósito do art.º 8.º-A da Diretiva 2002/74/CE (Diretiva que alterou a Diretiva n.º 80/98/CEE), o qual definia regras sobre a responsabilidade dos Estados-Membros nas situações de insolvência transnacional, Maria Adelaide Domingos, ob. cit., pp. 258 e 259, alertava para a falta de transposição dessa norma: "Este segmento da directiva, salvo melhor opinião, ainda não se encontra transposto para o nosso ordenamento interno. Assim, caso se verifique uma situação subsumível à previsão da directiva, restará aos trabalhadores demandarem o Estado Português pelos danos causados pela falta de transposição nessa parte, uma vez que de acordo com a jurisprudência firmada pelo Tribunal de Justiça, nomeadamente no caso Francovich, reiterada no caso Wagner Miret, mesmo quando as disposições das directivas sejam suficientemente precisas e incondicionais no que diz respeito à determinação dos beneficiários da garantia e do conteúdo da mesma, esses elementos não são suficientes para que os particulares possam invocar, contra o Estado, estas disposições perante os órgãos nacionais, ficando, porém, salvaguardado o direito à indemnização pelo prejuízo causado ao lesado pelo Estado-Membro".

[29] José João Abrantes, ob. cit., pp. 412.

[30] Admitimos ter dúvidas quanto ao âmbito de aplicação destes artigos. Por exemplo, como compaginar o aí previsto com a sub-rogação legal (art.º 4.º)? A cobrança do artigo 12.º corresponde a cobrança coerciva? O pagamento em prestações do artigo 13.º vem na sequência da cobrança? Note-se que, quanto ao artigo 13.º, a redação mudou do projeto de diploma para apreciação pública (publicado na separata do Boletim do Trabalho e Emprego, n.º 6, de 5 de Dezembro de 2014) para a versão final — onde antes dizia "A dívida pode ser paga voluntariamente ou em prestações", agora diz "A dívida pode ser paga em prestações". Dúvidas (e outras com estas correlacionadas) que tentaremos esclarecer noutros estudos, após ponderação mais refletida.

10. Por último, permitimo-nos destacar quanto às alterações, que deixou de estar previsto o dever do FGS requerer judicialmente a insolvência da empresa, que existia caso o procedimento de conciliação não tivesse sequência, por recusa ou extinção, e tivesse sido requerido por trabalhadores da empresa o pagamento de créditos ao FGS (artigo 318.º, n.º 3 da RCT).

2.3. *O que deveria (ou não) ter sido alterado*

Quanto a este ponto, por exiguidade de tempo, destacamos os seguintes aspetos.

1. Em nossa opinião, deveria ter sido alterado (reequacionado) o período de referência acima indicado (artigo 2.º, n.º 4): créditos vencidos nos seis meses anteriores à propositura da ação[31].

Entendemos que o legislador, a manter um período de referência[32] [33], de-

[31] O legislador justifica a manutenção deste período de referência com "uma lógica de estabilidade temporal e de segurança jurídica" (diploma preambular do Decreto-lei n.º 59/2015, de 21 de abril.

[32] De facto, a não previsão de um período de referência não nos repugnaria (posição que sempre seria conforme com a Diretiva Comunitária). Ficaria, assim, a intervenção do FGS circunscrita aos limites máximos, agora previstos no artigo 3.º.
Se assim fosse, resolver-se-iam vários problemas que têm sido suscitados, nomeadamente, em sede judicial. Ilustrativamente, e porque a análise profunda deste ponto extravasaria o âmbito desta comunicação, deixa-se o seguinte exemplo.
Ao nosso Supremo Tribunal de Justiça foi colocada a questão de "identificar os créditos decorrentes de rescisão do contrato de trabalho (com fundamento no não pagamento de salários) cujo pagamento pode ser reclamado ao FGS. São apenas os vencidos nos seis meses que antecedem a data da propositura da acção de insolvência (…) Ou (…) são os vencidos nos seis meses anteriores à propositura da acção condenatória no Tribunal de Trabalho?" (Acórdão de 10.09.2015 (Costa Reis), in *www.dgsi.pt*, com sublinhados nossos). Neste foi decidido que o FGS "assegura o pagamento dos créditos emergentes de contratos de trabalho "*que se tenham vencido nos seis meses que antecedem a data da propositura da acção ou apresentação do requerimento referidos no artigo 2.º anterior* " — art.º 319.º/1 da Lei 35/2004. II - Para esse efeito importa, apenas, a data de vencimento dos créditos laborais e não a do trânsito em julgado da sentença proferida na acção intentada com vista ao seu reconhecimento judicial e ao seu pagamento".
Situação análoga, desta feita por motivo de impugnação de despedimento sem instauração de processo disciplinar e sem justa causa, motivou, inclusivamente, Despacho do Tribunal de Justiça, de 10 de abril de 2014 (disponível em *http://eur-lex.europa.eu*), que teve por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado por tribunal português. O Tribunal de Justiça, ainda com referência à Diretiva 80/987 (mas transponível para a Diretiva 2008/94/CE), à seguinte pergunta "O Direito da União, neste concreto âmbito de garantia dos créditos salariais em caso de insolvência do empregador, em especial os artigos 4.º e 10.º da Diretiva, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma disposição do direito nacional que garanta apenas os créditos que se vencerem nos seis meses antes da propositura da ação de insolvência do seu empregador mesmo quando os trabalhadores hajam acionado no tribunal do trabalho aquele seu empregador com vista à fixação judicial do valor em dívida e à cobrança coerciva dessas mesmas quantias?", respondeu que a Diretiva "deve ser interpretada no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional que não garante os créditos salariais vencidos mais de seis meses antes da propositura da ação de insolvência do empregador, mesmo quando os trabalhadores tenham proposto, antes do início desse período, uma ação judicial contra o seu empregador com vista à fixação do valor desses créditos e à sua cobrança coerciva".

[33] No nosso ver, com base no que apontámos na nota de rodapé anterior, mais relevante, na ótica da proteção do trabalhador, teria sido que, a propósito da alteração do regime do FGS, se tivesse discutido a alteração (ou exclusão) deste período de referência, ao invés, por exemplo, do prazo para requerer o pagamento dos créditos junto do FGS (que acabou por ser alterado), dado que o prazo existente, pelos motivos que já tivemos oportunidade de explanar, acautelavam devidamente os trabalhadores.

veria ter previsto um mais alargado, em prol da boa harmonia do nosso sistema jurídico, e de dar efetiva possibilidade ao trabalhador de exercer os seus direitos junto do FGS.

Com efeito, nos termos do artigo 20.º, n.º 1 do CIRE, a declaração de insolvência de um devedor pode ser requerida por um credor, desde que se verifique algum dos factos nesse artigo elencados, sendo um deles o incumprimento generalizado, nos últimos seis meses, de dívidas emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação (alínea g), subalínea iii))[34].

Confrontando as duas normas, conclui-se que é exíguo o tempo que o trabalhador tem para, uma vez se perfazendo o incumprimento de seis meses, avançar para a ação de insolvência, por forma a garantir o pagamento pelo FGS da totalidade dos créditos laborais em dívida correspondentes a esses 6 meses.

2. Por outro lado, a nosso ver, como já tivemos oportunidade de explicar, não se deveria ter retirado a referência à prescrição no prazo para apresentação do requerimento.

3. Apreciação comparativa com o Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)

Por último, porque o Encontro se propõe ser um espaço de análise crítica

A este propósito, e em jeito de referência histórica, os grupos parlamentares do Bloco de Esquerda e do Partido Comunista Português apresentaram Projetos de Lei de alteração ao regime do FGS, à altura, previsto na RCT (respetivamente, Projeto de Lei n.º 347/XII/2.ª e Projeto de Lei n.º 416/XII, os quais podem ser consultados em *https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/IniciativasLegislativas.aspx*). Ambos os projetos alargam o período de referência (8 e 12 meses, respetivamente), não pondo em causa, portanto, a existência do próprio período de referência. Quanto ao prazo para apresentar o requerimento, o Bloco de Esquerda propôs 2 meses antes da respetiva prescrição, enquanto que o Partido Comunista Português o excluiu. Salvo o devido respeito, e sendo manifestamente excessiva e desproporcional a não existência de um prazo para o trabalhador requerer o pagamento ao FGS, o qual se justifica porque o FGS, legalmente sub-rogado, "necessita de intervir, em tempo útil, no processo falimentar de modo a tomar parte na eventual repartição da massa" (Maria Adelaide Domingos, ob. cit., p. 263), não nos parece ser propriamente esse prazo (nos termos em que anteriormente estava previsto!) o problemático para a proteção dos trabalhadores.

[34] Sobre este facto-índice, *cfr.*, por exemplo, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, p. 127, e Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2015, pp. 204 e 205. Quanto a esta última referência bibliográfica, entende-se por útil transcrever o seguinte excerto: "Não há agora nenhuma exigência quanto ao significado do incumprimento das dívidas elencadas relativamente à incapacidade financeira do devedor. Isto significa que basta que o dito incumprimento se verifique para que ocorra motivo bastante para a iniciativa dos credores, que não têm de se preocupar com a demonstração de penúria do devedor. (…) Fundamental é que, em respeito à expressão inicial da alínea, haja o incumprimento generalizado, dentro de cada categoria de obrigações, não bastando, por isso, que o devedor deixe de cumprir as inerentes a um contrato, mantendo a satisfação das que resultam de outros. (…) com respeito a salários, o incumprimento durante seis meses significará, a maioria das vezes, a existência de seis mensalidades em atraso (…)".

e de debate envolvendo Portugal e Espanha, e porque, neste tema, conforme já o referimos, cremos que a legislação espanhola nos pode dar contributos significativos, faremos uma brevíssima referência ao FOGASA[35]. Distinguiremos só alguns pontos, em jeito de confronto com o regime do FGS que abordámos.

O FOGASA, contrariamente ao que se passa com o nosso FGS, responde a dois títulos: é responsável direto pelo pagamento de indemnizações resultantes de despedimentos nas situações em que se verifica a existência de dificuldades económicas na empresa (artigo 51.º, n.º 7 do ET)[36]; e é responsável subsidiário, na situação de insolvência do empregador (artigo 33.º, n.º 1 do ET)[37].

Quanto aos créditos abrangidos, e limites de importâncias pagas, o FOGASA distingue os limites de pagamento dos salários dos limites de pagamentos das indemnizações[38].

Nos termos do artigo 33.º, n.º 1 do ET, o FOGASA assegura até ao montante máximo correspondente à multiplicação do dobro do salário mínimo diário interprofissional, incluindo a parte proporcional das "pagas extraordinarias"[39], pelo número de dias de salário em atraso, com um máximo de 120 dias.

Os montantes das indemnizações, por sua vez, são assegurados, de acordo com o artigo 33.º, n.º 2 do Estatuto, até um limite máximo de uma anuidade, sem que o salário diário, base de cálculo, possa exceder o dobro do salário mínimo diário interprofissional (SMI).

Relativamente ao prazo para requerer o pagamento junto do FOGASA remetemos para o que já aqui foi dito.

Por último, prevê o artigo 33.º, n.º 4 do ET que, em caso de concurso entre créditos dos trabalhadores não satisfeitos pelo FOGASA e créditos a que este tem direito por via da sub-rogação resultante da sua intervenção, ambos serão pagos na proporção dos respetivos montantes. Solução que, como vimos, foi agora adotada pelo legislador português[40].

Esquematicamente,

---

[35] Sobre o FOGASA, *vd.*, entre outros, Alfredo Montoya Melgar, *Derecho Laboral Concursal*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2013, pp. 372 — 389, José Javier Uriz Álvarez, «La actuación del Fondo de Garantía Salarial ante el procedimento concursal», in *El concurso laboral*, Nuria A. Orellana Cano (coord.), 2.ª edição, La Ley, Madrid, 2012, pp. 284 — 340 e Joana Costeira, ob. cit., pp. 144 — 147.

[36] Alfredo Montoya Melgar, ob. cit, p. 382, José Javier Uriz Álvarez, ob. cit., p. 287, e Joana Costeira, ob. cit., p. 145.

[37] Alfredo Montoya Melgar, ob. cit, p. 382 e Joana Costeira, ob. cit., pp. 145 e 146.

[38] Joana Costeira, ob. cit., p. 146.

[39] *Cfr.* artigo 31.º do ET: "El trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Igualmente se fijará por convenio colectivo la cuantía de tales gratificaciones."

[40] Joana Costeira, ob. cit., pp. 147.

	FGS	FOGASA
Área de intervenção	Insolvência/PER/SIREVE	Subsidiária/Direta
Créditos abrangidos	Créditos laborais	Salários/indemnizações
Limite das importâncias pagas	6 meses, 3 x RMMG (€ 9.540,00) RMMG = € 530,00	2 x SMI x 120 dias (€ 6.103,20) SMI = € 21,84; dobro: €50,86 1 anuidade (2 x SMI)
Período de referência	6 meses anteriores	-
Prazo para requerer	1 ano cessação contrato	1 ano — interrupção do prazo
Sub-rogação	Sim. A par.	Sim. A par.

4. Conclusão

Mau grado tenhamos elencado dez alterações, o certo é que este "novo" regime não é, propriamente, inovador.

Era, todavia, um diploma necessário, não só para transpor a Diretiva n.º 2008/94/CE, mas, em particular, para adaptar o FGS às alterações promovidas, em 2012, ao nosso Direito da Insolvência, especialmente, ao PER. Com este diploma, ficou expressamente reconhecido o direito dos trabalhadores a serem pagos pelo FGS no âmbito desses processos. Reconhecimento expresso que se louva, só pecando por tardio (cerca de 3 anos).

Das alterações, teme-se a interpretação que possa vir a ser dada ao novo prazo de que os trabalhadores dispõem para requerer o pagamento dos seus créditos junto do FGS. Esperemos que não desemboque na diminuição (drástica) do prazo que anteriormente (afinal) era concedido aos trabalhadores.

O FGS não tem sido, propriamente, um tema sobre o qual a doutrina portuguesa se tem debruçado, contrariamente ao que, segundo nos apercebemos, tem ocorrido em Espanha.

Com efeito, que este "novo" regime tenha a virtualidade de (pelo menos) nos fazer olhar o FGS com olhos mais analíticos.

5. Bibliografia

Abrantes, José João. «O Fundo de Garantia Salarial nos processos de insolvência e de revitalização», in *III Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2015, pp. 409 — 412.

Álvarez, José Javier Uriz. «La actuación del Fondo de Garantía Salarial ante el procedimento concursal», in *El concurso laboral*, Nuria A. Orellana Cano (coord.), 2.ª edição, La Ley, Madrid, 2012, pp. 284 — 340.

Amado, João Leal. *Contrato de Trabalho*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

Costeira, Joana. *Os Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho: A Tutela dos Créditos Laborais*, Almedina, 2013.

Cunha, Ana Margarida Vilaverde e. «Protecção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador: cálculo das prestações do Fundo de Garantia Salarial — Algumas reflexões acerca da compatibilidade do regime português com o regime comunitário», *Questões Laborais*, 2011, n.º 38, pp. 197 — 209.

Domingos, Maria Adelaide. «A tutela dos créditos laborais através do Fundo de Garantia Salarial», in *XI-XII Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, António Moreira (coord.), Coimbra, Almedina, 2009, pp. 249 — 270.

Fernandes, António Monteiro. *Direito do Trabalho*, 14.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009.

Fernandes, Luís A. Carvalho e Labareda, João. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª edição, Quid Juris, Lisboa, 2015.

Labareda, João. «Sobre o sistema de recuperação de empresas por via extrajudicial (SIREVE) — apontamentos», in *I Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 63 — 84.

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito da Insolvência*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013.

Melgar, Alfredo Montoya. *Derecho Laboral Concursal*, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, 2013.

Ramalho, Maria do Rosário Palma. «Os trabalhadores no processo de insolvência», in *III Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2015, pp. 383 — 407.

Serra, Catarina. «Revitalização — A designação e o misterioso objecto designado. O processo homónimo (PER) e as suas ligações com a insolvência (situação e processo) e com o SIREVE», in *I Congresso de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 85 — 106.

A REFORMA DO EMPREGO PÚBLICO EM PORTUGAL E ESPANHA

Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa [1]

RESUMO: Análise comparativa das recentes alterações legislativas em matéria de emprego público em Portugal e Espanha. A relevância do emprego público no contexto das relações laborais.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho em funções públicas.

ABSTRACT: If administrative law is to care for its citizens, it needs a efficient administrative apparatus and the civil service. The relationship between administrative law and labour law.

KEYWORDS: Civil service; public administration

---

[1] Professor Associado Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto.

Abreviaturas: CRP (Constituição da República Portuguesa). CE (Constitución Española). AP (administração pública).

1. Os Regimes Constitucionais de Portugal e Espanha em Matéria de Emprego Público

Ambos os regimes constitucionais do emprego público partem duma matriz comum, a do Estado de direito democrático e social. Não só sistematicamente, mas também materialmente, ambos os sistemas consideram o emprego público numa ótica de função pública, com especificidades face ao sector do direito laboral. O ponto de partida de ambos os direitos peninsulares foi o sistema francês de carreira, estatutário e de direito público, porém, na atualidade ambos os sistemas afastaram-se bastante do modelo francês. O texto da Constituição da República Portuguesa (CRP) pode ser interpretado num sentido favorável à existência dum regime específico de função pública, na sequência da prática vigente e de todo o direito ordinário anterior à Constituição de 1976. Esta Constituição prevê um regime específico da função pública, a qual inclui os trabalhadores das entidades públicas com uma relação de emprego, a tempo completo e permanente. Existe autonomia sistemática da função pública, arts. 269º, 165º.t. CRP diferente do regime laboral geral (arts.58º,59ºCRP). Referindo o art. 269º CRP que "no exercício das suas funções" os trabalhadores da administração pública estão exclusivamente ao "serviço do interesse público" definido conforme a lei pelos órgãos competentes da Administração, permite-se estabelecer certas peculiaridades face ao direito laboral comum.

Os nºs 4 e 5 do art. 269º proíbem as acumulações de empregos e as incompatibilidades. O art. 270º CRP contém o regime das restrições ao exercício de direitos dos militares e agentes militarizados e forças de segurança, o que inclui a proibição do direito à greve. Os funcionários e agentes do Estado e demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente por ações e omissões no exercício das suas funções, entendida esta como uma responsabilidade jurídica pessoal, não orgânica.[2]

Quanto à Constituição Espanhola (CE), relevam os arts. 103º.3 e 149º18ª. A lei regulará o estatuto dos funcionários públicos, o acesso à função pública de acordo com o mérito e a capacidade, as incompatibilidades, as garantias da imparcialidade no exercício das funções, e as peculiaridades do direito de sindicalização. O Estado tem competência exclusiva sobre as bases do regime

[2] Vd. JORGE MIRANDA-RUI MEDEIROS, *Constituição* Portuguesa Anotada, t.III, coment. art.269. ºss,Coimbra Ed., 2007, p. 620ss. G. CANOTILHO-V.MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., p.944ss, comente. art.269ºss. NUNO J. VASCONCELOS ALBUQUERQUE SOUSA, *La Función Pública como Relación Especial de Derecho Administrativo*, Ed. Elcla, Porto, 2000, p. 283ss. P.VEIGA e MOURA, *A Privatização da Função pública*, Coimbra Ed., 2004, p. 44ss.

jurídico das administrações públicas e do regime estatutário dos funcionários, que garantem aos administrados um tratamento sem discriminações.

Existem várias teses na doutrina espanhola sobre os regimes de emprego nas administrações públicas, a saber a *tese do regime exclusivo de direito público, a tese do regime exclusivo de direito laboral, a tese do Tribunal Constitucional, a tese da garantia institucional da função pública, e a tese do carácter neutral* da Constituição. Acho esta última teoria bastante interessante: a Constituição não deve ter, nem tem uma atitude rígida sobre o regime jurídico do emprego público, nem tem preferência por um qualquer regime em concreto de função pública. A Constituição não dá uma definição rígida de função pública, entregando tal tarefa à lei ordinária, pois se restringe à definição estatutária por lei das bases do estatuto dos funcionários, e os critérios de acesso à função pública no respeito da capacidade e do mérito.[3]

O texto da CRP (art. 269º) parece ter um cariz mais funcional da função pública, visto se prever uma ligação exclusiva dos trabalhadores da Administração Pública ao serviço do "interesse público" definido nos termos da lei pelos órgãos competentes da Administração, enquanto a CE prefere entregar à lei a matéria estatutária dos funcionários públicos e fazer a ligação da Administração Pública em geral aos "interesses gerais". A CE utiliza os termos mais verticais de funcionários públicos e de função pública, enquanto a CRP utiliza o conceito mais laboral e horizontal de "trabalhadores da Administração Pública".

Com praticamente 40 anos de vigência, ambos os textos constitucionais, julga-se que a teoria mais defensável é aquela agora mencionada do "carácter neutral da Constituição". Sendo o setor laboral um âmbito em permanente atualização social e jurídica, como se poderá defender a rigidez da interpretação do art. 269º CRP, sem atualizações de sentido, num espaço de 40 anos? Não se pode opor as constituições rígidas às flexíveis, pois a Constituição estabelece as dimensões de abertura para o futuro das sociedades, não se entendendo como o texto constitucional pudesse alguma vez cristalizar o mundo laboral, sem uma abertura para o futuro. O conceito indeterminado de "interesse público" no art. 269º1 da CRP confere ao legislador uma ampla liberdade de conformação. O modelo de função pública da CRP é relativamente aberto, mas delimitado por um círculo definido pelos princípios do interesse público, da legalidade positiva, do regime das acumulações e incompatibilidades, e das garantias dos traba-

[3] Vd. G. FERNÁNDEZ FARRERES,«El Estatuto Básico del Empleado Público de 12 de Abril de 2007», in *El empleo público en tiempo de reformas*, Sonia Rodríguez-Campos(dir.), Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 10ss.M.SANCHÉZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2016. MAIRAL JIMÉNEZ, *El Derecho Constitucional a la Igualdad en las Relaciones Jurídicas de Empleo Público*, Málaga, 1990, ps. 99 a 122. SILVIA DEL SAZ, *Contrato Laboral y Función Pública*, Madrid, 1995, p. 37ss.

lhadores da Administração no exercício das funções- art. 269º CRP. Para além deste núcleo identitário do regime da função pública do art. 269º CRP, que só pode ser modificado pelo processo formal de revisão constitucional, atua o papel de concretização e desenvolvimento do legislador. Um constitucionalismo rígido que impeça o desenvolvimento e a adaptação da constituição ao tempo só favorece as revisões constitucionais implícitas.[4]

Penso que o mesmo se poderá afirmar do art. 103º3 da CE.

2. Análise da Evolução Legislativa sobre Emprego Público em Portugal e Espanha.

a) A legislação portuguesa

A substituição do conceito central de "funcionário público" pelo **conceito de "trabalhador da Administração Pública"** ocorreu em virtude da reforma constitucional de 1982. Passa a definir-se o pessoal com fundamento na prestação laboral, não referindo diretamente o exercício das funções públicas. Contudo, a atual Lei nº 35/2014, de 20-6, art. 19º, volta a referir-se ao "trabalhador em funções públicas". Reduziu-se o anterior regime geral de referência da nomeação e do sistema estatutário no art. 8º da Lei nº 35/2014, substituindo-se pelo regime geral do contrato de trabalho em funções públicas (art. 7º da Lei nº 35/2014, de 20-6).[5]

Até à entrada em vigor da Lei nº 12-A/2008, estavam em vigor o DL.nº 184/89, de 2/6, o DL. nº 427/89, de 7/12 e a Lei nº 23/2004, de 22-6.

O **DL.nº 184/89**, arts. 6º a 11º, refere as diversas situações da nomeação, do contrato administrativo de provimento e do contrato de prestação de serviços. A nomeação é um ato unilateral da Administração pelo qual se visa o preenchimento dum lugar do quadro, e o exercício profissionalizado de funções

[4] Vd.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 7ªed., cfr. ps.1073, 1181, 1451.

[5] Vd. F. LIBERAL FERNANDES, *Autonomia Coletiva dos Trabalhadores da Administração Pública. Crise do modelo clássico de emprego público,* Coimbra, 1995, p. 122ss. VEIGA MOURA, *A Privatização*, ob.cit., p.49ss. P. VEIGA e MOURA- C.ARRIMAR, *Os Novos Regimes de Vinculação de Carreiras e de Remunerações dos Trabalhadores da Administração Pública*, Coimbra Ed., 2010, p. 17ss. M.R.PALMA RAMALHO-P.MADEIRA DE BRITO, *Contrato de Trabalho na Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 13ss. V.LÚCIA SANTOS ANTUNES, *O Contrato de Trabalho na Administração Pública*, Coimbra Ed.,2010, p. 106ss. J. ALFAIA, *Conceitos Fundamentais do Regime Jurídico do Funcionalismo Público,* vol.I, Almedina, 1985, p. 7ss, 27ss. A. FERNANDA NEVES, «O Direito da Função Pública», in *Tratado de Direito Administrativo Especial*, vol.IV, Almedina,2010, p. 360ss., 373ss,431ss. CLÁUDIA VIANA, «O Conceito de Funcionário Público--tempos de mudança», *Scientia Jurídica*, 2007, nº 312, p. 610ss. CRISTIANA CALHEIROS,« Das Implicações da Lei 12-A/2008 na Identidade da Função Pública», *Direito Regional e Local* nº8, outubro 2009, p. 36ss.

permanentes próprias do serviço público. Diversamente, o contrato de pessoal é um ato bilateral que constitui uma relação de trabalho subordinado. O exercício de funções próprias do serviço público, mas não permanentes, é assegurado pelo contrato administrativo de provimento. A execução de trabalhos não subordinados, nos termos da lei, cabe ao contrato de prestação de serviços. No caso de funções não destinadas à realização direta do interesse geral ou ao exercício de poderes de autoridade, a Administração pode contratar com empresas com o objetivo de simplificar a gestão e racionalizar os recursos. Portanto, já em 1989 se admitia a terceirização ou *outsourcing* na administração pública, para aumentar a flexibilização dos serviços. Assim, o exercício de funções próprias e permanentes do serviço público cabia exclusivamente ao regime unilateral da nomeação.

As funções próprias do serviço público consistiam na aplicação de medidas de política e em ações de conceção, execução e acompanhamento das atribuições dos serviços. Só a nomeação conferia a qualidade de funcionário, e podia ser por tempo indeterminado ou em comissão de serviço. No período do DL.nº 184/89 e do DL.nº 427/89 o **paradigma era a estabilidade e permanência** das funções de serviço público.

É precisamente este paradigma de estabilidade e permanência do serviço público que desapareceu na atual legislação com a aproximação forçada, isto é de cima para baixo pois não partiu da iniciativa dos trabalhadores, ao setor laboral, num período em que por motivos da globalização e da política de austeridade se passou a privilegiar a flexibilidade do mercado laboral privado. Tratando-se nos setores público e privado sempre de "trabalho", não era justo e razoável que num setor dominasse a estabilidade, que num certo período, se entendia como vitaliciedade, e no setor privado dominasse a precariedade do emprego. A nomeação destinava-se às funções próprias do serviço público com carácter de estabilidade e permanência, enquanto o contrato se destinava a situações específicas, transitórias e excecionais.

A aproximação ao direito laboral privado ocorreu com a **Lei nº 23/2004**, de 22-6, que prevê o contrato de pessoal como ato bilateral que constitui uma relação de trabalho subordinado. O contrato de pessoal vai-se alargar agora face ao que estava previsto na anterior legislação, pois tanto pode ser o contrato administrativo de provimento como o contrato de trabalho. Apesar de tudo ainda de uma forma tímida! A nomeação conferia a qualidade de funcionário, o contrato administrativo de provimento conferia a qualidade de agente administrativo, e o contrato de trabalho não conferia a qualidade nem de funcionário, nem de agente administrativo. Nunca compreendemos esta última posição legal que

aliás é injusta, porque pessoas em contrato de trabalho podiam perfeitamente desempenhar atividades semelhantes aos agentes administrativos. O contrato de trabalho regia-se pelo Código do Trabalho, conforme as especialidades do diploma especial sobre o contrato de trabalho na Administração Pública (art. 29º3). Conforme o art. 2º1 da Lei nº 23/2004, aplicava-se ao contrato de trabalho celebrado por entidades públicas as especificidades decorrentes desta lei. O contrato administrativo de provimento aplicava-se a certas situações: instalação de serviços, pessoal médico, de enfermagem, docente e de investigação, e frequência de estágio de ingresso na carreira. O contrato administrativo de provimento possuía três dimensões: sujeição ao regime jurídico da função pública, não integração nos quadros, e exercício transitório de funções. Isto é, no contrato administrativo de provimento uma pessoa não integrada nos quadros assegurava com carácter de subordinação e transitório o exercício de funções próprias do serviço público com sujeição ao regime jurídico da função pública. Com a Lei nº 23/2004 continua, em parte, a assumir-se o pensamento que vem detrás : às funções próprias do serviço público aplica-se um regime unitário de função pública, porém, a diferença é que agora passou a ter um espaço próprio o contrato de trabalho regido pelo Código do Trabalho.

É com a **Lei nº 12-A/2008, de 27/2,** que vai ocorrer uma clara **inversão de posições**: a nomeação reduziu-se aos casos previstos no art. 10º e o contrato de trabalho em funções públicas passou a ser o regime geral. Se anteriormente a 2008, o regime estatutário era o geral e o contrato era o residual, agora o regime geral passou a ser o contrato, e o regime residual passou a ser a nomeação (missões das forças armadas em quadros permanentes, representação externa do Estado, informações de segurança, investigação criminal, segurança pública em meio livre ou institucional e inspeção).

A **Lei nº 59/2008**, de 11-9, Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, assemelha-se bastante ao contrato laboral do Código do Trabalho constante da Lei nº 7/2009, de 12-2. É materialmente direito laboral, sendo próximo o seu conteúdo do contrato laboral privado, mas por força da classificação legal (art. 9º3 da Lei nº 12-A/2008), considera-se como contrato administrativo, mas não sujeito ao Código dos Contratos Públicos. Não tem nada a ver a Lei nº 59/2008 com o modelo clássico da função pública, refiram-se, por exemplo, as normas sobre direitos da personalidade (art.6º ss.), o direito coletivo (art. 289ºss), e os instrumentos de regulamentação coletiva (art. 340º ss).

O art. 6º da **Lei nº 35/2014, de 20-6**, manteve a continuidade face à Lei nº 12-A/2008: o trabalho em funções públicas pode ser por vínculo de empre-

go público ou contrato de prestação de serviços. Voltou-se de novo a prever o contrato de prestação de serviços, tal como se previa no DL. nº 184/89, de 2/6. O vínculo de emprego público em regra é por contrato de trabalho em funções públicas, mas também pode haver vínculo, não pelo referido contrato de prestação de serviços, mas mediante nomeação ou comissão de serviço- arts. 7º e 8º da Lei nº 35/2014. O contrato de trabalho em funções públicas é uma espécie de sucedâneo de carácter laboral do anterior contrato administrativo de provimento de carácter tipicamente administrativo. A diferença é que anteriormente a regra era a nomeação, e agora a regra é o contrato de trabalho em funções públicas. Aquilo que na Lei nº 23/2004, de 22-6, era apenas contrato de trabalho "laboral", agora passou a ser contrato de trabalho na mesma, mas em "funções públicas". Isto é, volta-se ao estipulado no art. 269º1 CRP: o trabalho em funções públicas pode ter peculiaridades face ao trabalho em geral das empresas privadas.

b) A legislação espanhola

O **Decreto 315/1964, de 7 de febrero**- Lei Articulada de Funcionarios Civiles del Estado- é um exemplo perfeito e completo do modelo clássico de tipo francês de função pública. Entre o pessoal, distinguem-se os funcionários e os trabalhadores.

Os funcionários da Administração Pública (AP) são *incorporados* nesta por uma relação de serviço profissional e retribuída, regulada pelo direito administrativo. Os funcionários de carreira integram-se em corpos gerais ou em corpos especiais. Os funcionários de emprego podem ser eventuais ou interinos. Os funcionários de carreira são nomeados, desempenham serviços permanentes, estão incluídos nos quadros, e são pagos por verbas do orçamento geral do Estado. Os trabalhadores são contratados de acordo com a legislação laboral, que lhes é plenamente aplicável. Os funcionários dos corpos gerais exercem as funções comuns da atividade administrativa. Os corpos gerais da administração civil são o técnico, o administrativo, o auxiliar e o subalterno. A condição de funcionário perde-se por sanção disciplinar de afastamento do serviço. O Estado concede aos funcionários a proteção exigida ao exercício dos seus cargos. Está assegurado aos funcionários de carreira o direito ao cargo. Os chefes solicitarão periodicamente um parecer aos seus subordinados acerca das tarefas que exercem, e se necessário sobre um plano de formação e melhoria da eficácia. Estão previstos no orçamento créditos para compensar iniciativas e sugestões que facilitem a melhoria da eficácia administrativa. O Estado asse-

gurará aos funcionários a devida assistência social, como a construção de residências de verão, instalações desportivas, etc., e formação profissional e social. A responsabilidade própria dos funcionários não exclui a responsabilidade de outros níveis hierárquicos. Aos funcionários de emprego aplica-se o regime geral dos funcionários de carreira, exceto o direito de permanência na função.

A **Ley 30/1984, de 2 de agosto**, de Medidas para a Reforma da Função pública visa adaptar a legislação anterior à Constituição à nova realidade do Estado das Autonomias, sendo necessário compatibilizar as políticas de pessoal do Estado e das Comunidades Autónomas. A carreira administrativa baseia-se numa nova classificação dos postos de trabalho. Indicam-se as bases do regime estatutário dos funcionários públicos emanadas conforme o art. 149.1.18ª da CE. O Governo dirige a política de pessoal e exerce a função executiva e o poder regulamentar relativamente à função pública da Administração do Estado.

A Ley 53/1984, de 26 de diciembre define as incompatibilidades do pessoal das Administrações Públicas, sendo o critério geral a dedicação do pessoal a um único posto de trabalho, e salienta a exemplaridade dos servidores públicos perante os cidadãos.

A Ley 9/1987, de 12 de junio, estabelece os órgãos de representação, a determinação das condições de trabalho, a negociação coletiva e a participação e representação do pessoal.

O Decreto 315/1964, de 7 de febrero, e a Ley 30/1984,de 2 de agosto, foram parcialmente derrogadas pelo **RDL 5/2015, de 30 de octubre** que aprova o texto refundido da **Ley del Estatuto Básico del Empleado** Público. Esta lei estabelece as bases do regime estatutário dos funcionários públicos e o regime do pessoal laboral ao serviço das Administrações Públicas. Entre outros princípios, o Estatuto salvaguarda o serviço aos cidadãos e aos interesses gerais, a negociação coletiva e a participação através de representantes na determinação das condições de emprego. *A inamovibilidade na condição de funcionário de carreira não é considerado um privilégio, mas uma garantia direta da objetividade, profissionalização e imparcialidade do serviço*. O Estatuto aplica-se ao pessoal funcionário, e sendo o caso ao pessoal laboral ao serviço das Administrações Públicas.

Os empregados públicos desempenham funções retribuídas nas Administrações Públicas ao serviço dos interesses gerais, e podem ser funcionários de carreira, interinos, pessoal laboral fixo, por tempo indefinido ou temporário, e pessoal eventual.

Os funcionários de carreira são nomeados, vinculam-se a uma Administração Pública por uma relação estatutária regulada pelo direito administrativo

de serviços profissionais retribuídos de carácter permanente. É reserva exclusiva dos funcionários públicos as funções que impliquem direta ou indiretamente o exercício de poderes públicos ou a salvaguarda dos interesses gerais do Estado e das Administrações Públicas.

Os funcionários interinos, por razões expressas de necessidade e urgência, são nomeados para o desempenho de funções próprias dos funcionários de carreira em circunstâncias especificadas na lei, como por exemplo a existência de lugares vagos que não seja possível preencher por funcionários de carreira, etc.

O pessoal laboral vincula-se por contrato de trabalho escrito, segundo as modalidades da legislação laboral, e presta serviços retribuídos às Administrações Públicas.

O pessoal eventual é nomeado, com carácter não permanente, e apenas exerce funções expressamente qualificadas como de confiança e assessoria específica, sendo retribuído por verbas orçamentais consignadas para este fim, e a sua nomeação e afastamento são livres.

O pessoal diretivo profissional exerce funções diretivas profissionais nas Administrações Públicas, de acordo com um regime jurídico específico. A sua escolha adota procedimentos que garantam a publicidade e a concorrência, com respeito do mérito, da capacidade e idoneidade. É feito o controlo dos resultados e a avaliação do desempenho em relação aos objetivos previamente fixados. A determinação das condições de emprego do pessoal diretivo não será objeto de negociação coletiva para os efeitos do RDL 5/2015.

Quanto aos direitos individuais, o funcionário de carreira goza de inamovibilidade e de progressão na carreira profissional e de promoção interna segundo critérios de igualdade, mérito e capacidade conforme sistemas de avaliação objetivos e transparentes (art.14º). As retribuições básicas são fixadas na Ley de Presupuestos Generales del Estado.

O pessoal laboral tem direito à promoção profissional, e a carreira profissional e a promoção do pessoal laboral segue os procedimentos do Estatuto dos Trabalhadores e convenções coletivas (art.19º). As retribuições do pessoal laboral são de acordo com a legislação laboral, a respetiva convenção coletiva e o contrato de trabalho (art. 27º).

Todos os empregados públicos têm direito à negociação coletiva, representação e participação institucional, e direito de reunião (art.31º). À negociação coletiva, representação e participação dos empregados públicos com contrato laboral aplica-se a legislação laboral, sem prejuízo de algumas normas deste Estatuto.[6]

[6] Vd. F.CACHARRO GOSENDE,« Es necesario otro modelo de empleo público ? Notas y Propues-

Os deveres de todos os empregados públicos, não havendo que distinguir os funcionários de carreira do pessoal laboral contêm-se no Código de Conduta. Os deveres consistem em serem diligentes nas tarefas de cumprimento dos "interesses gerais" no respeito da Constituição, restantes leis, e princípios da objetividade, integridade, neutralidade, responsabilidade, imparcialidade, confidencialidade, serviço público, transparência, exemplaridade, austeridade, acessibilidade, eficácia, honra, proteção do meio cultural e ambiental, e igualdade entre homens e mulheres. Existem princípios éticos e princípios de conduta. A atuação dos empregados públicos satisfaz os interesses gerais dos cidadãos, e funda-se na objetividade, imparcialidade e interesse comum, com lealdade e boa fé perante a Administração em que prestam serviço, os superiores e os cidadãos.

3. Comparação Entre os Dois Regimes Jurídicos Ibéricos no Setor do Emprego Público.

A Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas (LGTFP) é uma lei muito **extensa**, cerca de 406 artigos, pretendendo ser uma espécie de código completo do emprego público. O Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) é apenas uma lei de bases com cerca de 100 artigos e destina-se a ser desenvolvida por Leys de Función Pública das Cortes Gerais e das assembleias legislativas das comunidades autónomas.

Os âmbitos de aplicação das duas leis, arts. 2º da Lei nº 35/2014, de 20-6, e art. 1º do RDL 5/2015, de 31-10, são semelhantes. A Lei nº 35/2014 aplica-se à administração direta e indireta do Estado, e com adaptações à administração regional e autárquica, aos órgãos e serviços de apoio do Presidente da República, dos tribunais, do Ministério Público, outros órgãos independentes, e órgãos e serviços de apoio da Assembleia da República. O RDL 5/2015 aplica-se à Administração Geral do Estado, Administrações das comunidades autónomas, administrações das entidades locais, os organismos públicos, agências e demais entidades de direito público com personalidade jurídica vinculadas ou dependentes de qualquer das Administrações Públicas, e as universidades públicas.

Quanto ao **objeto da regulamentação**, na Lei nº 35/2014 é mais abstrato e funcional, isto é, o "vínculo de trabalho em funções públicas". O objeto da regulamentação no RDL 5/2015 é mais concreto e pessoal pois estabelece as

tas para la Reforma del Empleo Público en España», in *El empleo público en tiempo de reformas*, Sonia Rodríguez-Campos(dir.), Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 174ss. C.PALOMEQUE LÓPEZ-M.ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo,* Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 616ss. L.RUANO RODRÍGUEZ, *Constitución, Función Pública y Empleo Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 77ss.

bases do regime estatutário dos "funcionários públicos" e as normas aplicáveis ao "pessoal laboral" das Administrações públicas. O objeto imediato do RDL 5/2015 são os "empregados públicos", os quais desempenham funções retribuídas nas Administrações Públicas ao serviço dos interesses gerais (art. 8º1).

A utilização de conceitos mais abstratos pela Lei nº 35/2014 também ocorre com a noção genérica de "empregador público", enquanto o RDL 5/2015 prefere o conceito mais específico de "Administrações Públicas". A partir do art. 15º refere-se a Lei nº 35/2014 diretamente aos "trabalhadores com vínculo de emprego público", ao passo que o RDL 5/2015 logo no art. 1º1 alude diretamente aos "funcionários públicos".

O objeto do RDL 5/2015, constante do art. 1º.1, é definir as bases do regime estatutário dos funcionários públicos, mas aproveita-se logo a ocasião para densificar esse regime estatutário, enumerando vários **princípios de atuação** que claramente diferenciam o estatuto dos funcionários públicos do direito laboral geral das empresas privadas: serviço aos cidadãos e aos interesses gerais, igualdade, mérito e capacidade no acesso e na promoção profissional, sujeição plena à lei e ao direito, transparência, avaliação e responsabilidade pela gestão, hierarquia na atribuição, ordenação e desempenho das funções e tarefas, cooperação entre as Administrações públicas na regulação e gestão do emprego público e, também, os princípios que considero mais marcantes, e que fazem uma clara diferença face ao emprego privado em geral, da *objetividade, profissionalidade e imparcialidade no serviço garantidas pela inamovibilidade dos funcionários de carreira*. A inamovibilidade do funcionário de carreira não é vista no atual direito espanhol como um privilégio de alguns, mas como uma garantia funcional da objetividade, da profissionalidade e da imparcialidade. Por outro lado, a inamovibilidade não viola o princípio da igualdade dos trabalhadores, pois o funcionário de carreira parece ser o regime geral do direito espanhol do emprego público.

Neste aspeto, a Lei nº 35/2014 não enumera princípios de atuação materiais, nas Disposições gerais da Parte I, preferindo uma outra técnica de carácter menos substantivo que é de enumerar as normas base definidoras do regime e âmbito do vínculo de emprego público (art.3º).

A Lei nº 35/2014, de 20-6, não alude ao **contrato individual de trabalho**, no art. 6º, ou em outro lugar. Este contrato laboral estava previsto na Lei nº 23/2004 de 23-6, a qual foi entretanto revogada. Nesta Lei nº 23/2004, afirmava-se que "o contrato de trabalho com pessoas coletivas públicas não confere a qualidade de funcionário público ou agente administrativo, ainda que estas

tenham um quadro de pessoal em regime de direito público"(art. 2º2). Assim, na Lei nº 35/2014, de 20-6 o vínculo de trabalho em funções públicas apresenta as seguintes modalidades: contrato de trabalho em funções públicas, nomeação e comissão de serviço, configurando-se na sua globalidade como um sistema monista formalmente de direito administrativo.

Diversamente, o RDL 5/2015, de 30-10, configura claramente um **sistema dualista**diferenciado entre emprego público de direito administrativo e emprego público de direito laboral. Segundo o art. 8º, os empregados públicos que desempenham funções retribuídas nas Administrações Públicas ao serviço dos interesses gerais são os funcionários de carreira, os funcionários interinos, o pessoal eventual e o pessoal laboral fixo, por tempo indeterminado ou temporário. A ideia central do art. 6º.1 da Lei portuguesa nº 35/2014 é a de "trabalho", ao passo que o art. 8º.1 do RDL 5/2015 é a de "funções ao serviço dos interesses gerais". Aqui o pessoal laboral não está conotado com a instabilidade, pois pode ser fixo ou por tempo indeterminado, e não há problema algum, em Espanha, em aceitar que o contrato laboral forma vínculo de emprego público.

A Lei portuguesa nº 35/2014, de 20-6, é uma espécie de código e denomina-se Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, mas faz uma remissão, com as necessárias adaptações, para o Código do Trabalho quanto às alíneas a) a l) do art.4º1, não se percebendo, porém, a razão de não se remeter também para o regime do Código do Trabalho em matéria de acidentes de trabalho e doenças profissionais (art. 5º b.). Diversamente, o pessoal laboral ao serviço das Administrações Públicas rege-se, segundo o RDL 5/2015, de 31-10, diretamente pela legislação laboral e pelas normas convencionais, não sendo preciso fazer remissões.

O vínculo de emprego público, na Lei nº 35/2014, de 20-6, **não é dualista** porque não se prevê no art. 6º a utilização do contrato individual de trabalho privado, prevendo-se um regime de vínculo de emprego público nas modalidades de nomeação de direito administrativo, em casos legalmente previstos do art. 8º, e de contrato de trabalho em funções públicas como regra geral, mas cuja natureza jurídica não está prevista no art. 6º2, ao contrário do que sucedia no art. 9º.3 da revogada Lei nº 12-A/2008, de 27-2, pelo que são perfeitamente admissíveis as questões levantadas sobre a natureza jurídica do contrato de trabalho em funções públicas: natureza administrativa, natureza híbrida, ou de contrato de trabalho de regime especial.

Os dois sistemas ibéricos são muito diferentes. A Lei nº 35/2014, de 20-6, baseia-se em regra no contrato de trabalho em funções públicas por tempo

indeterminado (art. 7º), que é materialmente direito do trabalho, sendo o vínculo de nomeação de direito administrativo excecional para as atribuições e atividades constantes do art. 8º1. Diversamente,o RDL 5/2015, de 31-10, prevê como **regra geral os funcionários de carreira** (art. 9º), prevendo-se expressamente no art. 9º2 uma **garantia institucional dos funcionários públicos**, tal como a cláusula do art. 33º4 da GrundGesetz alemã da "offentlichrechtlichen Dienst-und Treueverhaltnis" dos "Beamten" : "a participação direta ou indireta no exercício de poderes públicos ou na salvaguarda dos interesses gerais do Estado e das Administrações Públicas cabe exclusivamente aos funcionários públicos".[7]

Independentemente do vínculo de emprego público, seja contrato de trabalho em funções públicas que é mencionado no art. 6º3 da Lei nº 35/2014 de 20-6 antes da nomeação, porque legalmente é o regime regra, e da comissão de serviço, trata-se de "**trabalhadores em funções públicas"** que aparece como conceito geral laboral aglutinador. O RDL 5/2015, de 31-10, diferencia entre empregados públicos que desempenham funções (aqui prefere-se o termo "funções" em vez do "trabalho" da lei portuguesa) retribuídas nas Administrações Públicas ao serviço dos interesses gerais, os quais abrangem os **funcionários de carreira** e o pessoal laboral, quero dizer, portanto, que se distingue, no direito espanhol, entre empregados públicos e funcionários de carreira, sendo estes últimos o regime largamente predominante.

Quanto à **estabilidade**, O RDL 5/2015, de 31/10, estabelece o direito à inamovibilidade do funcionário de carreira, que é o regime geral, isto é, certos direitos de carácter individual dependem da natureza jurídica da relação de serviço (art. 14ºa.). Na Lei nº 35/2014, de 20-6, a estabilidade do vínculo está enfraquecida, pois é causa específica de cessação do contrato de trabalho em funções públicas a extinção do vínculo na sequência de processo de requalificação de trabalhadores em caso de reorganização de serviços ou racionalização de efetivos (art. 289º2), portanto, a estabilidade na carreira é deficitária na Lei portuguesa nº 35/2014, de 20-6, e aplica-se também ao pessoal nomeado em regime de direito administrativo.

Quanto aos **direitos do pessoal**, o RDL 5/2015, de 31-10, dá especial atenção e desenvolvimento aos direitos dos empregados públicos individuais, da carreira profissional, retributivos e coletivos, num paradigma de direitos subjetivos dos funcionários (arts. 14º a 31º). Na Lei nº35/2014, de 20-6, a perspetiva é outra e claramente institucional sendo a tónica, neste aspeto, de deveres do trabalhador e de garantias do trabalhador (arts. 71º e 72º) e de poderes e

[7] Vd. HARTMUT MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Beck, Munchen, 2009, s. 534s. HUBERT MINZ, R*echt des offentliches Dienstes,* Praetoria Verlag,Regensburg, 1981, s.4ss.

deveres do empregador público (arts. 71º a 74º), não sendo fácil descortinar, na lei portuguesa, uma perspetiva individualizante relativa ao pessoal.

Um aspeto em que me parece ser a lei portuguesa bastante clássica é o da conceção de "**poder público" do poder disciplinar** e do exercício e "sujeição" ao poder disciplinar (arts. 76º e 176º). No RDL 5/2015, de 31-10, a perspetiva é diferente prevendo-se um "Código de Conduta" e "princípios éticos" que não devem ser violados pelos empregados públicos (arts. 52º e 53º).

Em suma, podemos avançar que *o sistema espanhol é um sistema de continuidade, embora cada Comunidade Autónoma possa desenvolver e concretizar o Estatuto Básico del Empleado* Público.[8] *O sistema português é inovador, apostando na contratualização e consumando a aproximação ao direito laboral privado.*

4. Distinção Entre A Legislação de Crise e os Aspetos das Mudanças Estruturais que São Necessárias no Emprego Público para Fazer Face às Novas Tarefas, que não Param de Crescer, das Administrações Públicas

O emprego público está regulado por uma legislação de crise que tem a ver com as exigências da UE de redução do défice público. Foram assim adotadas, após 2008, várias medidas relativas à baixa dos salários e pensões e à redução de direitos dos empregados públicos na convicção de que a redução das despesas do pessoal era uma peça essencial duma política de austeridade. A legislação atual do emprego público tem a ver, em certos aspetos, com as exigências da política de austeridade. Certamente que, sendo a economia regida por ciclos, quando as necessidades de austeridade forem ultrapassadas a legislação do emprego público entrará outra vez numa linha de estabilidade de direitos e garantias. A precarização relativa de direitos, que é uma das vertentes do atual emprego público, poderá ser revertida no sentido de melhorar o "ambiente humano" do emprego público.

Porém, não podemos confundir o que são restrições derivadas duma política de austeridade definida por instâncias externas, e a necessária adaptação do emprego público a novas exigências de *governance*. Pode-se até certo ponto compreender a precarização dos vínculos de emprego por motivo da legislação orçamental de crise, e apenas com carácter de ciclo económico e temporário, mas seria contrário ao modelo constitucional de emprego público (art.

[8] G. FERNÁNDEZ FARRERES, « El Estatuto ob.cit.», p. 19.

269º CRP) a sua transformação num sistema sistematicamente precário e temporário, do género *spoils-system* norte-americano.

A reforma do emprego público em curso não deriva apenas das crises internacional e interna dos anos 2008-2010. A exigência da reforma vem detrás, dum período em que ainda nem sequer se previa que viria a ocorrer a grande crise do ano 2008. A política reformista é proveniente de vários Governos, por exemplo, o XVII, o XVIII, e o XIX. A Lei nº 23/2004, de 22/6, que pretendeu alargar às administrações públicas em geral o contrato individual de trabalho foi publicada em 2004, bastante antes da adoção das políticas de austeridade na Europa. A ideia foi que houvesse um grupo de pessoal minoritário em regime de nomeação relacionado com funções de autoridade ou segurança e que continuasse no regime tradicional da função pública. A maioria do pessoal poderia perder o respetivo regime laboral de estabilidade e o seu vínculo passaria a ser o contrato de trabalho em funções públicas. Pelo menos, desde 2004 configurou-se um novo papel do Estado e das administrações públicas, e a estes propósitos não era propício o modelo estático e burocratizado estatutário-legal do emprego público, baseado na hierarquia rígida, direitos adquiridos, da antiguidade, etc.

Pelo menos desde 2004, desvalorizou-se o exercício das funções da Administração Pública, assente no *paradigma de que a gestão privada é mais competente e eficaz do que a gestão estadual*, privilegiando-se a redução dos serviços públicos, permitindo-se a fuga da melhor massa crítica dos quadros públicos, e a privatização de setores estratégicos.

Diversamente do Governo anterior,o atual XXI Governo defende um *Estado forte* que esteja presente nas áreas estratégicas para o interesse público, invertendo a tendência programática dos anteriores Governos, o que parece constituir uma inversão do paradigma. O Programa do XXI Governo refere a necessidade da presença dum Estado forte, e direciona a Administração pública ao cumprimento de interesses públicos. Prevê serviços públicos nas áreas estratégicas, alude a uma política crítica das privatizações e da precarização do vínculo laboral em geral. Refere o reforço do papel dos serviços públicos, e um Código da Transparência Pública que inclua os titulares dos cargos políticos, os gestores públicos, os titulares de órgãos, *funcionários e trabalhadores* da Administração Pública.

Ultrapassada esta etapa de austeridade definida do exterior, o emprego público tenderá à estabilidade e juridificação dos vínculos laborais, que não devem ser vistos como privilégios "corporativos" dos trabalhadores em funções

públicas, apenas numa lógica de "garantias" do art. 72º da Lei nº35/2014, de 20-6, mas como *a* única forma de alcançar o profissionalismo, a objetividade e a transparência do cumprime***nto das tarefas públicas, às quais nunca foi propícia uma situação de excecionalidade e precarização laborais***. A relação de serviço (de carácter laboral e/ou administrativo- Grundverhaltnis) foi sempre vista como um forte condicionante e pressuposto da relação orgânica (de carácter administrativo- amtlichverhaltnis) do emprego público.[9]

Entre as mudanças estruturais que é preciso alcançar, salienta-se o aperfeiçoamento, a imparcialidade e a transparência da avaliação do desempenho, e a escolha dos dirigentes profissionais de acordo com o mérito e capacidades, e não por critérios políticos. Estes critérios podem contar, mas apenas para o pessoal dos "gabinetes". Quanto à precarização do vínculo, ela deve ser combatida porque prejudica a eficiência e objetividade do cumprimento das tarefas públicas. Por exemplo, funcionários das finanças ou da segurança social com vínculos precários, podem ser permeáveis a influências ilícitas da hierarquia ou externas.

5. Considerações Finais: Qual dos Dois Sistemas Ibéricos de Emprego Público Parece Melhor Adaptado ao Cumprimento com Eficiência das Tarefas Públicas da Atualidade?

Os dois sistemas ibéricos de emprego público são bastante diferenciados, o português é predominantemente contratualizado, o espanhol predominantemente estatutário. Mas do carácter diferenciado dos respetivos regimes jurídicos, não resultam ganhos ou perdas evidentes no aspeto do nível de desempenho médio das tarefas públicas. Consultando " O Estudo Comparado de Regimes de Emprego Público de Países Europeus", da responsabilidade do INA,IP (Instituto nacional de administração) e da DGAEP (Direção-geral da administração e do emprego público), de 2009,pág. 103, cfr. www.dgaep.gov.pt, observa-se que as posições quanto ao grau de "Boas Práticas das Administrações Públicas" não é muito díspar entre Portugal e Espanha, porém com alguma vantagem para esta.

Os dois modelos ibéricos sofrem de vícios semelhantes, como a crescente deslegalização do regime jurídico (substituído por normas técnicas, internas ou de *soft law* interpretadas por gestores dependentes de boa classificação na avaliação de desempenho), a patrimonialização e a politização.

[9] Cfr. F.SCHNAPP, *Amtsrecht und Beamtenrecht*, 1977, s. 119ss. HARTMUT MAURER, ob.cit., s.534.

O sistema português estabelece uma precarização maior do vínculo laboral. O sistema espanhol é de gestão mais complexa que o português, pois para além de ser um modelo dualista, tem uma legislação própria emanada pelos vários níveis da administração, o estatal, o autonómico e o local, o que, entre outras coisas dificulta a mobilidade do pessoal entre as diferentes administrações públicas, apesar de estarmos na época da globalização e da administração eletrónica.

Assim, poder-se-á afirmar que *não há uma relação imediata e óbvia entre o nível de "Boas Práticas nas Administrações Públicas" e os respetivos regimes jurídicos de emprego. Julga-se que o nível de desempenho eficiente das tarefas públicas depende essencialmente do nível de empenho pessoal dos trabalhadores, do seu grau de satisfação e confiança quanto às expetativas profissionais, da qualidade profissional dos dirigentes, e duma avaliação de desempenho transparente, razoável, e sem arbítrios disfarçados duma incontrolada discricionariedade técnica*.

ISBN 978-989746099-9