



**I CONGRESSO INTERNACIONAL
DE CIÊNCIAS JURÍDICO-EMPRESARIAIS**

AS NOVAS RELAÇÕES LABORAIS

ACTAS

ORGANIZAÇÃO

ANA ISABEL LAMBELHO COSTA

JORGE BARROS MENDES

LUISA ANDIAS GONÇALVES

MARISA CAETANO FERRÃO

I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais

Edição:

Instituto Politécnico de Leiria – Escola Superior de Tecnologia e
Gestão

www.cicje.ipleiria.pt

Janeiro de 2012

Instituto Politécnico de Leiria
Escola Superior de Tecnologia e Gestão
Morro do Lena - Alto do Vieiro
2411-901 Leiria
Apartado 4163

ISBN: 978-972-8793-39

*À memória de
Marisa Caetano Ferrão*

I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais

NOTA DE PUBLICAÇÃO

Cientes da novidade e complexidade deste tema, atendendo, sobretudo às alterações legislativas recentemente ocorridas – as novas relações laborais - decidimos abrir a reflexão à comunidade académica, promovendo dois dias de congresso sobre o tema.

O encontro teve lugar na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria nos dias 16 e 17 de Dezembro de 2009.

Queremos aqui expressar o nosso agradecimento a todos os oradores pela qualidade das intervenções. Os seus ensinamentos foram agora reunidos nesta publicação digital.

Ao público que acompanhou os trabalhos durante os dois dias e pelo facto de ter tornado o debate tão profícuo, o nosso muito obrigado.

À data em que se publicam estas actas não podemos deixar de evocar a memória de uma das organizadoras deste Congresso – a Mestre Marisa Caetano Ferrão, grande Amiga e grande Jurista que continuará sempre presente.

Leiria, Janeiro de 2012

Os organizadores,

Ana Isabel Lambelho Costa

Jorge Barros Mendes

Luisa Andias Gonçalves

PROGRAMA

16 DE DEZEMBRO DE 2009

09h30m: Recepção e distribuição de documentação

09h45m: Sessão de Abertura

Presidente do Instituto Politécnico de Leiria

Discurso oficial

Dr.^a Maria Helena André, Ministra do Trabalho e da
Solidariedade Social*

10h30m

Painel I – As novas formas de emprego e o novo Código do Trabalho

Moderador: Prof. Doutor Eugénio Pereira Lucas

Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Leiria

DEA Ana Isabel Lambelho Costa

Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Leiria

*A subcontratação e as relações individuais de trabalho à luz da
actual legislação laboral.*

Dr. André Almeida Martins

Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto

*O trabalho intermitente como instrumento de flexibilização da
relação laboral: o regime do Código de Trabalho de 2009.*

Prof. Doctora Noemí Serrano Argüello

Facultad de Derecho de Valladolid

*Un tertium genus de actividad laboral: el trabajo autónomo pero
económicamente dependiente.*

12h00: Debate

12h30m: Intervalo para almoço

14h00m

Painel II – O regime de protecção social do sector privado

Moderadora: Mestre Marisa Dinis

Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Leiria

Bolseira de Investigação FCT

Representante do MTSS*

Convenção multilateral ibero-americana de Segurança Social.

Mestre Helena Salazar

Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto

O regime legal de atribuição do subsídio de desemprego.

Mestre Luísa Andias Gonçalves

Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Leiria

Bolseira de Investigação FCT

A protecção social da parentalidade.

Prof. Doctora Maria José Nevado Fernández

Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca

La mujer y la Seguridad Social.

Dr.^a Susana Rosa

Centro Distrital De Segurança Social de Leiria

O empregador e a Segurança Social: direitos e obrigações.

16h30m -16h45m: Coffee break

Mestre Marisa Caetano Ferrão

Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Leiria

I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais

Os beneficiários do Regulamento (CE) nº 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social.

Prof. Doutor José Campos Amorim

Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto

Os benefícios fiscais como instrumento de protecção social.

17h45m: Debate

17 de Dezembro de 2009

09h15m

Painel III: A relação Jurídica de emprego público

Moderador: Mestre João Poças Santos

Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Leiria

Mestre Miguel Quental

Faculdade de Direito da Universidade de Macau

A participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas - a co-gestão no sector público.

Mestre Sérgio Castanheira

Advogado

A relação jurídica de emprego público.

Dr. Vasco Manuel Dias Costa Hilário

Direcção-Geral da Administração e do Emprego Público

O regime de protecção social convergente.

11h00m -11h30m: Coffee break

Prof. Doctora Susana Rodríguez Escanciano

I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais

Universidad de León

Externalización del empleo público y deterioro del principio de mérito y capacidad.

12h00m: Debate

12h30m: Intervalo para almoço

14h30m

Painel IV: Entidades Fiscalizadoras do cumprimento de normas jurídico-laborais

Moderadora: DEA Ana Filipa Conceição

Mestre Jorge Barros Mendes

Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Leiria

O Estado como ente fiscalizador.

Mestre Cláudia Nunes

Advogada

Contra-ordenações laborais.

Dr.^a Ana Marta Crespo

Juiz de Direito

A culpa nas contra-ordenações laborais

16h00m: Debate

16h30m: Cerimónia de encerramento

Dr. Paulo Morgado de Carvalho, Inspector-Geral do

Trabalho/Autoridade para as Condições de Trabalho

PAINEL I

AS NOVAS FORMAS DE EMPREGO E O NOVO CÓDIGO DO TRABALHO

A subcontratação e as relações individuais de trabalho à luz da actual legislação laboral

Ana Lambelho Costa

*Docente da Escola Superior de
Tecnologia e Gestão do Instituto
Politécnico de Leiria*

1. O recurso à subcontratação forma de estabelecimento de redes de empresas

A globalização dos mercados e o consequente aumento da concorrência fez com que as empresas adaptassem a sua forma de organização interna e se especializassem na produção dos bens ou serviços em que podem apresentar um valor acrescentado¹.

As estruturas empresariais são actualmente de menor dimensão, o que as torna mais leves e flexíveis. Porém, esta diminuição de tamanho não corresponde a menor poderio.

¹ “As cada vez maiores variedade e complexidade dos mercados, assim como as cada vez maiores variedade e complexidade das tecnologias disponíveis dificultam a possibilidade de uma empresa se posicionar em “todas as frentes”, conduzindo, de forma natural, a uma especialização das suas actividades.”. AMÉRICO LOPES DE AZEVEDO, *Novos Modelos de Negócio*, Lisboa, Principia, 2000, disponível em http://www.spi.pt/documents/books/ecommerce/cenmn/cap_apresentacao.htm, consultado pela última vez em 23/11/2008.

A grande empresa dividiu-se e especializou-se² nas tarefas mais rentáveis e competitivas sem, contudo, desaparecer³. Apenas transmutou a sua forma jurídica. A par dos grupos societários surgem cada vez mais outras formas de organização empresarial em rede alicerçados já não nas regras do Código das Sociedades Comerciais, mas sim em contratos civis, comerciais ou administrativos geradores de dependências económicas e comerciais que vão muito para além da participação no capital social.

A organização em rede caracteriza-se pela especialização e pela divisão do processo produtivo entre várias empresas que, embora juridicamente independentes, passam a estar economicamente dependentes de outras.

A subcontratação é apenas um dos mecanismos através do qual se pode estabelecer a rede a par de outros como os consórcios, a associação em participação, a franquia, a concessão e os grupos societários.

O termo “subcontratação” é utilizado com vários significados. Em rigor, para que haja subcontratação é necessário que haja primeiro contratação. Porém, é usual utilizar-se a expressão para referir as situações em que alguém atribui a terceiro a execução de determinada

² Verifica-se, mas palavras de AMÉRICO LOPES DE AZEVEDO, uma “tendência de desintegração vertical, ou de ‘desagregação’, de competências”. *Novos Modelos de Negócio*, cit.. Utilizando a mesma expressão, no directo italiano, P. ICHINO, *apud*, PASQUALINO ALBI, «Frammentazione dell’impresa e stabilità del posto di lavoro», *Lavoro e Diritto*, n.º 4, ano XX, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 639.

³ Como bem alerta MANUEL CASTELLS “*No estamos siendo testigos de la desaparición de las grandes y poderosas compañías, pero sí de la crisis de su modelo de organización, basado en la integración vertical y la gestión funcional jerárquica*”. *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Volume 1, *La sociedad red*, 2ª edição, reimpressão, Alianza Editorial, Madrid, 2001, pp. 206-207.

obra ou serviço, mediante o pagamento de um preço. Nesta acepção, o objecto deste contrato pode ser idêntico à obrigação assumida pelo contratante com o seu cliente ou o corresponder a uma obra ou serviço necessários à prossecução da actividade do contratante. É esta última situação que nos interessa, por ser a que levanta problemas novos e que corresponde à forma de organização empresarial emergente.

Através da subcontratação o empresário leva a cabo a sua actividade de forma indirecta, sem ter de assumir a posição de empregador, mas beneficiando do serviço prestado pelos trabalhadores das empresas com quem contrata. Esta situação é ainda mais premente e juridicamente sensível nos casos em que a actividade é prestada nas instalações da empresa contratante e em que esta tem um elevado poder de controlo sobre o modo de execução do contrato de prestação de serviços que celebrou com a outra empresa.

O recurso à subcontratação por parte da empresa que subcontrata pode ser uma opção tomada *ab initio* – isto é, a empresa nunca realizou a tarefa subcontratada – ou posteriormente, como resultado de um processo de reestruturação, caso em que se fala de externalização da actividade.

O objecto do contrato entre a empresa contratante e a contratada pode corresponder à actividade principal da empresa ou, como é mais comum, actividades complementares ou acessórias.

A constituição de redes de empresas em geral, e a subcontratação em particular parecem, à partida, inofensivas do ponto de vista laboral, dado influenciar sobretudo a forma de organização da empresa. Porém, e como veremos já em seguida, é precisamente esta

aparente inocuidade do fenómeno que o torna tão devastador e dificulta a regulação dos seus efeitos nas relações de trabalho.

2. Os efeitos da subcontratação nas relações individuais de trabalho

2.1. Efeitos na relação laboral do trabalhador da empresa principal

Quando a cooperação empresarial se faça com recurso à subcontratação e esta envolva a externalização da actividade, a empresa que toma tal decisão vê-se na contingência de ter de decidir o futuro dos trabalhadores que desempenhavam a(s) actividade(s) abrangidas e que, em virtude daquela opção, deixam de ser necessários. Colocam-se três alternativas⁴: (i) a reclassificação profissional do trabalhador e/ou a sua transferência para outro estabelecimento do empregador; (ii) a transmissão dos contratos de trabalho para quem passar a exercer a actividade externalizada; (iii) despedimento.

⁴ F. CASANI; M.ª A LUQUE, J. RODRÍGUEZ, P. SORIA, «El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa», [*Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*](#), n.º 14, 1998, p. 1187.

A) A reclassificação profissional do trabalhador e/ou a sua transferência para outro estabelecimento do empregador

A reclassificação profissional do trabalhador pode implicar ou não a diminuição da categoria profissional. Quando determine diminuição da retribuição será necessário autorização por parte do serviço competente do Ministério do Trabalho, actualmente a Autoridade para as Condições de Trabalho. Em qualquer caso é exigido o acordo do trabalhador (artigos 119.º e 361.º, n.º 3, do CT).

Pode suceder também que o trabalhador, com fundamento na extinção parcial do estabelecimento onde presta a sua actividade, seja transferido para outro estabelecimento do mesmo empregador, nos termos do artigo 194.º do CT, n.º 1, al. a), do CT. Neste caso, alegando e provando prejuízo sério o trabalhador poderá resolver o contrato, com direito a compensação (artigo 194.º, n.º 5).

A transferência do trabalhador e a reclassificação são medidas conservatórias do contrato de trabalho que não assumem especificidades quando incluídas em processos de subcontratação, configurando, ademais, casos marginais.

B) A transmissão dos contratos de trabalho para quem passar a exercer a actividade externalizada

A subcontratação pode vir acompanhada ou não da transmissão de elementos que permitam ao terceiro o desempenho da actividade económica contratada.

Nos casos em que com a externalização não há a transmissão de nenhum elemento da empresa ou são transmitidas apenas coisas que não constituem uma unidade económica autónoma, se o empregador titular da actividade externalizada não necessitar dos trabalhadores abrangidos naquela ou noutra unidade produtiva de que seja titular – caso em que existirá uma mobilidade funcional e/ou geográfica ou uma reclassificação profissional – só lhe restará a solução de proceder à cessação unilateral dos contratos de trabalho em causa ou à sua cedência a outro empregador.

A cessão da posição contratual do empregador não é a solução mais usual nestes casos, dada a natureza *intuitus personae* do contrato de trabalho, mas é um instituto que, em nosso entender, pode perfeitamente ser aplicado neste caso com vantagens para o trabalhador, na medida em que este vê assegurada a manutenção da relação laboral, mantendo-se inalterada a sua posição jurídica, e tendo o novo empregador de cumprir os deveres a que o primitivo estava obrigado, com a segurança de que tal só acontecerá se ele nisso anuir (artigo 424.º do Código Civil).

Já quando os elementos transmitidos tenham coesão e valor suficiente que permitam a prossecução de uma actividade económica de forma autónoma teremos de convocar as normas laborais sobre transmissão de empresa ou estabelecimento, previstas nos artigos 285.º e ss. do Código do Trabalho, que transpõem a Directiva 2001/23/CE do Conselho de 12 de Março de 2001⁵.

⁵ Esta directiva revoga as Directivas 77/187/CEE, do Conselho, e 98/50/CE, do Conselho, ambas relativas à aproximação das legislações dos Estados-Membros

A questão da transmissão da unidade económica tem sido amplamente estudada pela doutrina⁶ e objecto de construção jurisprudencial, sobretudo ao nível do Tribunal de Justiça das Comunidades. Atento o âmbito do nosso estudo, analisaremos apenas os problemas que, nesta sede, são colocadas pela subcontratação.

Sendo a transmissão total ou parcial da unidade produtiva um acto do empregador amparado pelo princípio constitucional da liberdade de empresa (artigo 61.º da CRP) que pode contender com os direitos dos trabalhadores, o legislador resolveu intervir impondo que os contratos de trabalho se transmitam para o novo adquirente da empresa, ficando este temporariamente responsável, em solidariedade, com o transmitente pelas dívidas laborais vencidas à data da transmissão (artigo 3.º da Directiva 2001/23/CE e 285.º do CT).

respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos.

⁶ Quanto à doutrina portuguesa, por exemplo, FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, «[Transmissão do estabelecimento e oposição do trabalhador à transferência do contrato: uma leitura do art. 37.º da LCT conforme o direito comunitário](#)», *Questões Laborais*, n.º 14, Coimbra, Coimbra editora, 1999, pp. 213-240; FABRÍCIA DE ALMEIDA HENRIQUES, «Transmissão do estabelecimento e flexibilização das relações de trabalho», *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 2001, pp. 969-1038; JÚLIO VIEIRA GOMES, «A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 481-525; CATARINA DE OLIVEIRA CARVALHO, «Algumas questões sobre a empresa e o Direito do Trabalho no novo Código do Trabalho», *A Reforma do Código do Trabalho*, Coimbra, Coimbra editora, 2004, em especial, p. 460 e ss.; RODRIGO SERRA LOURENÇO, «Sobre o direito de oposição dos trabalhadores na transmissão do estabelecimento ou empresa», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 69, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 267-296. O tema é também amplamente estudado na doutrina espanhola, nomeadamente a propósito da chamada “*sucesión de contratas*”. Vide, por exemplo, TOMÁS SALA FRANCO, «Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos», *Actualidad Laboral*, n.º 1, 2005, pp. 1031-1037.

Para que seja activada a tutela legal é necessário que seja transmitida “uma unidade económica que mantém a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados, com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela essencial ou acessória” (artigo 1.º, n.º 1, alínea a) da Directiva 2001/23/CE). Desta noção retiramos várias conclusões.

A primeira é a de que não basta que o transmissário adquira quaisquer elementos que compõem o estabelecimento. Tem de se tratar de um conjunto de meios organizados que sejam idóneos à prossecução de uma actividade de forma autónoma. Não é necessário que eles funcionassem com autonomia no seio da organização do transmitente, mas é imprescindível que lhes seja reconhecida a potencialidade para tal⁷. De igual modo, não é necessário que a unidade económica conserve a autonomia no seio da organização do transmissário⁸. É indiferente que os meios fossem usados pelo transmitente na actividade principal a que se dedica ou em actividades acessórias⁹.

Os elementos constitutivos da unidade económica não têm de ser necessariamente corpóreos, podendo consistir na firma ou em

⁷ Neste sentido, entre outros, MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Descentralización productiva y sucesión de empresas», MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ [coordenadora], *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 233.

⁸ Neste sentido, vide o acórdão *Klarenberg*, do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, de 12/02/2009, processo C-466/07.

⁹ Como se pode ler no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27/06/2007, processo n.º 3721/2007-4 “O critério decisivo para estabelecer a existência de uma transferência, na acepção da directiva, está em saber se a entidade em questão mantém ou não a sua identidade”, disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 05/05/2008.

patentes e modelos de utilidade. A delimitação do que é uma unidade económica dotada de autonomia é tarefa complicada, sobretudo nas situações em que o factor de produção preponderante é o trabalho. Nestes casos, a distinção entre prossecução da mesma actividade e transmissão da unidade produtiva é intrincado, pois se, em regra, não deve ser a mera prossecução da mesma actividade que determina a aplicação da Directiva e correspondentes normas do Código do Trabalho, também não nos parece acertada a solução de considerar que há transmissão da unidade económica pelo simples facto de se transmitirem alguns contratos de trabalho. No entanto, concordamos que, em princípio, a manutenção do núcleo essencial dos trabalhadores da transmitente é um indício revelador da transmissão da unidade económica, mas, como afirma o Supremo Tribunal de Justiça, “A importância deste indício varia em função do ramo de actividade e pode bastar-se com a continuidade de trabalhadores que ocupam postos chave em determinado estabelecimento ou parte de estabelecimento. Isto não significa, como refere o citado Professor [JÚLIO GOMES], que se reduza a actividade económica à mera actividade. A sua identidade pode resultar de outros elementos (enquadramento dos trabalhadores, organização do trabalho, métodos, ou, sendo caso disso, os meios de exploração à sua disposição). Não deixa contudo este critério de ter particular relevo nos casos em que os recursos humanos são mais importantes para a organização da

actividade e, designadamente nos casos em que os operadores económicos não formalizam a transmissão da exploração”¹⁰.

O Tribunal de Justiça das Comunidades já se pronunciou sobre este aspecto, nomeadamente no acórdão *Christel Schmidt*, de 14 de Abril de 1994 (processo C-392/92), e no acórdão *Süzen*, de 11 de Março de 1997 (processo C-13/95).

No fundo, a questão decidenda em ambos os acórdãos é a de saber se os serviços de limpeza de uma empresa podem ser considerados parte de estabelecimento para efeitos de aplicação da directiva comunitária.

O que diferiu nestes dois casos e que contribuiu decisivamente para a diferente solução dada pelo Tribunal foi o facto de no primeiro caso a empresa transmissória querer manter a trabalhadora ao seu serviço e no segundo caso não. A trabalhadora foi entendida pelo Tribunal como um elemento do activo da empresa que, tendo sido transmitido permitia, face à sua capital importância nas actividades de limpeza, afirmar a transmissão de uma unidade económica autónoma.

Os citados arestos não deixam de colocar a questão importante de, em última análise, se deixar nas mãos do empregador e do adquirente a decisão discricionária de estarem ou não submetidos às regras laborais da transmissão de empresa ou estabelecimento, bastando, para tanto, que acordem ou não na cessão de alguns

¹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/02/2010, processo n.º 78/1998.S1, disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 02/09/2010.

contratos de trabalho¹¹. Deparamo-nos com o inusitado de os empresários conseguirem paralisar um efeito de ordem pública – a transmissão automática dos contratos – que a vontade do trabalhador não é, de forma pacífica, apta a impedir. Este entendimento tem ainda um outro efeito pernicioso: nos casos em que não há transmissão de quaisquer outros elementos, transmitente e transmissário vão inibir-se de celebrar quaisquer acordos versando sobre a manutenção dos contratos de trabalho, sob pena de se verem na contingência de ser decretada uma transmissão de estabelecimento. Ou seja, nestes casos, ainda que o transmissário admita absorver alguns dos trabalhadores do transmitente, não obstante não haver transmissão da unidade económica, não o fará, pois poder-se-á ver na obrigação legal de ter de acolher todos os trabalhadores do anterior empregador e ficar solidariamente obrigado pelos créditos laborais vencidos. Não foi, certamente, este o resultado que o Tribunal de Justiça das Comunidades desejava alcançar e também não tem de ser essa a sua interpretação.

Cremos que, tal como também refere o citado acórdão¹², para aferir se estamos ou não em presença de uma unidade económica, teremos de analisar se há a transmissão de alguns elementos, ainda

¹¹ WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, «El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma», *Relaciones Laborales*, n.º 2, 2004, p. 690. Também abordando a questão, mas entendendo que nestes casos se deve analisar cuidadosamente o comportamento das partes para aferir do sentido da sua declaração negocial se houve ou não transmissão da empresa, JÚLIO VIEIRA GOMES, «A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Volume I, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 504-505.

¹² Vide pontos 18 e 20 do mesmo.

que de natureza incorpórea, como sejam o logótipo do estabelecimento, o *know-how* e a clientela, assim como temos de atender à natureza da actividade exercida. Nos sectores onde o trabalho humano é o elemento verdadeiramente importante, a assunção de alguns trabalhadores pelo transmissário, quando conjugada com os restantes elementos, pode indiciar a existência de transmissão de estabelecimento, nomeadamente quando os trabalhadores cujo contrato foi objecto de transmissão constituem o “núcleo duro” do pessoal afecto à prossecução daquela actividade¹³. Mas esta conclusão tem de ser tomada com cautelas, pois tal facto já não conhecerá o mesmo relevo nos casos em que a assunção dos trabalhadores resulta de cláusula de convenção colectiva. Ou seja, a mera transmissão de alguns contratos de trabalho não pode ser tomada como presunção de transmissão da unidade económica, até porque, como assinala a doutrina espanhola, a transmissão dos contratos de trabalho é um efeito e não o elemento, a causa, da transmissão do estabelecimento¹⁴.

Como resulta do exposto, a aplicação da Directiva aos casos de sucessão de contratos de prestação de serviços ou de externalização

¹³ Neste sentido, *vide* JÚLIO VIEIRA GOMES, «A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade», *cit.*, p. 493.

¹⁴ L. M. CAMPS RUIZ, *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, tirant lo blanch, Valência, 1997, p. 28; e WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, «El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma», *Relaciones Laborales*, n.º 2, 2004, p. 689. Ainda sobre as divergências entre a Directiva e a jurisprudencia espanhola, veja-se JESÚS CRUZ VILLALÓN, «Outsourcing y relaciones laborales», *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, pp. 279-289.

de actividades em que a mão-de-obra é o único elemento relevante da unidade económica é extremamente difícil.

A legislação laboral sobre transmissão de uma unidade económica tenta operar a concordância prática entre o direito fundamental do trabalhador à segurança no emprego e o direito, de igual valia do empregador à liberdade de iniciativa económica¹⁵, traduzida, *in casu*, no interesse em manter o valor do objecto negocial estabelecimento para o qual, indubitavelmente, contribui a força de trabalho que lhe está afectada. Ao não atender às causas que subjazem à transmissão, o legislador tenta assegurar que a mudança da titularidade da empresa seja um facto neutro para os trabalhadores, impondo como efeito legal a sub-rogação do transmissário ao transmitente na posição de empregador¹⁶.

Tal como está desenhado o regime português dos efeitos laborais da transmissão da unidade económica, o trabalhador não tem reconhecido, pelo menos de forma expressa, o direito de oposição à transmissão do seu contrato de trabalho para o transmissário. Esta solução já é, em si, questionável. Porém, nos casos em que a aplicação

¹⁵ Afirmando que a subrogação automática do transmissário nos contratos de trabalho nos casos de transmissão da unidade económica não afecta os direitos constitucionais à segurança do emprego nem à liberdade de iniciativa económica, *vide* acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/02/20210, processo n.º 78/1998.S1, disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 02/09/2010.

¹⁶ Como salienta MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, a tentativa de neutralização dos processos de transmissão de empresas operada pela lei laboral, através da consagração do efeito subrogatório, leva a que os fenómenos de descentralização produtiva se revistam também de uma aparente inocuidade. MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Descentralización productiva y sucesión de empresas», *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ [coordenadora], Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 213.

das regras da transmissão de unidade económica vêm contextualizadas num quadro de reestruturação empresarial e de redes de subcontratação, a eficácia da regra da manutenção da relação laboral na titularidade do adquirente, sem direito de oposição do trabalhador é ainda mais discutível. Na verdade, quando a aquisição de parte ou da totalidade da unidade económica cedida é feita por uma grande empresa, os direitos dos trabalhadores cedidos encontram-se mais salvaguardados do que naqueles outros em que a empresa é criada para o efeito ou se trata de uma empresa despatrimonializada. As grandes empresas não só apresentam maior solvabilidade financeira, como a tutela colectiva dos direitos desses trabalhadores não padecerá, em princípio, das limitações conhecidas pelas pequenas empresas que, em virtude da sua dimensão e de outros factores que adiante se analisarão, coartam de forma mais candente as possibilidades de existência de uma negociação colectiva forte e de estruturas de representação dos trabalhadores com suficiente dinamismo e peso reivindicativo.

Pelo exposto, o interesse do trabalhador pode não ser o da transmissão automática, sem possibilidade de oposição, do seu contrato de trabalho para o adquirente da referida unidade económica. De facto, o adquirente da unidade económica pode não oferecer garantias de solvabilidade financeira, o que ocorre principalmente nos casos em que a unidade económica é transmitida a uma nova

sociedade criada para o efeito, em que muitas vezes, os sócios são os mesmos, e a transmitente é o único cliente da transmissária¹⁷.

A aplicação da regra da transmissão automática dos contratos de trabalho, cujo fundamento é a protecção dos trabalhadores, provoca o bizarro efeito de servir na perfeição os interesses da empresa contratante, na medida em que lhe permite reduzir o número de trabalhadores e furtar-se à aplicação de uma convenção colectiva vantajosa para os trabalhadores. A subcontratação transforma um instrumento de tutela laboral em mecanismo facilitador daquela opção organizativa¹⁸.

Uma forma de evitar este efeito seria a lei ou a contratação colectiva preverem um direito de oposição à transmissão do contrato a favor do trabalhador¹⁹, regulando as suas consequências e fixando prazo razoável para tal. Embora a lei imponha ao transmitente e ao transmissário o dever de informar o trabalhador dos termos da transmissão, pode ocorrer que o trabalhador só se consiga aperceber

¹⁷ Vejam-se, por exemplo, as situações relatadas no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29/05/2005 (processo n.º 05S164), disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 18/10/2009.

¹⁸ Neste sentido, *vide* WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, «Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?», *Revista de Derecho Social*, n.º 33, 2006, p. 232; JÚLIO VIEIRA GOMES, «A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade», *cit.*, p. 517 e ss..

¹⁹ Defendendo o direito de o trabalhador se opor à transmissão do seu contrato em caso de transmissão do estabelecimento *vide*, na doutrina portuguesa, por exemplo, RITA GARCIA PEREIRA, «Natureza jurídica da transmissão de estabelecimento comercial», www.verbojuridico.net; JÚLIO VIEIRA GOMES, «A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade», *cit.*, p. 516 e ss..

das reais condições da transmissão quando esta efectivamente se concretize, pelo que seria aceitável que esse prazo só terminasse depois daquele momento²⁰.

De nenhuma das Directivas comunitárias sobre a matéria resulta claramente um direito de oposição para o trabalhador, embora também não se possa inferir o contrário, sobretudo se atentarmos no já aludido intuito protector das mesmas²¹. A jurisprudência comunitária já se pronunciou no sentido de o trabalhador não poder ser obrigado a continuar a sua relação laboral com uma pessoa que o não contratou, cabendo a cada Estado-membro definir a sorte da relação laboral do trabalhador que se recuse a prosseguir-la com o transmissário. Fê-lo em 1985 com o acórdão *Danmolds Inventar*, de 11 de Julho, e em 1992 no acórdão *Katsikas*, de 16 de Dezembro: “As disposições do n. 1 do artigo 3. da Directiva 77/187,(...) não obstam a que um trabalhador empregado pelo cedente à data da transferência da empresa, na aceção do n. 1 do artigo 1. da directiva, se oponha à transferência do seu contrato ou da sua relação laboral para o cessionário. A Directiva não obriga, no entanto, os Estados-membros a prever que,

²⁰ FRANCISCO LIBERAL FERNANDES defende que o desacordo com a transmissão do contrato de trabalho deve ser manifestado antes de a transferência de estabelecimento produzir efeitos. «[Transmissão do estabelecimento e oposição do trabalhador à transferência do contrato: uma leitura do art. 37.º da LCT conforme o direito comunitário](#)», *cit.*, p. 239[74]. No mesmo sentido o acórdão do Supremo tribunal de Justiça, 29/06/2005 (processo n.º 05S164), disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 18/10/2009.

²¹ RITA GARCIA PEREIRA, «Natureza jurídica da transmissão de estabelecimento comercial», *cit.*, p. 12. Refira-se, ainda que a Directiva 2001/23/CE, à semelhança das anteriores, permite que os Estados-membros prevejam disposições mais favoráveis para os trabalhadores (artigo 8.º).

na hipótese de o trabalhador decidir livremente não manter o contrato ou a relação laboral com o cessionário, o contrato ou a relação de trabalho se mantenham com o cedente. Também não se opõe a isso. No caso vertente, compete aos Estados-membros determinar o destino reservado ao contrato ou à relação laboral com o cedente.”²².

Não obstante o princípio da interpretação da lei conforme o Direito Comunitário, a verdade é que o modo como os diferentes países acolheram e transpuseram as orientações comunitárias nos seus ordenamentos jurídicos internos não foi uniforme. De facto, podemos encontrar países que expressamente consagram o direito de oposição do trabalhador (é o caso da Alemanha e do Reino Unido²³) e outros que não o fazem, pelo menos expressamente (como, por exemplo, Portugal Espanha e França).

Para além desta questão, coloca-se ainda uma outra que é a das consequências do exercício desse direito. Segundo o próprio acórdão *katsikas*, a resolução deste problema compete aos Estados-membros. O órgão jurisdicional comunitário não parece impor aos Estados-membros uma linha orientadora nesta matéria, isto é, contanto que os ordenamentos jurídicos de cada Estado permitam ao trabalhador não ser obrigado a permanecer ao serviço do transmissário, estará cumprida a injunção comunitária,

²² Esta corrente jurisprudencial foi depois afirmada noutros arestos, como, por exemplo, o acórdão *Merckx*, de 7 de Março de 1996, e o acórdão *Europièces*, de 12 de Novembro de 1998.

²³ Vide §613ª, n.º 6, do *BGB*, e ponto 4.7. do *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006*.

independentemente da forma jurídica desse direito de oposição e das respectivas consequências. Também nesta matéria a solução dos vários Estados-membros que consagram o direito de oposição do trabalhador não é uniforme. O direito alemão não estipula directamente quais as consequências do exercício do direito de oposição, mas a jurisprudência do Tribunal Federal vai no sentido de que, neste caso, o trabalhador pode permanecer ao serviço do transmitente²⁴. Já no Reino Unido, o trabalhador que recuse a transferência é tratado como se tivesse sido alvo de um despedimento por iniciativa do empregador (*(Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006)*).

A jurisprudência portuguesa nesta matéria nem sempre foi conforme à orientação comunitária. Dessarte, no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/06/1999, pode ler-se que “A transferência dessa “parte da empresa”, por cisão desta, para outra empresa acarreta a transferência dos contratos de trabalho, sem que os trabalhadores se lhe possam opor. III - A Directiva 77/187/CEE não obriga os Estados Membros a prever que os trabalhadores se possam opor à sua transferência para o novo proprietário do

²⁴ RAFAËLE DE LUCA-TAMAJO; ADALBERTO PERULLI, *Descentralización Productiva*, Informe geral do XVIII Congresso Mundial de Paris, 5-8 de Setembro de 2006, disponível em <http://www.faceaucentral.cl/word/descentralizacion.doc>, consultado pela última vez em 09/09/2009., p. 63, e A.-C. HARTZÉN, N. HÖS, F. LECOMTE, C. MARZO, B. MESTRE, H. OLBRICH, S. FULLER, *The Right of the Employee to Refuse to be Transferred. A comparative and theoretical analysis*, EUI Working Papers, Law 2008/20, European University Institute, Italy, 2008, pp. 11-12. Defendendo uma solução idêntica à do Direito alemão no ordenamento francês *vide* PIERRE BAILLY, «Le salarié peut-il refuser les effets d'un transfert d'entreprise?», *Droit Social*, n.º 5, 2003, pp. 474-480.”

estabelecimento.”²⁵. Contudo, constatamos uma inflexão da jurisprudência nacional no sentido de convergência com a comunitária. Nos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 29/06/2005 (Processo n.º 05S164), e do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29/09/2004 (processo n.º 4812/2003-4), reconhece-se o direito de oposição do trabalhador à transmissão do seu contrato de trabalho para o cessionário.

Quanto às consequências da oposição do trabalhador, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29/06/2005 (Processo n.º 05S164), vai no sentido de que o trabalhador pode cessar o contrato de trabalho “considerando-se esta rescisão da responsabilidade da entidade empregadora”. Já o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29/09/2004 (processo n.º 4812/2003-4) refere que “A lei ordinária não prevê as consequências que decorrem para os trabalhadores que não queiram prosseguir a sua actividade na empresa adquirente e, sendo de admitir que o trabalhador se oponha à transferência, quando estiver em causa a sua dignidade como pessoa e como trabalhador (desde que o manifeste antes de o acordo de transferência do estabelecimento produzir os seus efeitos), há que encontrar para cada caso solução de acordo com a situação mais análoga de entre as previstas para situações em que a lei admite uma vontade do trabalhador em sentido contrário ao que resulta da lei ou da intenção do empregador, como por exemplo, nos art. 22º, 23º, 24º e 36º da LCT”. Acrescenta ainda este último aresto que a solução

²⁵ Disponível em www.dgsi.pt, consultado pela última vez em 18/10/2009.

poderá passar pela cessação do contrato com justa causa ou pela sua caducidade, caso o transmitente tenha alienado todo o seu estabelecimento e o trabalhador opte por não prosseguir a sua relação laboral com o transmissário. Refira-se, no entanto, que tanto o Supremo Tribunal de Justiça como o Tribunal da Relação de Lisboa não aplicaram nenhuma das soluções aventadas, pois, em ambos os casos, entenderam que o direito de oposição deveria ser exercido antes da transmissão ou, pelo menos, num prazo razoável após a mesma, o que não se verificava nos casos em apreço. Na situação apreciada pelo Supremo Tribunal de Justiça, este entendeu que não ficou provado que a autora tivesse manifestado eficazmente a sua oposição à transmissão da unidade económica. Na segunda situação – a apreciada pelo Tribunal da Relação de Lisboa - a oposição da trabalhadora era extemporânea por ter sido manifestada em Dezembro de 1997 quando a transferência tinha ocorrido em Março de 1997.

Cumpra agora saber se o nosso legislador, na revisão de 2009, consagrou ou não um direito de oposição do trabalhador e regulou as suas consequências. Da análise do Código do Trabalho resulta que esse acolhimento não foi feito. No entanto, tendo este direito de ser reconhecido por força da aplicação do Direito Comunitário, resta-nos avaliar das possíveis consequências face ao Direito constituído.

Em coerência com o escopo de protecção do trabalhador insito nas normas comunitárias e nacionais que regulam a transmissão da unidade económica, JÚLIO VIEIRA GOMES e RITA GARCIA PEREIRA entendem que a consequência natural do exercício do direito de

oposição por parte do trabalhador tem de ser a manutenção da relação laboral com o transmitente²⁶. Como é óbvio, provando o transmitente que não tem trabalho para o trabalhador opositor não pode ser obrigado a manter uma relação laboral. Nestes casos, a doutrina diverge quanto ao enquadramento legal da situação. Enquanto JÚLIO VIEIRA GOMES defende que o contrato caduca por impossibilidade de o empregador receber trabalho, RITA GARCIA PEREIRA entende que, em caso de comprovada impossibilidade de o empregador manter a relação laboral, poderá o trabalhador resolver o contrato de trabalho com justa causa²⁷. Parece-nos que o empregador poderá, nestes casos, cessar o contrato de trabalho por sua própria iniciativa, recorrendo ao despedimento por extinção do posto de trabalho ou, sendo o caso, ao despedimento colectivo. Nesta última hipótese, o trabalhador terá, naturalmente, direito a compensação.

Esta solução não impede que o trabalhador possa resolver o contrato com justa causa nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo

²⁶ JÚLIO VIEIRA GOMES, «A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade», *cit.*, p. 520, e RITA GARCIA PEREIRA, «Natureza jurídica da transmissão de estabelecimento comercial», *cit.*, pp. 22-23, respectivamente. Também neste sentido, defendendo que o trabalhador deve, nos casos de transmissão parcial da unidade económica, poder optar pela manutenção da relação laboral com o cedente, RAFAËLE DE LUCA-TAMAJO; ADALBERTO PERULLI, *Descentralización productiva*, *cit.*, p. 50. Os autores, embora reconheçam que esta solução introduz elementos de rigidez, consideram-na positiva como factor moralizador do mercado já que acabará por fazer com que as empresas sejam criteriosas na escolha dos seus parceiros contratuais para evitar a oposição dos trabalhadores.

²⁷ JÚLIO VIEIRA GOMES, «A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade», *cit.*, p. 520, e RITA GARCIA PEREIRA, «Natureza jurídica da transmissão de estabelecimento comercial», *cit.*, pp. 22-23, respectivamente.

394.º do Código do Trabalho, isto é, por “Alteração substancial e duradoura das condições de trabalho no exercício lícito de poderes do empregador”. Neste caso, o trabalhador não terá direito a qualquer indemnização (*ex vi* artigo 396.º do Código do Trabalho *a contrario*). A circunstância de o artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23/CE estipular que “Se o contrato de trabalho ou a relação de trabalho for rescindido pelo facto de a transferência implicar uma modificação substancial das condições de trabalho em detrimento do trabalhador, a rescisão do contrato ou da relação de trabalho considera-se como sendo da responsabilidade da entidade patronal”, não significa, em nosso entender, que imponha que se considere que a cessação do contrato de trabalho deriva de atitude culposa do empregador, conferindo o consequente direito a indemnização²⁸. Efectivamente, parece-nos que o termo responsabilidade é usado pela Directiva no sentido de atribuição da conduta a determinado agente e não necessariamente no sentido imputação a título de culpa. Esta solução é entendida pela doutrina como compatível com o direito comunitário²⁹.

²⁸ Em sentido contrário, RODRIGO SERRA LOURENÇO para quem o artigo 4.º, n.º 2 da Directiva 2001/23/CE, ao responsabilizar o empregador pela cessação do contrato de trabalho, impõe que nestes casos se considere que a cessação do contrato de trabalho deriva de atitude culposa do empregador, conferindo, pois, direito a indemnização. «Sobre o direito de oposição dos trabalhadores na transmissão do estabelecimento ou empresa», *cit.*, p. 289.

²⁹ Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 677, e JÚLIO VIEIRA GOMES, «A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade», *cit.*, p. 520. Não obstante o autor considerar preferível reconhecer ao trabalhador o direito “a manter a sua relação contratual com o transmitente quando tal seja possível” ou, em caso de impossibilidade da sua manutenção, a caducidade do contrato por impossibilidade superveniente e absoluta de o empregador receber a prestação laboral. *Idem*, p. 521. Já RITA GARCIA PEREIRA

Não cremos que possamos reconhecer no direito de denúncia do contrato de trabalho a consagração legal de um direito de oposição do trabalhador à transmissão *op lege* do seu contrato de trabalho para o adquirente da unidade económica. De facto, tal direito não traduz qualquer juízo de censura ou de oposição à opção do empregador. Além do mais, seria demasiado oneroso para o trabalhador, na medida em que impõe a observância de um pré-aviso legal que pode ir aos 60 dias, e, por último, a solução da denúncia não reflecte, quanto a nós, a opção do legislador comunitário de responsabilizar o empregador pela cessação contratual efectuada em virtude da transmissão da unidade económica (artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2001/23/CE).

De iure constituendo entendemos que o legislador deveria, na parte do Código do Trabalho dedicada à transmissão de empresa ou estabelecimento, não só consagrar claramente o direito de oposição do trabalhador como regular de forma diferente as suas consequências.

Em alternativa à regulação legal do fenómeno, cremos que a contratação colectiva pode aqui desempenhar um papel importante no sentido de complementar e clarificar o regime legal, contribuindo para alcançar na plenitude os objectivos da Directiva comunitária de tutela efectiva dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência da unidade económica em geral e, em especial, nos casos de descentralização produtiva e de criação de redes de empresas.

defende que o princípio constitucional da segurança no emprego impõe que a consequência natural da oposição à transmissão do contrato de trabalho seja a continuação da relação laboral com o transmitente e, só em caso de comprovada impossibilidade, poderá o trabalhador resolver o contrato com justa causa. RITA GARCIA PEREIRA, «Natureza jurídica da transmissão de estabelecimento comercial», *cit.*, pp. 22-23.

C) O despedimento por causas objectivas

A opção pela subcontratação, quando não acompanhadas da transmissão da unidade económica ou da atribuição de outras tarefas aos trabalhadores antes afectos ao desempenho da actividade externalizada, faz com que a empresa fique com um “quadro de pessoal disfuncional”³⁰.

A ordem jurídica prevê actualmente mecanismos que permitem ao empregador cessar unilateralmente os contratos de trabalho com fundamento em alterações organizativas da empresa: o despedimento colectivo (artigo 359.º e ss. do Código do Trabalho) e o despedimento por extinção do posto de trabalho (artigo 367.º e ss. do Código do Trabalho), sendo este último subsidiário do primeiro, na medida em que um dos requisitos para que possa ser convocado é não ser aplicável o despedimento colectivo (artigo 368.º, n.º 1, al d), do Código do Trabalho).

As regras do despedimento colectivo actualmente vigentes são o resultado da harmonização comunitária operada pela Directiva 98/59/CE, do Conselho³¹.

³⁰ A expressão é de BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, «Regime do despedimento colectivo e as alterações da L n.º 32/99», *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Volume 3, PEDRO ROMANO MARTINEZ [coordenação], Almedina, Coimbra, 2002, pp. 225-260.

³¹ A matéria dos despedimentos colectivos já tinha sido objecto de intervenção comunitária com a Directiva 75/129/CEE, de 17/02/75, do Conselho, publicada no Jornal Oficial n.º L48/29, de 22/02/75, revista pela Directiva 92/56/CEE, de 24/06/92, do Conselho, publicada no Jornal Oficial n.º L245/3, de 26/08/92. A Directiva n.º 98/59/CE, publicada no Jornal Oficial n.º L225, de 12/08/98 veio consolidar os diplomas anteriores. No acórdão de 12/10/2004, o Tribunal de Justiça condenou

A primeira questão que se coloca é a de saber se a decisão de externalização é, só por si, fundamento bastante para desencadear um procedimento de despedimento colectivo.

Face à proibição dos despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa parece-nos que a resposta terá de ser negativa³². Como salienta ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, a extinção dos contratos de trabalho deve ser uma consequência e não um fim³³. O empregador deverá demonstrar que a externalização da actividade provocará o

Portugal pela incorrecta transposição da Directiva Comunitária. Segundo aquele Tribunal, o conceito de despedimento do artigo 1.º, n.º 1, alínea a) da Directiva deve ser interpretado no sentido de englobar qualquer cessação do contrato não pretendida pelo trabalhador, não se exigindo que as causas subjacentes correspondam à vontade do empregador. Ora, no Código do Trabalho a extinção da pessoa colectiva ou o encerramento da empresa são tratados, incorrectamente para o Tribunal de Justiça, como casos de caducidade do contrato de trabalho (artigo 346.º do Código do Trabalho).

³² Também neste sentido *vide* F. CASANI; M.ª A. LUQUE; J. RODRÍGUEZ; P. SORIA, «El *outsourcing* y sus consecuencias sobre los recursos humanos de la empresa», *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n.º 14, 1998, p. 1189. *Vide* também SALVADOR DEL REY GUANTER; MANUEL LUQUE PARRA, «Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 1999, p. 558. Para estes dois últimos autores, a cessação do contrato de trabalho motivada pela descentralização produtiva deve assentar não apenas na existência de uma causa, mas antes na sua suficiência, isto é, embora a mera decisão descentralizadora possa ser causa do despedimento ela não configura causa suficiente para tal. *Idem*, pp. 560-561. Ainda segundo estes autores, a licitude do despedimento fundado na descentralização produtiva deve passar também pelo crivo da proporcionalidade em sentido amplo, isto é, o despedimento deve ser uma decisão necessária, útil e adequada, devendo existir uma relação de funcionalidade ou mínimo equilíbrio entre a decisão de descentralizar e a necessidade que se pretende resolver, por um lado, e, por outro, entre o prejuízo que a decisão importe para o trabalhador. Assim, desta perspectiva, a empresa terá, nomeadamente, de provar que o despedimento é a única solução possível. Ainda neste sentido, no direito espanhol, WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, «Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?», *cit.*, p. 237.

³³ ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 12ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, p. 633.

encerramento de parte da empresa e a consequente diminuição do número de trabalhadores por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos. Os motivos do recurso ao despedimento deverão, nos termos do artigo 360.º, n.º 2, alínea a), do Código do Trabalho, ser comunicados aos representantes dos trabalhadores, sob pena de ilicitude do despedimento (artigo 381.º, n.º 1, alínea a), do Código do Trabalho). Porém, a comunicação deficiente da decisão de despedir acompanhada dos elementos constantes no artigo 360.º, n.º 2, do Código do Trabalho, não é, expressamente, fundamento de ilicitude do despedimento. Se atentarmos nos artigos 381.º e 383.º, só a ausência de comunicação é que determina aquela consequência, não se referindo a lei especificamente a consequências de uma deficiente comunicação.

Uma das razões para o legislador ter imposto a comunicação de determinadas informações aquando do início do procedimento de despedimento colectivo prende-se com a necessidade de os trabalhadores estarem correctamente informados para poderem verdadeiramente negociar e participar neste momento da vida da empresa. Ora, a não comunicação completa dos motivos do despedimento ao inquinarem as negociações com os representantes dos trabalhadores revela, por parte da entidade empregadora, um incumprimento da obrigação de promoção da negociação, sendo isso causa de ilicitude do despedimento, nos termos do artigo 383.º, alínea a), do Código do Trabalho. Quer isto dizer que a ausência da correcta comunicação dos fundamentos naquele momento inicial pode não determinar *tout court* a invalidade do despedimento, mas antes uma

mera irregularidade. Aquela omissão só terá como consequência a invalidade do despedimento se essa informação não for colocada à disposição dos representantes dos trabalhadores a tempo de permitir as referidas negociações³⁴.

O empregador deverá também demonstrar que a externalização e consequente cessação dos contratos de trabalho é idónea (embora possa não ser a única medida possível) à melhoria da situação da empresa. O empregador tem essencialmente que provar que, para superar uma situação de dificuldade ou para melhorar o desempenho da empresa enquanto organização de meios, a medida descentralizadora é essencial ou significativamente benéfica.

Isto não significa que o recurso ao despedimento colectivo se cinja unicamente às situações em que a empresa já apresenta prejuízos, ou seja, está “em crise”. A decisão pode fundar-se na melhoria da situação da empresa, ainda que esta já seja boa³⁵. Mas tal

³⁴ Neste sentido BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, Verbo, Lisboa, 2000, p. 580.

³⁵ A jurisprudência portuguesa é unânime neste ponto. Vejam-se, por exemplo, os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 01/02/2001 (processo n.º 00S124) e de 06/11/2005, disponível no *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 71, Coimbra editora, Coimbra, 2006, p. 55, onde se declara expressamente poder haver despedimento colectivo numa empresa forte e competitiva, desde que essa medida de gestão se fundamente em motivos estruturais, tecnológicos ou de mercado. Também neste sentido JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, Coimbra editora, Coimbra, 2007, pp. 991-992[2382]. Segundo BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, o despedimento colectivo não é apenas um “expediente de crise”, mas também um mecanismo de eficiência. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, «Regime do despedimento colectivo e as alterações da L n.º 32/99», *cit.*, p. 228. Também do mesmo autor *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, *cit.*, p. 414. Já no direito espanhol esta não é uma posição pacífica nem na doutrina nem na jurisprudência. Refira-se que, não obstante a harmonização comunitária nesta sede, o artigo espanhol que consagra o despedimento colectivo é substancialmente diferente do congénere português. Determina, *inter alia*, o artigo 51. do *Estatuto de los*

não significa que o despedimento seja *ad nutum*. Ele será sempre causal na medida em que o empregador terá de demonstrar o nexo de causalidade entre a cessação dos contratos de trabalho e a melhoria da situação da empresa, sendo esta relação ponderada segundo juízos de necessidade, proporcionalidade e adequação³⁶.

Assim, a subcontratação, sem mais, não pode ser usada como único fundamento para o despedimento, na medida em que se trata de um conceito jurídico que necessita de ser coadjuvado e demonstrado com a indicação da factualidade subjacente. O princípio constitucional da proibição dos despedimentos sem justa causa exige que o empregador demonstre que, face às circunstâncias, aquela é, da sua óptica, uma boa opção em termos de gestão empresarial. Os princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação, necessariamente convocados aquando do confronto de direitos fundamentais, impõem

Trabajadores que “Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.”. Debatem-se, no essencial, duas teses opostas: uma que defende que o recurso ao despedimento colectivo só é possível quando a empresa já se encontre numa situação de crise; outra que defende que este expediente é lícito se for comprovadamente um meio de prevenir a crise. Sobre o assunto *vide* MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Descentralización productiva, contratas y despido por causa organizativa», *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, tirant lo blanch, Valência, 2000, pp. 407-420; e WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, «Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?», *cit.*, p. 233 e ss., com indicações jurisprudenciais.

³⁶ Também nestes sentido, VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 991-992[2382].

que o despedimento não se funde numa qualquer melhoria da situação da empresa, mas numa melhoria significativa.

Do que ficou dito depreende-se que não obsta ao despedimento colectivo que as necessidades satisfeitas pelos trabalhadores cujos contratos de trabalho cessaram continuem a existir e que elas sejam satisfeitas com recurso a trabalhadores externos (sejam trabalhadores autónomos ou de outras empresas). A este entendimento obriga o direito constitucional da liberdade de empresa, pois o empresário é livre de, dentro de certos limites, organizar a actividade produtiva, existindo esse direito tanto no início da actividade como posteriormente. Todavia, a necessária concordância prática entre direitos fundamentais obriga a que o empresário comprove que a opção descentralizadora é adequada ao caso concreto.

Entendemos que o dever de fundamentação do despedimento colectivo por parte do empregador se estende também à decisão de determinação dos trabalhadores a despedir. Isto é, para além de ter de demonstrar que o despedimento colectivo, face à situação da empresa, é, nos termos supra explanados, medida idónea à superação das dificuldades sentidas ou à melhoria do desempenho da empresa, o empregador tem também de demonstrar a adequação da cessação de cada um dos contratos de trabalho ao fito do despedimento colectivo. Esta fundamentação, que poderá não ser igual para cada trabalhador, deve ter por base os critérios objectivos de selecção dos trabalhadores

que o próprio empregador definiu³⁷ e que foram oportunamente comunicados³⁸.

Questão conexa com esta é a da sindicabilidade quer dos fundamentos apontados pelo empregador para iniciar o despedimento colectivo quer dos que servem de esteio à decisão de despedimento propriamente dita. De facto, para além da questão do controlo formal do despedimento colectivo, cabe indagar da possibilidade de o tribunal o analisar do ponto de vista material – isto é, saber se existem ou não os fundamentos invocados pelo empregador – do ponto de vista valorativo – trata-se de saber se os fundamentos invocados justificam ou não a decisão de despedimento – e do ponto de vista dos critérios de selecção estabelecidos para a cessação dos concretos postos de trabalho³⁹.

É pacífica na doutrina e na jurisprudência a opinião de que o tribunal pode averiguar da veracidade dos fundamentos invocados para o despedimento, nomeadamente se há efectivamente diminuição do volume de postos de trabalho, se os motivos invocados não foram

³⁷ Ao contrário do que acontece para o despedimento por extinção do posto de trabalho, o legislador não fixou quaisquer critérios de eleição dos trabalhadores (cfr. artigo 368.º, n.º 2, do Código do Trabalho), sendo pacífico na doutrina e na jurisprudência que a sua definição cabe ao empregador. Neste sentido, por exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05/05/97.

³⁸ Neste sentido FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, «Observações acerca da selecção social no procedimento de despedimento colectivo», Comunicação proferida no *Colóquio Anual Sobre Direito do Trabalho* do Supremo Tribunal de Justiça, realizado no dia 14 de Outubro de 2009, p. 7, disponível em www.stj.pt/.../Intervencao%20Dr.%20Frausto%20da%20Silva.pdf.

³⁹ Identificando estes vários planos de análise BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, cit., p. 558.

artificialmente criados pelo empregador e se não há abuso de direito⁴⁰.

Já quanto à verificação do mérito do recurso ao despedimento colectivo e da decisão de despedimento, a questão não é tanto a de saber se o tribunal tem poderes para essa avaliação – aspecto inegável face ao disposto nos artigos 381.º, alínea b), do Código do Trabalho e 157.º e ss. do Código de Processo do Trabalho – mas sim a determinação do âmbito dos poderes do tribunal. Propendemos para a posição segundo a qual face ao princípio constitucional da proibição dos despedimentos sem justa causa (artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa), o empregador tem de fundamentar as suas decisões em factos que serão sindicáveis pelos tribunais, segundo juízos de racionalidade, necessidade, proporcionalidade e adequação.

Para tanto o ónus da prova recairá sobre o empregador que terá de provar não só os requisitos legais, mas também a proporcionalidade entre a motivação apresentada e a decisão de proceder ao despedimento colectivo⁴¹.

Deverá igualmente o empregador provar o nexo funcional entre a fundamentação alegada e a cessação dos concretos contratos de

⁴⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ [*et al.*], *Código do Trabalho Anotado*, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, p. 658.

⁴¹ BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER entende que os nossos tribunais são demasiado exigentes para com o empregador em matéria de ónus da prova, não devendo aqui aplicar-se em pleno a doutrina tradicional, nos termos do artigo 342.º do Código Civil, pois os fundamentos do despedimento colectivo são muito fluidos e derivam de decisões de gestão. Por isso, segundo o autor, o empregador apenas tem o ónus de provar a efectiva redução dos postos de trabalho. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, cit., pp. 655-686, e «Regime do despedimento colectivo e as alterações da L n.º 32/99», cit., p. 249.

trabalho⁴², apelando aos critérios objectivos que ele próprio definiu. O empregador deverá respeitar os critérios de selecção por si previamente determinados⁴³, sob pena de se considerar ilícito o despedimento devido ao facto de a negociação não ter sido correctamente promovida (um aspecto importante da negociação é a determinação dos critérios de selecção dos trabalhadores) ou de não existir fundamento para o despedimento⁴⁴.

De facto, a fundamentação do despedimento deve aferir-se não só aquando da análise da decisão de recorrer a este instrumento, mas também no momento da efectiva cessação dos contratos de trabalho. Esta tem sido a orientação dos tribunais, quando entendem que este é um elemento sindicável. Assim, pode ler-se no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25/03/2009 (processo n.º 3278/08.8TTLSB-4) que “I- O Código do Trabalho, no âmbito do

⁴² Decidiu o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12/03/2009, processo n.º 10611/2008-4, que “O controlo judicial da validade do despedimento colectivo implica, por parte do tribunal, não só a verificação objectiva da motivação invocada para justificar a redução global dos postos de trabalho, mas também, a verificação da idoneidade de tal motivação para, em termos de razoabilidade, determinar a extinção dos concretos postos de trabalho, ou seja, implica também uma análise da adequação da motivação invocada para justificar o despedimento colectivo e a extinção de cada um dos contratos de trabalho que caem por efeito desse despedimento.”. No mesmo sentido os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 18/10/2006 (processo n.º 06S1324), de 17/1/2007, processo n.º 06S1549, e de 26/11/2008 processo n.º 08S1874.

⁴³ Obviamente que estes critérios não podem ser discriminatórios irrazoáveis ou abusivos, sob pena de ilicitude do despedimento dos trabalhadores atingidos, nos termos do artigo 381.º do Código do Trabalho. Neste sentido, FILIPE FRAÚSTO DA SILVA, «Observações acerca da selecção social no procedimento de despedimento colectivo», *cit.*, p. 14.

⁴⁴ Defendendo que a irregularidade resultante do desrespeito por parte do empregador dos critérios de selecção definidos releva apenas para efeitos de indemnização, *vide* BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *O Despedimento Colectivo no Dimensionamento da Empresa*, *cit.*, p. 690.

despedimento colectivo, ao invés do que sucede relativamente à extinção do posto de trabalho (cfr. 403 n° 2), não estabelece qualquer critério ou prioridade quanto aos trabalhadores a abranger pelo despedimento colectivo, antes deixa a determinação desses critérios à liberdade do empregador. II- Mas os critérios de selecção definidos pelo empregador só cumprem o escopo legal se tiverem um mínimo de racionalidade e de congruência por forma a permitirem estabelecer o necessário nexos entre os motivos invocados para fundamentar o despedimento colectivo e o concreto despedimento de cada trabalhador, pois só assim o despedimento de cada trabalhador pode considerar-se justificado face ao art. 53º do CRP”.

O recurso ao despedimento envolve, sem dúvida, juízos de eficiência económica e de prognose que estão fora da alçada do tribunal. Porém, este já deverá analisar se o empregador agiu de boa fé, nomeadamente na fase das consultas. Aqui terá em conta, por exemplo, a atitude do empregador face às medidas alternativas apresentadas pelos representantes dos trabalhadores⁴⁵.

2.2.Efeitos na relação laboral do trabalhador da empresa contratada

A forma de organização empresarial que ora estudamos tem como efeito geral a precarização das relações laborais tanto para os trabalhadores da empresa contratante como para os trabalhadores das empresas (sub)contratadas.

⁴⁵ Neste sentido, JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 995-996.

A organização empresarial actual expõe as relações laborais não só às vicissitudes que afectam a organização produtiva da empresa contratante, mas também às que afectam as empresas contratadas⁴⁶. Essa influência verifica-se, a vários níveis: (i) assume preponderância na política de contratação de trabalhadores, pois, sendo os contratos de cooperação de natureza temporária⁴⁷ as empresas vão fazer reflectir essa característica nos contratos de trabalho que celebrem; (ii) contribui para a degradação das condições de trabalho, tanto ao nível salarial, como da segurança e saúde no emprego como da tutela dos créditos salariais.

Ao erigir-se como prioridade a manutenção do emprego e a defesa do posto de trabalho, em detrimento das melhorias remuneratórias, faz com que, dentro dos limites legais e convencionais, mais pessoas aceitem trabalhar a um preço mais baixo. Por outro lado, nos casos em que a empresa pratique a descentralização produtiva e o trabalho continue a ser realizado nas instalações da empresa descentralizadora, podem existir casos em que às mesmas funções correspondam estatutos remuneratórios diferentes, sem que se possa alegar violação do princípio da igualdade, na medida em que se trata de empresas juridicamente distintas.

⁴⁶ Neste sentido WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, «Descentralización productiva», *cit.*, p. 3; «Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?», *Revista de Derecho Social*, n.º 36, 2006, p. 6; «La tercerización de actividades productivas: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelados del Derecho del Trabajo?», *cit.*, p. 7.

⁴⁷ Como é regra nos contratos de prestação de serviços com carácter duradouro, as empresas apõem a esses contratos um termo para que, aquando da sua verificação, o possam renegociar ou fazer cessar sem penalizações.

A) A transformação das necessidades permanentes em necessidades temporárias. O problema da causalidade da contratação a termo

De facto, o recurso à subcontratação tem por virtualidade a transformação de postos permanentes em temporários, pois justifica que a empresa contratante cesse os contratos de trabalho por tempo indeterminado e que, concomitantemente, a empresa contratada, celebre contratos de trabalho a termo para prestar o serviço à primeira. Ao contrato de prestação de serviços em que se consubstancia a subcontratação é, em regra, aposto um termo, pelo que a actividade externalizada, que corresponde a uma necessidade permanente da empresa principal, passa a ser encarada pela empresa contratada como uma necessidade temporária, que durará a exacta medida daquele. A duração do contrato interempresarial poderá ser maior ou menor, consoante a vontade das partes, pelo que também o carácter temporário da necessidade da empresa contratada estará na sua disponibilidade, *maxime* na disponibilidade da empresa contratante. A subcontratação permite, assim, à empresa contratante não só controlar os seus custos de produção mas também interferir, indirectamente, na gestão de pessoal da empresa contratada, pois esta será feita, tendencialmente, de acordo com os contratos de prestação de serviços celebrados.

Coloca-se, pois, a questão de saber se as empresas contratadas podem fundamentar a contratação dos seus trabalhadores no carácter temporário da duração do contrato de prestação de serviços, apondo

uma cláusula de termo aos contratos de trabalho, vinculando-os à duração do contrato inter-empresarial⁴⁸.

A resposta a esta questão tem de ser encontrada no nosso quadro constitucional e legal.

O artigo 53.º da Constituição da República Portuguesa consagra o princípio da segurança no emprego. Deste princípio decorre, como já temos vindo a ver ao longo deste trabalho, mais do que a simples proibição da justa causa⁴⁹. De facto, afirmando o carácter tendencialmente indeterminado da relação laboral, impõe ao legislador ordinário que os contratos de trabalho a termo sejam a excepção no nosso ordenamento jurídico. Assim, do próprio contrato devem constar os factos, objectivamente comprováveis, bem como a relação entre o termo fixado e a respectiva fundamentação por forma a que resulte claro para o trabalhador o motivo da sua contratação⁵⁰. Em

⁴⁸ Vide sobre o assunto, embora por referência ao ordenamento jurídico espanhol, DULCE SORIANO CORTÉS, «La duración de la contrata o subcontrata como posible causa de temporalidad de los contratos de trabajo», *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000; RAQUEL AGUILERA IZQUIERDO, «**El principio de «causalidad» en la contratación temporal**», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 33, 2001, pp. 99-122; WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, «Descentralización productiva», 2002, www.iustel.com.

⁴⁹ Sobre o princípio da segurança do emprego no direito luso, por exemplo, JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Código do Trabalho e a Constituição Portuguesa*, Lisboa, 2003; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra editora, Coimbra, 2005, pp. 498-516; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Coimbra editora, Coimbra, 2007, pp. 702-713.

⁵⁰ LUÍS MIGUEL MONTEIRO e PEDRO MADEIRA DE BRITO, *Código do Trabalho Anotado*, PEDRO ROMANO MARTINEZ [et al.], *Código do Trabalho Anotado*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, cit., p. 278. A fundamentação do contrato de trabalho a termo é uma formalidade *ad substantiam* que deve constar do próprio contrato, sob pena de este se converter num contrato sem termo por falta ou insuficiência daqueles elementos (artigo 147.º, n.º 1, alínea c), do Código do Trabalho). Conforme se pode

caso de litígio o ónus da prova cabe a quem se quer valer da sua licitude, isto é, ao empregador (artigo 140.º, n.º 5, do Código do Trabalho e artigo 342.º do Código Civil).

Não obstante o carácter excepcional que, segundo o preceito constitucional, os contratos de trabalho deveriam assumir, a verdade é que o legislador é bastante permissivo, especialmente relativamente a um dos motivos que elenca como fundamento da contratação a termo. Estipula do artigo 140.º, n.º 2, al. h), que se pode celebrar contratos de trabalho a termo para “execução de obra, projecto ou outra actividade definida e temporária, incluindo a execução, direcção ou fiscalização de trabalhos de construção civil, obras públicas, montagens e reparações industriais, em regime de empreitada ou em administração directa, bem como os respectivos projectos ou outra actividade complementar de controlo e acompanhamento.”. A comparação da redacção do actual preceito do CT com a do diploma que lhe

ler no sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/06/2008, processo 08S936, “1. A indicação do motivo justificativo da celebração de contrato de trabalho a termo constitui uma formalidade *ad substantiam*, pelo que a insuficiência de tal justificação não pode ser suprida por outros meios de prova, donde resulta que o contrato se considera celebrado sem termo, ainda que depois se venha a provar que na sua génese estava uma daquelas situações em que a lei admite a celebração de contratos de trabalho a termo. 2. Isto significa que só podem ser considerados como motivo justificativo da estipulação do termo os factos constantes na pertinente cláusula contratual. 3. As expressões «devido à época que se está a passar» e «haver um aumento de clientes», consignadas em cláusula contratual para justificar a celebração de um contrato de trabalho a termo certo, são de tal forma vagas e genéricas que não permitem estabelecer o nexo de causalidade entre o motivo invocado e o termo estipulado, tal como exige o n.º 3 do artigo 131.º do Código do Trabalho, o que determina a nulidade da estipulação do termo e transforma o contrato a termo num contrato sem termo, conforme se prevê no n.º 4 do artigo 131.º citado.”. No mesmo sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06/06/2007, processo n.º 07S671, ambos disponíveis em www.dgsi.pt, consultados pela última vez em 05/08/2008.

antecedeu (o artigo 41.º do DL n.º 64-A/89, de 27 de Fevereiro⁵¹) parece levar-nos à conclusão de que esta norma permite que em qualquer situação em que uma empresa tenha uma obra, um projecto ou vá executar uma actividade individualizável e temporária pode contratar, para o efeito, trabalhadores a termo. No contexto da organização empresarial em rede permitir que uma empresa celebre contratos de trabalho a termo com a amplitude ora consagrada é dar o flanco à precarização sem fronteiras da relação laboral, pois, em última análise, todas as necessidades da empresa, se aferidas pelos contratos interempresariais por esta celebrados, serão temporárias. Ora, este efeito não foi certamente querido pelo legislador nem é permitido pela Constituição.

Como já referimos, o princípio da segurança no emprego impõe que “a relação jurídico-laboral deva ser dotada da característica da estabilidade” e “tender para a definitividade e para a perpetuidade, a não ser que se imponham razões substantivas que determinem outro resultado, nunca tal se podendo ficar a dever a caprichos ou a manifestações injustificadas do legislador”⁵². Assim, parece-nos ficar postergada qualquer interpretação da lei que permita que a maioria dos trabalhadores de uma empresa tenha contratos a termo fundamentados na existência de necessidades temporárias, sob pena de esta fundamentação não corresponder à realidade, excepto nos casos de

⁵¹ Antes deste diploma a celebração do contrato de trabalho a termo (ou a prazo como antes se dizia) teve acolhimento na Lei n.º 1952, de 10 de Março de 1937, e, depois, no DL n.º 49 408, de 24 de Novembro de 1969 (artigo 10.º), na sua redacção inicial.

⁵² JORGE BACELAR GOUVEIA, *O Código do Trabalho e a Constituição Portuguesa*, cit., pp. 63-64.

empresas constituídas apenas para uma determinada actividade ou tarefa temporalmente delimitável.

A transposição deste princípio para a realidade empresarial não é fácil, reconhecemo-lo. É casuisticamente que temos de determinar se a necessidade da empresa é ou não temporária. Perante a subcontratação em rede, pode colocar-se a questão de determinar qual o âmbito relativamente ao qual se deve aferir essa temporariedade da necessidade. A doutrina e a jurisprudência têm entendido que o aquilatar do carácter temporário da necessidade é feito por referência à empresa, isto é, a necessidade será ou não temporária consoante o modo como é sentida pelo empregador que se propõe celebrar um contrato de trabalho. Porém, alguma doutrina, sobretudo espanhola⁵³, perante a constatação de que aquela aferição neste âmbito permite que, em contexto de descentralização produtiva, o contrato a termo seja usado como o modo de contratação normal, afirmam que a

⁵³ Por exemplo, CARLOS LUIS ALFONSO MELLADO «Contratación temporal en unificación de doctrina», *Revista de Derecho Social*, n.º 18, 2002, pp. 187-189; MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ, «El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar», *Empresário, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ [coordenadora], Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 37 e ss.; JOSÉ MANUEL MORALES ORTEGA, «Las relaciones interempresariales como fuente de la relación laboral», *Empresário, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ [coordenadora], Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 94 e ss. Para uma indicação de jurisprudência neste sentido, vide WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, «Descentralización productiva, subcontratación y calidad del empleo: ¿términos incompatibles?», *cit.*, pp. 248-252. Já JESÚS CRUZ VILLALÓN defende a resolução do problema da causalidade destes contratos através de intervenção legislativa específica. O autor não descarta a possibilidade de o problema ser resolvido pela contratação colectiva, no entanto, alerta para o facto de, apesar de tal método ser tecnicamente possível, ele poder revelar-se inoperante visto a descentralização produtiva também afectar a aplicação das convenções colectivas. «Outsourcing y relaciones laborales», *cit.*, pp. 278-279.

necessidade a que se deveria atender seria a da empresa principal, isto é, para aferirmos da (i)licitude da celebração do contrato a termo pela empresa auxiliar deveríamos averiguar se para a empresa principal a necessidade é ou não temporária. Com o devido respeito, não nos parece ser esta a melhor consideração, excepto, obviamente, nos casos em que se prove fraude ou abuso de direito, pois a desconsideração da personalidade jurídica deve ser, quanto a nós, sempre um mecanismo excepcional. Por outro lado, não cremos que o contrato interempresarial possa ser fonte da relação laboral, pelo que ele não poderá servir de fundamento a despedimentos nem a contratações.

Tratando-se de um contrato a termo com uma pluralidade de empregadores entendemos que a verificação dos requisitos de licitude da celebração do contrato a termo se deve verificar em relação a todos os empregadores e não apenas relativamente a alguns ou ao que é identificado como representando os demais no cumprimento dos deveres e no exercício dos direitos emergentes do contrato de trabalho, porquanto, a não ser assim, permitir-se-ia que este tipo de contratos, que, repete-se, são excepcionais na nossa ordem jurídica, fossem utilizados para cobrir situações de necessidades permanentes da empresa ou fora dos casos taxativos em que são admitidos.

Com o que ficou dito não se afasta a celebração de contratos de trabalho a termo com base no facto de o empregador ter celebrado algum contrato de cooperação. O que se impede é que isso sirva para generalizar aquela forma de contratação na empresa. O contrato a termo deve ser excepcional, pelo que, em casos extraordinários,

quando o empregador celebre um contrato interempresarial que, face às concretas circunstâncias da empresa e que terão sempre de ser provadas pelo empregador, este não possa, segundo juízos de razoabilidade que vão para além da álea própria da actividade comercial, afirmar o carácter permanente da necessidade. Para tanto, dever-se-á fazer uma ponderação de vários factores, tais como: *i)* se a empresa se dedica normalmente à prestação da actividade para que contrata o trabalhador ou se se trata de uma tarefa ou serviço excepcional; *ii)* se, o número de trabalhadores de que a empresa dispõe é suficiente para satisfazer a procura dos seus bens ou serviços, tomando-se em consideração o seu volume de negócios e respectiva linha evolutiva (em sentido crescente ou decrescente) do desempenho da empresa e os dados disponíveis sobre a evolução do mercado. No fundo trata-se da aplicação do princípio já afirmado na nossa jurisprudência de que o carácter temporário da necessidade não pode ser criado pela própria empresa⁵⁴. Cremos que em sede de contratação a termo e, em especial, quando esta se funde no previsto no artigo 140.º, n.º 2, alínea h), cabe ao empregador um especial ónus de comprovação fáctica dos elementos invocados para a celebração do contrato. A presunção é a de que o contrato é sem termo e, portanto, a aposição de um limite temporal à duração do contrato tem de ser

⁵⁴ Do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02/05/2009 (processo n.º 08S3367) retira-se que a celebração do contrato a termo não pode “repousar na mera vontade ou conveniência do particular empregador a «criação artificial»” das circunstâncias que permitem a celebração do contrato de trabalho. Embora o caso *sub iudice* se referisse à contratação a termo incerto de um trabalhador para substituir outro que foi promovido, primeiro a título experimental e depois definitivamente, dentro da mesma empresa, cremos que este princípio é de aplicar a todos os contratos a termo.

comprovada pelo empregador, sob pena de estarmos perante o primeiro dos tipos de contrato apontado.

B) A degradação das condições de trabalho

É opinião unânime na doutrina que uma das vantagens da subcontratação é a diminuição dos custos do trabalho.

Na esfera jurídica do trabalhador esta vantagem do empregador não se traduz só – podemos mesmo dizer que nem sempre se traduz – na diminuição do salário recebido. Ela provoca uma alteração global nas condições em que o trabalhador executa o seu contrato. Um dos aspectos em que tal se reflecte é o da já analisada precarização da relação laboral resultante da transformação das necessidades permanentes em temporárias. Porém, os efeitos desta forma de organização empresarial vão mais além, de tal forma que se pode falar de uma degradação geral das condições de trabalho sentida, sobretudo, pelos trabalhadores da empresa contratada e que se projecta em aspectos como a retribuição e a segurança e saúde no trabalho.

B.1) Incidências retributivas

Em regra, os trabalhadores das empresas auxiliares ganham salários menos elevados do que ganhavam os trabalhadores da empresa principal (ou os salários que esta teria de pagar se contratasse trabalhadores para a actividade externalizada). Tal deve-se não só ao facto de normalmente estas empresas terem menor poder económico, mas também porque ou não existem convenções colectivas aplicáveis

ou estas, por não serem negociadas para aquela empresa, são mais gerais.

Também os subsídios e outras atribuições não pecuniárias, como a existência de seguros de saúde ou de vida, são menos frequentes nas empresas de menor dimensão.

O poder e força do colectivo dos trabalhadores tende a diminuir com o tamanho da organização empresarial, pelo que, também por este motivo, as condições retributivas tendem a ser menos aliciantes.

Por outro lado, sendo empresas de menor dimensão e muitas vezes despatrimonializadas, são também mais frágeis as garantias dos trabalhadores em caso de incumprimento da obrigação retributiva⁵⁵.

Sendo estes efeitos conhecidos, cumpre perguntar se a lei portuguesa consagra mecanismos para os eliminar ou, pelo menos neutralizar.

Nos termos do artigo 333.º do CT, os trabalhadores beneficiam de um privilégio mobiliário geral e de um privilégio imobiliário especial para garantia dos créditos emergentes da relação laboral ou da sua violação ou cessação.

Muitas vezes estes trabalhadores não podem beneficiar do privilégio imobiliário especial previsto na lei (artigo 333.º, n.º 1, al b), do CT) ou porque exercem a sua actividade nas instalações da

⁵⁵ A doutrina é praticamente unânime na afirmação de que as condições de trabalho nas pequenas empresa são, em regra, piores. *Vide*, por todos, ANTÓNIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, «Las Condiciones de Trabajo en las Empresas Auxiliares», *La negociación colectiva en España: una mirada crítica* RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ (Coordenador Geral), Observatorio de la negociación colectiva, Tirant lo Blanch, 2006, p. 73.

empresa principal ou porque o imóvel não pertence ao empregador (por exemplo, é arrendado)⁵⁶. Este privilégio creditório, tal como está consagrado actualmente, revela-se, afinal, com uma aplicação prática reduzida⁵⁷.

Também a garantia dada pela concessão de um privilégio mobiliário geral é limitada, pois são empresas mais pequenas, com menos bens corpóreos ou em que estes assumem escassa relevância (ex.: sector das limpezas e da segurança). Mesmo nos casos em que os bens corpóreos existem não raro são de pouco valor comercial (como carros e computadores que rapidamente ficam obsoletos).

Alguns países consagram legislativamente a responsabilização da empresa principal pelas dívidas laborais da empresa auxiliar⁵⁸, mas esta solução coloca vários problemas. Em primeiro lugar o do seu fundamento. Depois o do tipo de responsabilidade e o da modalidade da obrigação daí resultante. Podem ainda colocar-se outras questões que se prendem com as opções de regime da responsabilidade consagrada, como a decisão de ela existir em todos os casos ou apenas

⁵⁶ Na Lei 17/86, de 14 de Junho, que anteriormente regulava a matéria, o privilégio imobiliário dos trabalhadores estendia-se a todos os imóveis do empregador (era uma privilégio imobiliário geral). Esta foi uma figura que causou alguma perplexidade entre alguma doutrina portuguesa, pois, nos termos do Código Civil (artigos 743.º e 744.º) os privilégios creditórios imobiliários consagrados são sempre especiais.

⁵⁷ Também neste sentido, JÚLIO VIEIRA GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 899.

⁵⁸ É o caso da Áustria, de Espanha (artigo 42. do ET), Itália (O artigo 29. da Lei n.º 276/2003, de 10 de Setembro, prevê que, dentro do prazo de um ano após a cessação do contrato inter-empresarial, a responsabilidade solidária entre a empresa principal e a contratada pelos créditos do trabalhador e à Segurança Social), Estados Unidos Mexicanos (Artigos 13. a 15. da *Ley Federal del Trabajo*) e Québec⁵⁸ (Artigo 54 da *Loi sur les Relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'oeuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q. c. R-20), para o sector da construção).

nas situações em que o terceiro não pagou o serviço ao empregador auxiliar ou a previsão de um modo de ilidir a responsabilidade.

Quanto à primeira das questões cremos que o fundamento da responsabilização do empresário principal se alicerça em dois elementos. Por um lado, o facto de o empresário principal, ainda que indirectamente, beneficiar do trabalho dos trabalhadores daquele com quem celebra contrato de cooperação. Por outro, a circunstância de, em virtude do aludido contrato, poder, de alguma forma, determinar os desígnios da outra empresa. No fundo, nesta situação, o empresário principal obtém os resultados que teria se fosse empregador, mas sem os inconvenientes⁵⁹. Para obviar a isso responsabiliza-se não só o empregador, mas também aquele que obtém um benefício com esta forma de organização empresarial.

A subcontratação traz especiais riscos para os créditos dos trabalhadores, pelo que se justifica, em nosso entender, a situação de vantagem relativamente aos demais credores, como mecanismo de reposição da igualdade contratual.

Assim, sempre que as empresas tenham estruturas organizativas comuns ou, ainda que as não tenham, cooperem, de forma duradoura, interferindo essa cooperação nas opções de gestão empresarial e, directa ou indirectamente, nas relações laborais estabelecidas ou a estabelecer, devem as empresas envolvidas ser responsabilizadas.

⁵⁹ Neste sentido JUAN GORELLI HERNÁNDEZ, *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, Madrid, Grupo difusión, 2007, p. 167.

A responsabilidade do empresário principal pelas dívidas emergentes do contrato de trabalho celebrado entre o seu cooperante e os trabalhadores será extracontratual objectiva ou pelo risco, pois resultam da prática de certos actos que, embora lícitos, causam prejuízo a outrem⁶⁰.

É fundamento da responsabilidade objectiva que quem retira benefícios da actividade de outrem responda pelos danos que este possa causar. Assim, se a empresa principal leva a cabo a sua actividade produtiva com o auxílio de outrem, podendo aquela determinar aspectos organizativos desta, justifica-se a sua responsabilização pelo incumprimento dos deveres que o controlado tem para com os seus trabalhadores. Esta solução necessita, face ao actual quadro jurídico português nos termos do qual este tipo de responsabilidade só existe quando a lei expressamente o diga (artigo 483.º, n.º 2, do Código Civil), de acolhimento legal para que possa ser aplicada já que, fora dos casos em que se possa afirmar a existência de estruturas organizativas comuns, não há disposição que a determine.

Não sendo empregadores, parece-nos que a responsabilidade da empresa contratante deverá ser subsidiária relativamente à do empregador. Funcionando esta responsabilidade como uma garantia do trabalhador⁶¹, este deve, em primeiro lugar, dirigir-se ao seu

⁶⁰ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Volume I, 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 520.

⁶¹ A doutrina espanhola, a propósito da natureza da obrigação solidária imposta ao subcontratante nos casos previstos no artigo, fala de *fianza solidaria* precisamente porque “*el comitente ocupa numa posición accesorio respecto del deudor principal y solo responde ante el incumplimiento del deudor principal*”. JUAN GORELLI HERNÁNDEZ, *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*, cit., p. 193.

devedor para obter a satisfação do seu crédito e, uma vez executado o seu património sem obter total cumprimento, poderá dirigir-se a todos ou a qualquer um das outras empresas.

Esta responsabilidade deverá apenas abranger as dívidas vencidas no período de tempo que durar a cooperação e por um período de tempo limitado após a sua cessação, pois não é exigível que a empresa cooperante fique indeterminadamente obrigada. Note-se que esta solução não contende com a regra da prescrição dos créditos laborais. Simplesmente se estabelece um prazo dentro do qual o trabalhador pode beneficiar de uma garantia acrescida para os seus créditos.

Esta solução contribuiria para a moralização do mercado, pois as empresas ver-se-iam compelidas a ser particularmente diligentes na eleição do seu parceiro contratual.

Por outro lado, aumentaria a tutela dos trabalhadores das empresas que têm estruturas organizativas comuns, mas que não têm um contrato de trabalho com uma pluralidade de empregadores - tanto por prestarem trabalho a apenas uma das empresas como nos casos em que ao contrato falte a forma escrita, para os que entendem que isso obsta à aplicação da solidariedade.

B.2) Os aspectos relacionados com a saúde e segurança no trabalho

A presença de trabalhadores pertencentes a vários empregadores, bem como destes com trabalhadores autónomos, potencia o risco de acidentes e torna mais difícil a efectivação das

normas de saúde e segurança no trabalho, porquanto reclama de todos os intervenientes uma atitude colaborativa e de compromisso que, por depender de vários sujeitos, está exposta a maiores probabilidades de falhas. De igual modo, a subcontratação é outro factor de risco⁶², não só pela potencial diluição de responsabilidades e maior dificuldade em apurar responsabilidades (que será tanto maior quanto maior for a cadeia de subcontratação), mas também porque ela opera muitas vezes com recurso a empresas mais pequenas e estudos apontam para que o número de acidentes de trabalho seja maior nas empresas de menor dimensão⁶³.

Preocupada com os efeitos da organização empresarial na segurança e saúde dos trabalhadores, tanto das empresas contratadas como das contratantes, a União Europeia tem vindo a manifestar-se através de Regulamentos, Recomendações e Directivas⁶⁴, gerais ou mais específicos.

⁶² Neste sentido, entre outros, JESÚS CRUZ VILLALÓN, «Outsourcing y relaciones laborales», *cit.*, pp. 267-271; e JUAN JOSÉ CASTILLO, *Los estragos de la subcontratación (La organización del trabajo como factor de riesgo laboral)*, Secretaría de Comunicación e Imagen de UGT-Madrid, Madrid, 2004, pp.109-125; TERESA MANECA LIMA, «Risco de Acidente de Trabalho: desafios a uma cultura de prevenção - O sector da Construção Civil em Portugal», *Actas do V Congresso Português de Sociologia "Sociedades Contemporâneas: Reflexividade e Acção"*, 2004, disponível em www.aps.pt/cms/docs_prv/docs/DPR4628dee04bb06_1.pdf, consultado pela última vez em 06/07/2009.

⁶³ FRANCISCO LIMA, *Os custos dos Acidentes de Trabalho nas Empresas de Construção*, p. 6, disponível em <http://web.tagus.ist.utl.pt/~francisco.lima/>, consultado pela última vez em 06/07/2009.

⁶⁴ São várias as Directivas sobre segurança e saúde no trabalho. Destacamos aqui, pelo que aportam ao tema em análise, a Directiva 89/391/CEE, do Conselho, de 12 de Junho, relativa à aplicação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores no trabalho, alterada pela Directiva 2007/30/CE, do Conselho, de 20 de Junho, que é a Directiva-quadro na matéria, e a Directiva 91/383/CEE, do Conselho, de 25 de Junho, que completa a aplicação de medidas

Cumprindo o dever de transposição da Directiva 89/391/CEE, do Conselho, de 12 de Junho (Directiva-quadro), o legislador nacional consagrou no Código do Trabalho (artigos 281.º a 283.º) e na Lei n.º 102/2009, de 10 de Setembro, regras que, entre outros objectivos, tentam prevenir estas situações⁶⁵.

Assim, prevê-se que “Quando várias empresas, estabelecimentos ou serviços desenvolvam, simultaneamente, actividades com os seus trabalhadores no mesmo local de trabalho, devem os respectivos empregadores, tendo em conta a natureza das actividades que cada um desenvolve, cooperar no sentido da protecção da segurança e da saúde.” (artigo 16.º, n.º 1, da Lei n.º 102/2009). No cumprimento deste dever, a empresa principal tem de coordenar os demais empregadores, quando, no mesmo espaço físico, prestem actividade trabalhadores pertencentes a vários empregadores e, bem assim, informar os empregadores das outras empresas de vários elementos elencados nas alíneas a) a g) do artigo 18.º da Lei n.º 102/2009 (artigo 19.º, n.º 4, da Lei n.º 102/2009). Note-se que a obrigação de informação imposta pelo artigo 19.º é unidireccional, isto é, só impende sobre o empregador em cujas instalações é prestada a actividade. Cremos que, até para cumprimento do dever de cooperação, se deveria prever expressamente que a empresa que vai executar a actividade deva informar o empregador, daqueles mesmos

tendentes a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores que têm uma relação de trabalho a termo ou uma relação de trabalho temporário.

⁶⁵ Acerca dos efeitos da descentralização produtiva em matéria de segurança e saúde no trabalho, bem como sobre a transposição desta Directiva no direito espanhol *vide* JESÚS CRUZ VILLALÓN, «Outsourcing y relaciones laborales», *cit.*, pp. 267-275.

elementos. Não obstante, e dado o carácter de complementaridade entre o dever de cooperação e o dever de informação, cremos que a empresa contratante poderá exigir da contratada aquelas mesmas informações.

Para além deste dever de cooperação e de informação, o mesmo artigo estabelece quem são as pessoas responsáveis pela segurança e saúde dos trabalhadores: *i*) a empresa utilizadora, no caso de trabalhadores em regime de trabalho temporário; *ii*) a empresa cessionária, no caso dos trabalhadores em regime de cedência ocasional; *iii*) a empresa em cujas instalações outros trabalhadores prestam serviço ao abrigo de um contrato de prestação de serviços⁶⁶. Quando uma empresa contrata serviços com terceiros, o cumprimento das regras de segurança e saúde no trabalho pertence a cada um dos empregadores, relativamente aos seus trabalhadores, porém, a empresa contratante tem o dever de assegurar a coordenação daquelas

⁶⁶ O preceito nacional é mais amplo que o congénere espanhol (artigo 24. da Lei n.º 31/1995, de 8 de Novembro, conhecida como *Ley de Prevención de Riesgos Laborales*), pois este apenas impõe a obrigação de vigiar o cumprimento das normas de prevenção de riscos quando as empresas contratam a realização de obras e serviços correspondentes à própria actividade. Por outro lado, a norma nacional não impõe apenas um dever *in vigilando*, mas sim um dever de resultado para a empresa que contrata com terceiros. Para mais desenvolvimentos sobre o regime espanhol JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET, «Obligaciones y responsabilidades en materia de seguridad y salud en los supuestos de contratas y subcontratas. Consideraciones en torno al art. 24 (coordinación de actividades empresariales) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Descentralización productiva y protección el trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 273-297. Verificamos este tipo de preocupações também na legislação de países não comunitários, como a Venezuela. Neste país a *Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo*, publicada na *Gaceta Oficial* n.º 38.236/26 de Julho de 2005, prevê que os trabalhadores das empresas contratadas cuja actividade seja inerente ou conexas àquela que se dedica o contratante devem ter as mesmas condições de trabalho e o mesmo nível de protecção em matéria de segurança e saúde no trabalho que os trabalhadores da empresa principal (artigo 57.)

actividades com os demais empregadores. Em caso de subcontratação de actividades que devam ser desenvolvidas nas suas instalações, a empresa contratante deve assegurar que o exercício sucessivo de actividades por terceiros nas suas instalações ou com os equipamentos utilizados não constitua um risco para a segurança e saúde dos trabalhadores envolvidos (artigo 16.º, n.º 3, da Lei n.º 102/2009), não tendo, porém, o legislador especificado o(s) concreto(s) modo(s) através do(s) qual(is) essa verificação deveria ser feita.

A violação destes deveres constitui uma contra-ordenação muito grave pela qual são solidariamente responsáveis o contratante e contratado (artigo 16.º, n.º 4, da Lei n.º 102/2009, e artigo 551.º, n.º 4, do Código do Trabalho. A nossa lei nada refere relativamente aos casos de subcontratação em cadeia. Estando a responsabilidade contra-ordenacional sujeita ao princípio da tipicidade, cremos que não podemos inferir do artigo 551.º, n.º 4, do Código do Trabalho, a responsabilidade da empresa contratante pelas contra-ordenações laborais das empresas subcontratadas.

Algumas legislações, como a espanhola, vão mais longe exigindo que, em caso de subcontratação da actividade, a empresa contratante tenha o dever de vigiar o cumprimento das normas de segurança e saúde por parte da empresa contratada, mesmo quando os trabalhadores laborem em espaço pertencente a esta última (artigo 24., n.º 3 da *Ley de Riesgos Laborales*).

O sector da construção, atentas a natureza e condições de desempenho da actividade, é particularmente atreito a acidentes de trabalho. Este é, por tradição, o sector onde mais amiúde se pratica a

subcontratação e onde encontramos no mesmo espaço físico trabalhadores pertencentes a vários empregadores. Por isso o legislador comunitário, através da Directiva 92/57/CE, do Conselho, de 24 de Junho, relativa às prescrições mínimas de segurança e saúde no trabalho a aplicar em estaleiros temporários ou móveis, e o legislador nacional, através da Lei n.º 273/2003, de 29 de Outubro, transpôs aquela Directiva, estabelecendo regras específicas para este sector em matéria de segurança e saúde⁶⁷.

O referido Decreto-Lei exige que, para a maioria das situações, existam dois planos, um Plano de Segurança e Saúde em Projecto e um Plano de Segurança e Saúde em Obra, sendo o segundo a concretização e desenvolvimento do primeiro atentas as especificidades da execução da obra. Quando se preveja a existência de mais do que uma pessoa a executar a obra deve ser nomeado um Coordenador de Segurança em Projecto e um Coordenador de Segurança em Obra (artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 273/2003). Estabelecem-se ainda uma série de obrigações nesta matéria para todos os intervenientes na obra, nomeadamente para o executante da obra que tem o dever de assegurar o cumprimento do Plano de Segurança pelos subempreiteiros e trabalhadores independentes (artigos 17.º a 23.º, do Decreto-Lei n.º 273/2003), atribuindo-se,

⁶⁷ No ordenamento jurídico espanhol, a subcontratação no sector da construção é objecto de legislação especial (Lei n.º 32/2006, de 18 de Outubro, publicada no BOE de 19 de Outubro de 2006, e o Real Decreto n.º 1109/2007, de 24 de Agosto, publicado no BOE de 25 de Agosto de 2007, que desenvolve a Lei n.º 32/2006) que visa, *inter alii*, a protecção da segurança e saúde dos trabalhadores. Assim, impõe-se que, a partir do terceiro nível de subcontratação, esta tenha de obedecer a causas objectivas bem como requisitos de solvabilidade das empresas (artigos 5. a 7 da Lei n.º 32/2006).

concomitantemente, as responsabilidades contra-ordenacionais a cada um dos intervenientes pelo incumprimento dos seus deveres (artigo 25.º e ss. do Decreto-Lei n.º 273/2003).

3. Conclusões

Quando uma empresa decide recorrer à cooperação empresarial em rede e subcontratar a sua actividade tem de resolver o problema do destino a dar aos trabalhadores que antes desempenhavam a(s) actividade(s) descentralizada(s). Perfilam-se várias alternativas: *i*) a reclassificação profissional do trabalhador e/ou a sua transferência para outro estabelecimento do empregador; *ii*) a transmissão dos contratos de trabalho para quem passar a exercer a actividade externalizada; *iii*) despedimento.

Como constatamos não são soluções jurídicas privativas da forma de organização empresarial de que ora cuidamos, mas algumas delas colocam problemas novos. É o caso a transmissão dos contratos de trabalho para quem passar a exercer a actividade externalizada e do despedimento.

Num quadro de subcontratação, a regra da transmissão dos contratos de trabalho para o transmissário da unidade económica, nem sempre tutela os interesses dos trabalhadores, uma vez que este pode ser um sujeito que não ofereça ao trabalhador garantias de solvabilidade e de cumprimento das suas obrigações laborais, porque detentor de pouco ou nenhum património. Esta situação é ainda mais

frequente nos casos de empresas que se dedicam à prestação de serviços e em que, por isso, o factor humano é o elemento primordial destas organizações. Nestes casos, o interesse do trabalhador reclama que lhe seja reconhecido, por lei ou pela contratação colectiva, o direito de oposição à transmissão do seu contrato de trabalho, assim como que sejam reguladas as consequências do exercício daquele direito. Entendemos que resulta das Directivas e jurisprudência comunitárias sobre a matéria o reconhecimento, ao trabalhador, do direito de oposição à transmissão do seu contrato, não obstante tal não constar expressamente do Código do Trabalho. Defendemos que, de *iure constituto*, a consequência natural do exercício do direito de oposição por parte do trabalhador deve ser a manutenção do vínculo laboral com o transmitente, mas, de *iure constituendo*, deve permitir-se ao trabalhador cessar o seu contrato com direito a indemnização. Esta solução pode ser alcançada por uma de duas vias: *i*) caber ao empregador o ónus da prova da impossibilidade de manutenção do vínculo laboral; *ii*) caber ao trabalhador a prova do prejuízo sério na transferência do seu contrato de trabalho. A primeira das situações é claramente mais favorável ao trabalhador.

O despedimento por extinção do posto de trabalho ou colectivo é uma solução bastante comum nos casos em que o empregador decide descentralizar a sua actividade. O princípio constitucional da proibição do despedimento sem justa causa impõe que a decisão de externalização não seja, só por si, fundamento bastante para o despedimento dos trabalhadores, exigindo que o empregador prove que a externalização e o despedimento são idóneos

à melhoria da situação da empresa, embora esta não tenha de apresentar prejuízos. Os princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação, sindicáveis judicialmente, impõem que o despedimento não se funde numa qualquer melhoria da situação da empresa, mas numa melhoria significativa.

Numa organização empresarial baseada na subcontratação, as relações laborais dos trabalhadores das empresas envolvidas ficam expostas não só às vicissitudes que afectam a organização produtiva do seu empregador, mas também àquelas que afectam as empresas com as quais o seu empregador mantém estreitas relações de cooperação.

Esta dependência tem influência tanto na política de contratações das empresas como nas condições de trabalho propriamente ditas.

Concluimos que o carácter temporário do contrato de cooperação interempresarial não pode servir de fundamento para a generalização da celebração de contratos a termo pelas empresas da rede. Embora seja por referência ao verdadeiro empregador que se deve aferir o carácter transitório da necessidade, este não pode ser criado pelo próprio empregador, sob pena de violação do princípio constitucional da segurança no emprego. O contrato a termo é excepcional na nossa ordem jurídica.

A interposição da personalidade jurídica, permitida pela subcontratação, pode ser um meio para aumentar a produtividade empresarial, mas tem como efeito a inaceitável degradação das condições de trabalho, que se reflectem, nomeadamente, nos aspectos

retributivos (em sentido amplo), no aumento do risco de insolvência do empregador, na diminuição das garantias dos créditos e na segurança e saúde dos trabalhadores da rede.

Defendemos o alargamento da responsabilidade solidária pelos créditos emergentes da relação laboral a todos os empresários que estabeleçam entre si relações de cooperação interempresarial estável e duradoura. Não consideramos necessariamente todos os empresários da rede de subcontratação empregadores, pelo que entendemos que a responsabilidade deve recair em primeira linha sobre o empregador e só subsidiariamente sobre os demais empresários e abranger apenas as dívidas vencidas no período de tempo que durar a cooperação e por um período de tempo limitado após a sua cessação.

Para terminar gostaríamos apenas de acrescentar que acreditamos que a regulação dos efeitos da subcontratação não passa apenas por algumas alterações legislativas, mas, sobretudo, pela contratação colectiva e por uma mais correcta ponderação jurisprudencial na hora de aplicar os institutos e blocos normativos laborais, pensados para outras situações à nova realidade da subcontratação e das redes empresariais.

O trabalho intermitente como instrumento de flexibilização da relação laboral: o regime do Código de Trabalho de 2009.

André Almeida Martins

Professor Equiparado a Assistente da Área Científica de Direito do Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Instituto Politécnico do Porto

Sumário: 1- Introdução; 2 - Trabalho intermitente: 2.1 - O modelo do Código do Trabalho - o trabalho alternado e o trabalho à chamada; 2.2 - O antecedente: o artigo 8.º da Lei 4/2008, de 7 de Fevereiro; 2.3 - O regime legal: requisitos de admissibilidade e de forma; direitos e deveres das partes; 3 - Conclusões.

1. Introdução

Entre as novidades introduzidas no ordenamento jurídico laboral pelo novo Código do Trabalho^{68 69} conta-se a consagração, nos

⁶⁸ O Código do Trabalho de 2009 (daqui em diante identificado pela sigla CT 2009 ou simplesmente CT) foi aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, tendo entrado em vigor em todo o território nacional e no estrangeiro, no dia 17 de Fevereiro de 2009. O diploma foi rectificado pela Declaração de Rectificação da Assembleia da República n.º 21/2009, de 18 de Março e alterado, no artigo 538.º, pela Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro. O anterior Código do Trabalho, o Código do Trabalho de 2003 (doravante, identificado pela sigla CT 2003), foi aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, tendo sido revogado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, não obstante algumas das suas normas permanecerem transitoriamente em vigor (cfr. artigo 12.º do Diploma Preambular da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro).

⁶⁹ Para uma análise crítica da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, cfr. PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, “O Código do Trabalho Revisto”, *O Direito*, n.º 141, ano 2009, II, pp. 245-267. O Autor considera que a revisão do Código do Trabalho de 2003, levada a cabo pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, constitui uma “*revisão substancialmente pouco profunda*”, “*feita de modo precipitado*” e em que “*a técnica legislativa foi a*

artigos 157.º a 160.º do CT 2009, de uma modalidade⁷⁰ de contrato de trabalho que, não se podendo dizer inteiramente desconhecida do sistema jurídico-laboral nacional⁷¹, só pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro obteve consagração a nível geral no Código do Trabalho: o designado contrato de trabalho intermitente.

pior”: nesse sentido, após uma referência às principais alterações, não se coíbe de apontar e analisar o “*desacerto das alterações*”, as “*soluções desadequadas*”, a “*incompletude das alterações*” e aquilo que designa como “*alterações subreptícias*”.

⁷⁰ Como realça MARIA IRENE GOMES, “Primeiras reflexões sobre a revisão do regime jurídico do contrato de trabalho a termo pelo novo Código do Trabalho”, *Scientia Iuridica* – Tomo LVIII, 2009, n.º 318, pp. 281-282 uma das alterações sistemáticas a que o CT 2009 procedeu, consistiu na criação de uma secção nova (em relação ao CT 2003), “*a Secção IX, designada «Modalidades de contrato de trabalho». Reúnem-se, assim, sistematicamente numa única secção diferentes modalidades de contrato de trabalho tratadas anteriormente em partes distintas do CT de 2003*”. Com efeito, nota também PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 250, que, nesta matéria a revisão alterou o “*paradigma sistemático*”: (...) *com a revisão passou a entender-se que as alterações ao paradigma do contrato de trabalho de regime comum, resultantes de cláusulas contratuais, implicariam que se estaria perante uma modalidade diversa de contrato de trabalho. (...) trata-se de uma mera questão de enquadramento, que não altera, por si, as soluções concretas, pelo que o regime é coincidente. Tendo em conta este novo enquadramento, como modalidades de contrato de trabalho encontramos: o contrato a termo (artigos 139.º e ss.); o tempo parcial (artigos 150.º e ss.); o trabalho intermitente (artigo 157.º); a comissão de serviço (artigos 161.º e ss.); o teletrabalho (artigos 165.º e ss.) e o trabalho temporário (artigos 172.º e ss., todos do CT2009)*”. Sendo certo que não há diferença significativa entre um modelo segundo o qual as partes do contrato de trabalho incluem cláusulas que alteram a relação laboral típica (como no CT 2003) ou aquele em que simplesmente acordam numa diversa modalidade de contrato de trabalho, a nova arrumação do CT 2009 tem pelo menos a vantagem de reafirmar a opção sistemática que o legislador assumiu no CT 2003, por exemplo, quanto à matéria do trabalho a tempo parcial, opção então criticada por MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 294, nota 189, que vê na matéria “*uma situação laboral especial*” cujo tratamento se poderia eventualmente efectuar “*em sede de contratos de trabalho especiais*”. Quanto à questão do enquadramento do trabalho a tempo parcial ver, ainda, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Contrato de Trabalho a Tempo Parcial (Tópicos de Reflexão)”, IX e X Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias, sob coordenação de ANTÓNIO MOREIRA, Coimbra, Almedina, 2007, p. 221, nota 53.

⁷¹ Com efeito, no artigo 8.º da Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro, o legislador já havia previsto o exercício intermitente da prestação de trabalho, desta feita limitado ao âmbito do contrato de trabalho dos profissionais do espetáculo. Quanto a esta matéria, vide *infra* p. 12.

Esta figura contratual, conhecida, estudada e consagrada legalmente em vários países da Europa com ordenamentos jurídicos próximos do nosso⁷², traduz-se, sobretudo, como veremos numa das submodalidades agora consagradas, o designado *trabalho à chamada*, “*numa das mais flexíveis formas de emprego*”⁷³ que o Direito do Trabalho conhece.

O surgimento desta figura, bem como de outras modalidades de contrato de trabalho, está umbilicalmente ligado ao fenómeno que se pode designar como a ultrapassagem de um modelo de relação salarial, que antes era conhecido pela designação “*relação salarial fordista*”⁷⁴ e que, de acordo com a actual teoria das relações salariais, se reconduz ao modelo da “*estabilidade polivalente*”⁷⁵.

Este modelo, que no período que se seguiu à Segunda Grande Guerra, teve o inegável mérito de uniformizar e estabilizar o mercado de trabalho, deu origem àquele que, apesar de tudo, ainda se pode considerar como “*o modelo de vínculo laboral sociologicamente prevalente*”⁷⁶: a chamada relação laboral típica ou *standard*, juridicamente enquadrada pelo contrato de trabalho por tempo indeterminado, que proporciona, do ponto de vista do trabalhador, “os

⁷² Para uma sucinta análise comparativa (até ao ano de 2005), realçando a diversidade das soluções oferecidas pelos vários ordenamentos europeus, cfr. GUIDO BONI, “Contrato di Lavoro Intermittente e Subordinazione”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2005, ano XXIV, parte I, pp. 117-118.

⁷³ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho - À luz do novo Código do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 133.

⁷⁴ Sobre o conceito de relação salarial fordista, cfr. JORGE LEITE, “Direito do Trabalho na Crise - Relatório Geral”, *Temas de Direito do Trabalho, Direito do Trabalho na Crise. Poder Empresarial, Greves Atípicas - IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho*, Coimbra, Coimbra Editora, 1990, p. 23, nota 5.

⁷⁵ Sobre o modelo de relação salarial designado por “*estabilidade polivalente*” (antes conhecido como relação salarial fordista), bem como sobre outros modelos de relacionamento, cfr., para uma descrição sucinta, Livro Verde sobre as Relações Laborais, Abril, 2006, ponto 10.1, p. 195, nota 23, disponível em www.mtss.gov.pt/docs/LivroVerdesobreasRelaçõesLaborais.pdf.

⁷⁶ Expressão de MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, cfr. “Ainda a crise do Direito Laboral: a erosão da relação de trabalho típica e o futuro do Direito do Trabalho”, *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho - Memórias, sob coordenação de ANTÓNIO MOREIRA*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 255.

*empregos estáveis, a tempo completo, com certas garantias de carreira profissional*⁷⁷, sob a organização e direcção de “um único sujeito bem definido, que o remunera e que conforma a sua conduta emitindo as correspondentes ordens e instruções, [numa] relação que se desenvolve num quadro empresarial (a fábrica, o escritório, o estabelecimento comercial, etc.)”⁷⁸, estando-lhe igualmente associado “um certo nível de tutela”⁷⁹.

Ora, é precisamente este modelo, a partir do qual se consubstanciou o quadro regulatório clássico das relações jurídico-laborais, que, a partir da década de setenta do século passado e de forma cada vez mais acentuada até aos nossos dias, tem vindo a ser posto em causa em várias das suas dimensões⁸⁰. Surgindo como consequência do fenómeno mais global designado pela doutrina como a “*crise do direito do trabalho*”⁸¹, a “*erosão da relação de trabalho típica*” resulta de alterações que sucessivamente se verificam nos pressupostos económicos, nos modelos empresariais, nas agendas dos empregadores, dos sindicatos e das administrações públicas e até no próprio perfil típico de trabalhador subordinado, de tal forma que o processo de erosão é apresentado como tendo um “*cunho de inevitabilidade*”⁸².

Com efeito, foi a partir, e como consequência, da referida “*crise do direito do trabalho*” que se introduziu no vocabulário, e,

⁷⁷ Cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 23, nota 5.

⁷⁸ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 87.

⁷⁹ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Ainda a crise do Direito Laboral: a erosão da relação de trabalho típica e o futuro do Direito do Trabalho”, *ob. cit.*, p. 256 e nota 4, com referências bibliográficas.

⁸⁰ Para uma identificação dos vários elementos que confluem actualmente para essa *crise* do quadro regulatório clássico, cfr. Livro Verde sobre as Relações Laborais, Abril, 2006, ponto 10.4 p. 195-196.

⁸¹ Sobre o “*comportamento*” do Direito do Trabalho na *crise* de que aqui se fala - a que teve a sua origem económica próxima no choque petrolífero de 1973 - cfr., por todos, JORGE LEITE, *ob. cit.*, pp. 21-49.

⁸² Para uma análise dos vectores e consequências do processo de erosão, cfr., por todos, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “Ainda a crise do Direito Laboral: a erosão da relação de trabalho típica e o futuro do Direito do Trabalho”, *ob. cit.*, p. 255-266.

paulatinamente, no próprio ordenamento jurídico-laboral, uma ideia que se veio a tornar central: a flexibilidade das relações laborais.

O conceito de flexibilidade do mercado de trabalho tem origem na consideração de que a protecção do emprego, proporcionada pelo sistema jurídico-laboral, constitui um custo fixo do factor trabalho que tem influência sobre o emprego e, consequentemente, sobre o desemprego, e pode hoje definir-se como “*a capacidade da empresa modular a segurança do emprego segundo as realidades económicas*”^{83 84}.

A flexibilidade (e as transformações que se lhe adivinhavam associadas), surgida então no contexto da *crise*, era um conceito “*intelectualmente sedutor*”⁸⁵, de tal forma que ainda hoje é caracterizado como “*palavra mágica dos nossos dias*”⁸⁶, aparecendo como possível panaceia para os males do mercado de emprego, na medida em que permitiria diminuir os custos fixos associados à mão-de-obra e, assim, multiplicar as potencialidades desse mercado, nomeadamente, pela “*utilização de formas de emprego mais versáteis*”, que sacrificavam o designado “*princípio sacrossanto da estabilidade*”⁸⁷.

⁸³ Cfr. Livro Verde sobre as Relações Laborais, Abril, 2006, ponto 10.1, p. 185.

⁸⁴ No âmbito dos conceitos com que se caracteriza e pretende explicar as relações laborais dos dias de hoje, além do conceito de flexibilidade, há que obviamente trazer à colação o conceito de *flexigurança* que pode ser definido como: “*uma estratégia política que tenta, sincrónica e deliberadamente, por um lado, aumentar a flexibilidade dos mercados de trabalho, da organização do trabalho e das relações de trabalho e, por outro lado, aumentar quer a segurança de emprego, quer a segurança social, especialmente para os grupos fracos dentro e fora dos mercados de trabalho.*”, cfr. Livro Verde sobre as Relações Laborais, Abril, 2006, ponto 10.3, p. 193.

⁸⁵ A expressão é utilizada de JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 23.

⁸⁶ Cfr. JÚLIO GOMES, “Direito do Trabalho, Volume I, Relações Individuais de Trabalho”, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.676.

⁸⁷ Cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, “O direito do trabalho na crise (Portugal)”, *Temas de Direito do Trabalho, Direito do Trabalho na Crise. Poder Empresarial, Greves Atípicas - IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho*, *ob. cit.*, p. 103.

Do ponto da política social do Estado, a flexibilidade, nomeadamente, na citada vertente de ampliação da tipologia contratual à disposição dos operadores económicos, surge como uma possibilidade de intervir estrategicamente no mercado de trabalho, aumentando o número de pessoas que podem obter um emprego, quer pela criação de novos postos de trabalho, quer pela repartição dos já existentes, surgindo assim como benefício dos próprios trabalhadores, que se viriam integrados na vida laboral, ainda que não nas desejadas condições de uma relação laboral típica; do ponto de vista das empresas, permite-lhes um modelo de organização do tempo de trabalho e do processo produtivo adaptado às suas necessidades e às variações do mercado, designadamente, facultando instrumentos que permitem instituir a rotatividade nos postos de trabalho, satisfazer necessidades transitórias e concretas sem a obrigação de contratar por tempo indeterminado, ajustar o volume de trabalho a uma produção frequentemente descontínua, em suma, incrementar a maleabilidade da utilização da mão-de-obra⁸⁸.

No entanto, sem querermos aqui entrar na análise e discussão da matéria, é preciso ter sempre presente que “*a flexibilidade de uns é conseguida à custa de limitações para outros*”, sendo de todos conhecidas as consequências negativas associadas aos instrumentos de flexibilização do mercado de trabalho, designadamente, a chamada “*espiral da contratação a termo*”⁸⁹ ou a incidência assimétrica⁹⁰ e discriminação indirecta⁹¹ associadas ao trabalho a tempo parcial⁹².

⁸⁸ Referindo-se às opções proporcionadas e desvantagens associadas à flexibilidade inerente ao trabalho a tempo parcial, cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 211-212 e JÚLIO GOMES, “Trabalho a Tempo Parcial”, *ob. cit.*, p. 58.

⁸⁹ Cfr. JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, *Relações Individuais de Trabalho*, *ob. cit.*, p. 582 e 583 (nesta página cfr. também quanto ao ponto em questão a nota 1493).

⁹⁰ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Ob. cit.*, p. 212

⁹¹ Cfr. JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, Volume I, *Relações Individuais de Trabalho*, *ob. cit.*, p. 679.

⁹² Ainda quanto ao ponto da flexibilização, não obstante a noção ser imediata e mais comumente associada a instrumentos de maleabilização da relação laboral e de organização do tempo do trabalho no interesse (primordial) do empregador, importa

No plano jurídico, e reportando-nos novamente à *crise do direito do trabalho*, eram fáceis de adivinhar as consequências da pretendida maleabilização do mercado de trabalho: tendo como paradigma a relação típica, enquadrada no contrato de trabalho por tempo indeterminado, a flexibilidade vem de alguma forma “*fragilizar o vínculo contratual, ampliando as margens de manobra do empregador na definição das condições de trabalho, designadamente, as respeitantes à estabilidade*”⁹³, desencadeando o tal processo de erosão do emprego normal, sitiando a relação *standard* em vários dos seus aspectos, nomeadamente, entre outros, “*a duração do contrato, a organização do tempo de trabalho e a opacidade do empregador*”. Em suma, estava colocado em causa “*o modelo que o direito laboral tinha segregado anteriormente à crise*”⁹⁴.

Em face desta evolução, o processo de erosão da relação laboral típica traduziu-se sobretudo no crescimento do recurso às chamadas relações laborais atípicas, no aumento do trabalho autónomo e dos casos de para-subordinação. No que particularmente concerne às relações laborais “atípicas”, podemos dizer, citando MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, que “*algumas já existiam mas tinham, até então, um significado marginal, ao passo que outras são novas (...): a atipicidade pode residir na precaridade do vínculo (são os contratos de trabalho a termo), no facto de o trabalhador não dedicar todo o seu dia de trabalho à empresa (como sucede no caso do trabalho a tempo parcial), ou de desenvolver a prestação laboral fora das instalações empresariais (como sucede nos casos de trabalho com local diluído e no caso do trabalho no domicílio e do tele-*

fazer notar, como faz JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 33, nota 17, que “*a flexibilidade não tem que ser unidireccional*”, não sendo totalmente desprovidas de sentido hipóteses de criação de instrumentos de “*flexibilização por opção do trabalhador*”, nomeadamente em “*matéria de horários de trabalho*”: surgem assim como alternativa ao “*horário rígido, sem qualquer alternativa*” as opções do “*horário fixo variável*”, dos “*horários flutuantes*” e do “*horário elástico*”, diferentes modalidades de horários flexíveis para o trabalhador.

⁹³ Cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 30.

⁹⁴ Cfr. BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *ob. cit.*, p. 103.

*trabalho), ou pode decorrer ainda de factores diversos atinentes à organização e divisão do trabalho na empresa (como se verifica nas situações de partilha do posto de trabalho*⁹⁵*, no emprego plural ou no trabalho em grupo)*⁹⁶.

De tal modo evoluiu a realidade económica, social e jurídica das relações laborais, que, actualmente, já se afirma que *“uma carreira laboral única que cubra a toda a existência será a excepção e não a regra. Ao longo da própria vida, as pessoas terão períodos de trabalho e períodos de desocupação, actividades a tempo inteiro e actividades a tempo parcial.”*⁹⁷

Podemos assim concluir, com JOÃO LEAL AMADO, que *“todos estes fenómenos põem em xeque o paradigma clássico de contrato de trabalho. Novas modalidades contratuais surgem e velhas modalidades ressurgem, tudo contribuindo para formar um «mosaico juslaboral» rico e diversificado.”*⁹⁸

É precisamente no âmbito deste processo (aparentemente contínuo) de erosão da relação laboral típica e de procura inevitável de instrumentos de flexibilidade, que continuam a responder às sucessivas exigências dos mercados, que surge a figura do trabalho intermitente que, como veremos, se apresenta como *“uma forma extrema de adaptação, de plasticidade, de maleabilização”*⁹⁹, no âmbito da qual o conceito de heterodisponibilidade tem a potencialidade de ser estendido para limites que nenhuma outra figura contratual do ordenamento jurídico-laboral permitia até à data. Nesse sentido, é curioso notar que na sequência da reforma laboral que introduziu o instituto no ordenamento italiano, houve quem na

⁹⁵ Quanto ao fenómeno conhecido como *job sharing*, cfr., entre nós, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *Ob. cit.*, p. 215-217 e, ainda, JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 37, nota 20, distinguindo-o dos chamados *contratos de solidariedade*.

⁹⁶ Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, cfr. “Ainda a crise do Direito Laboral: a erosão da relação de trabalho típica e o futuro do Direito do Trabalho”, *ob. cit.*, p. 260-261.

⁹⁷ Cfr. GUIDO BONI, *ob. cit.*, p. 113.

⁹⁸ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 88.

⁹⁹ Cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 36.

doutrina, ainda que reportando-se a uma modalidade de trabalho intermitente que não encontra paralelo no CT 2009, considerasse o contrato de trabalho intermitente como “*o contrato mais vergonhoso de toda a reforma*”¹⁰⁰.

Munidos destas considerações iniciais, tratemos pois de analisar o instituto do trabalho intermitente e o regime que lhe foi consagrado no CT 2009.

2. Trabalho intermitente

A Comissão do Livro Branco das Relações Laborais¹⁰¹, colocada perante a hipótese de diversificação das formas de contratação de trabalho, relativamente àquelas que existiam no CT 2003, nomeadamente através da criação, por via legislativa, de novos modelos contratuais, veio a concluir que “*as condições actuais do emprego em Portugal*” e “*os ensinamentos recolhidos de outras experiências nacionais*”¹⁰² não sugeriam a necessidade de explorar essa linha de trabalho. Tal conclusão era, de resto, reforçada pela ideia de que a multiplicação dos modelos contratuais ao dispor poderia, de alguma forma, surtir um “*efeito favorável ao desenvolvimento da precariedade do emprego*”¹⁰³.

Todavia, o Governo e os Parceiros Sociais, no Acordo Tripartido¹⁰⁴, optaram por não seguir aquela recomendação da

¹⁰⁰ Cfr. GUIDO BONI, *ob. cit.*, p. 123, nota 26.

¹⁰¹ O mandato da Comissão incluía, entre outras, a incumbência de “*propor alterações com vista à flexibilidade interna das empresas e à melhoria das possibilidades de conciliação da vida profissional com a vida pessoal e familiar de todos os que trabalham para a empresa, bem como à promoção da igualdade de género*”. Cfr. “Livro Branco das Relações Laborais”, de 30 de Novembro de 2007, I Parte, ponto 1, p. 9, , disponível em <http://www.mtss.gov.pt/docs/LivroBrancoDigital.pdf>.

¹⁰² Cfr. Livro Branco das Relações Laborais, *ob. cit.*, V parte, III, ponto 4, p. 102.

¹⁰³ Cfr. Livro Branco das Relações Laborais, *ob. cit.*, V parte, III, ponto 4, p. 103.

¹⁰⁴ Cfr. Acordo Tripartido para um Novo Sistema de Regulação das Relações Laborais, das Políticas de Emprego e da Protecção Social em Portugal, subscrito pelo

Comissão, e precisamente na rubrica dedicada ao combate à precariedade, à segmentação e à promoção da qualidade de emprego, preconizaram que se viesse a introduzir no ordenamento jurídico laboral a modalidade de trabalho intermitente, definindo desde logo, em traços gerais, o regime que posteriormente veio a ser introduzido pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro: um *“contrato de trabalho sem termo no qual a prestação do trabalho ocorre durante pelo menos metade do ano mas mantém o vínculo laboral de contrato sem termo durante todo o período. O empregador poderá chamar o trabalhador a prestar trabalho com aviso prévio de 20 dias. Durante o período de inactividade, o trabalhador terá direito a compensação retributiva correspondente a parte do valor da retribuição, podendo desempenhar outra actividade e para efeitos de carreira contributiva serão registadas a compensação retributiva e o valor da diferença da totalidade das remunerações auferidas e a retribuição normal”*¹⁰⁵.

2.1. O modelo do Código do Trabalho - o trabalho alternado e o trabalho à chamada

O modelo de contrato de trabalho intermitente que foi consagrado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, possibilita às partes, recorrendo à formulação utilizada no n.º 1 do artigo 157.º do CT 2009, celebrar um contrato pelo qual *“as partes podem acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inactividade”*, no pressuposto de o empregador ser uma *“empresa que exerça actividade com descontinuidade ou intensidade variável”*.¹⁰⁶

Governo e os Parceiros Sociais, em Lisboa, no dia 25 de Junho de 2008, em http://www.mtss.gov.pt/preview_documentos.asp?r=1388&m=PDF.

¹⁰⁵ Acordo Tripartido para um Novo Sistema de Regulação das Relações Laborais, das Políticas de Emprego e da Protecção Social em Portugal, *ob. cit.*, ponto 5.13, p. 29.

¹⁰⁶ Sobre o conceito de *actividade com descontinuidade ou intensidade variável*, cfr., *infra*, p. 15.

Na perspectiva da flexibilização da relação laboral, a modalidade do trabalho intermitente surge assim como mais um instrumento, porventura, como acima se referiu, o que maior maleabilidade permite, no sentido de possibilitar às empresas adaptarem-se à crescente flutuação e sucessivas interrupções nas necessidades de trabalho, particularmente, em sectores em que tais oscilações sejam profundas e mesmo relacionadas com a natureza característica das próprias actividades¹⁰⁷.

A flexibilidade proporcionada por este novo instrumento do ordenamento jurídico-laboral resulta em grande medida daquilo que se pode caracterizar como as duas *espécies* ou *submodalidades*¹⁰⁸ que o trabalho intermitente assume no CT 2009. Com efeito, resulta do regime dos artigos 158.º a 160.º do CT 2009 que o modelo de contrato de trabalho intermitente introduzido pelo legislador comporta quer o designado *trabalho alternado*, quer o *trabalho à chamada*, duas espécies de um mesmo género que apresentam diferenças significativas quer a nível do específico regime jurídico, quer sobretudo a nível da dinâmica entre flexibilidade e repercussão das relações laboral na esfera da vida privada do trabalhador.

No n.º 1 do artigo 159.º do CT 2009 é delineada a distinção entre estas duas submodalidades do trabalho intermitente, na medida em que, por um lado, se permite que as partes estabeleçam no contrato “a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado”, definindo também “o início e termo de cada período de trabalho”, assim optando pela submodalidade do *trabalho alternado*, ou então, por outro lado, e num registo de maior flexibilidade e incerteza, escolham antes a “antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele”, o que caracteriza o núcleo essencial do chamado *trabalho à chamada*.

¹⁰⁷ Pensamos, como *infra* desenvolveremos, por exemplo, na exploração de *infra*-estruturas turísticas. Assim, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, “Direito do Trabalho”, 14.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p.400.

¹⁰⁸ Assim, cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 134.

Como afirma JOÃO LEAL AMADO¹⁰⁹, um ponto de contacto entre as duas submodalidades consiste no facto de “*o quantum da prestação laboral*” ter de “*ser programado pelos sujeitos*”, uma vez que o artigo 158.º, n.º 1, alínea b) do CT 2009, dispõe que o contrato deve conter a “*indicação do número anual de horas de trabalho, ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo*”. Além disso, na execução do contrato de trabalho intermitente, seja qual for a modalidade por que se opte, haverá uma relativamente constante sucessão entre períodos de trabalho e períodos de inactividade.

Com excepção deste ponto, e concretamente no que diz respeito à maleabilização do tempo de trabalho, estas duas submodalidades seguem caminhos que não sendo opostos, são tudo menos coincidentes.

Na verdade, no *trabalho alternado*, as partes, além do *quantum* da prestação necessária, prevêem também o seu *quando*, fixando antecipadamente a duração do trabalho e as respectivas épocas do ano. Esta submodalidade é um instrumento que poderá ter utilidade nos casos de empresas cujas necessidades descontínuas de mão-de-obra são perfeitamente previsíveis e podem ficar programadas no contrato, de modo que o trabalhador fica com a certeza quanto aos períodos de prestação de actividade.

Em rigor, o *trabalho alternado* vem a coincidir, na sua aplicação prática, com uma forma de trabalho a tempo parcial em que a organização da jornada, em lugar de consistir numa jornada inferior (relativamente à jornada a tempo completo) ao longo do dia, da semana ou do mês, se traduz numa jornada inferior ao longo do ano.¹¹⁰ Na verdade, a alteração do módulo de referência do trabalho a tempo parcial de semanal para anual, que se registou do CT 2003¹¹¹ para o

¹⁰⁹ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 134.

¹¹⁰ Cfr. JOSÉ MANUEL DEL VALLE VILLAR; PEDRO RABANAL CARBAJO, *Derecho del Trabajo*, Instituto de Auditores-Censores Jurados de Cuentas de España - Escuela de Auditoría, Madrid, 2000, p. 58.

¹¹¹ Cfr. artigo 180.º, n.º 3 do CT 2003.

CT 2009¹¹², veio permitir a possibilidade de as partes recorrerem ao chamado *tempo parcial vertical anual*, ele próprio uma “*forma adicional de flexibilizar o tempo de trabalho*”.¹¹³ Aliás, esta coincidência entre *trabalho alternado* e *tempo parcial vertical anual* foi já apontada pela doutrina, não obstante a novidade das figuras no ordenamento, falando-se mesmo na “*sobreposição funcional das figuras*” que torna a sua distinção “*evanescente*”¹¹⁴.

Face ao que acima se expõe, já se vê que onde o regime do trabalho intermitente apresenta novidades significativas, em relação aos instrumentos e soluções contratuais já anteriormente disponibilizados pelo legislador, é na submodalidade do *trabalho à chamada*.

Com efeito, o *trabalho à chamada*¹¹⁵ consiste numa modalidade de contrato de trabalho em que a efectiva realização da prestação de trabalho por parte do trabalhador se encontra condicionada a “*um acto eventual e não programado*”¹¹⁶ do empregador: acto esse que consiste na solicitação da prestação, isto é, no *chamamento* ou *chamada* do trabalhador. Estamos assim perante uma modalidade de contrato de trabalho de acordo com a qual se atribui ao empregador a faculdade de determinar livremente¹¹⁷ o *se* e o *quando* da prestação, ficando o trabalhador num aparente “*estado de sujeição*”¹¹⁸, uma vez que, no compromisso contratual que assumiu, se obrigou não só a estar disponível, como também a efectivamente responder às convocatórias do empregador, sendo também especialmente compensado por essa situação de heterodisponibilidade.

¹¹² Cfr. artigo 150.º, n.º 3 do CT 2009.

¹¹³ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 135.

¹¹⁴ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 135.

¹¹⁵ No direito espanhol, o trabalho “*fijo discontinuo y no periódico*”; nas várias designações anglo-saxónicas, o “*labour on call*”, “*job on call*” ou “*stand by worker job*”; no direito alemão, o designado *Kapovaz*, diminutivo de “*Kapazitätsorientierter variabler Arbeitszeit*”.

¹¹⁶ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 222.

¹¹⁷ Liberdade essa naturalmente condicionada nos termos que à frente se analisarão.

Cfr. *infra* p. 18.

¹¹⁸ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 222.

Ora, se atentarmos no facto de no *trabalho alternado*, o tempo de trabalho ser fixado antecipadamente, sendo o “*ritmo da intermitência (a cadência ocupação/inactividade) previsível e programado no contrato*”, é fácil concluir que o carácter de indeterminação e incerteza que caracteriza o *trabalho à chamada* faz desta submodalidade um instrumento que aporta um grau de flexibilização da relação laboral que no nosso ordenamento era até agora desconhecido.¹¹⁹

Com efeito, ao contrário do que sucede no *trabalho alternado*, em que além do *quantum*, o *quando* da prestação laboral está perfeitamente definido, no *trabalho à chamada*, como refere ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “*a prestação laboral permanece incerta seja no an seja no quando, consentindo ao empregador dispor da força de trabalho de modo extremamente flexível, de acordo com as suas exigências*”.¹²⁰

Nesta submodalidade, o tempo de trabalho depende (quase) exclusivamente das necessidades do empregador¹²¹, pois sendo um instrumento especialmente vocacionado para permitir uma maleabilização desse tempo, no âmbito de empresas com níveis de actividade irregulares, tem como principal função permitir ao empregador ajustar o tempo de heterodisponibilidade dos seus trabalhadores às flutuações desses níveis de actividade, dos quais ficam dependentes quer a solicitação do trabalho, quer, na sequência da chamada, a duração do trabalho efectivo.

Mas se assim é, as repercussões na organização temporal da vida do trabalhador são evidentes, uma vez que “*o tempo de heterodisponibilidade é quase sem limites*”¹²². Como refere JORGE LEITE, “*o trabalhador só pode organizar e programar a sua vida*

¹¹⁹ *Rectius*, relativamente desconhecido face ao regime consagrado no artigo 8.º da Lei n.º 4/2008 de 7 de Fevereiro, cfr. *infra* p. 12 e ss.

¹²⁰ Cfr. ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 222.

¹²¹ Havendo mesmo quem critique esta forma de trabalho porque assim se “*transmite o risco empresarial para os trabalhadores*.”, cfr. JÚLIO GOMES, *Trabalho a Tempo Parcial*, *ob. cit.*, p. 75, nota 31.

¹²² Cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 36.

extraprofissional se conhecer previamente, não apenas quantas, mas também quais, as horas do dia, os dias da semana e as semanas do ano que está obrigado a trabalhar”¹²³, elementos que, no âmbito do *trabalho à chamada*, ficam exclusivamente dependentes da vontade futura do empregador. Com efeito, numa certa perspectiva, o *trabalho à chamada* pode mesmo ser considerado como uma das formas pelas quais a subordinação se estende à esfera privada do trabalhador e, sobretudo, implica um esbatimento da fronteira entre tempo de trabalho/tempo de descanso, não sendo despropositada a afirmação de que haverá momentos que poderão ser caracterizados como *tempo de terceiro tipo*.¹²⁴

De qualquer forma, o que é importante destacar, é que, por um lado, no âmbito do *trabalho à chamada*, o período em que o trabalhador não se encontra a trabalhar, mas aguarda a solicitação do empregador, ou seja, o chamado período de inatividade, não é tempo de total autodisponibilidade, isto é, tempo que o trabalhador pode dedicar aos seus interesses e preferências pessoais, com actividades familiares, recreativas, sociais, cívicas, culturais ou outras, uma vez que esse tempo é sempre condicionado por uma eventual solicitação do empregador. Por outro lado, como veremos¹²⁵, a própria gestão do período de inatividade para efeitos do exercício de outra actividade remunerada encontra-se fortemente comprimida, dada a abrangência da heterodisponibilidade que resulta do *trabalho à chamada*. Na verdade, constatando estes dois factos, houve quem, na doutrina italiana, considerasse que o trabalho intermitente se encontrava numa “*zona de constitucionalidade, por assim dizer, border line*”¹²⁶.

¹²³ Cfr. JORGE LEITE, *ob. cit.*, p. 33.

¹²⁴ Cfr., quanto ao *tempo de terceiro tipo*, ALBINO MENDES BAPTISTA, “Tempo de trabalho efectivo, tempos de pausa e tempo de terceiro tipo”, *RDES*, 2002, n.º 1, Janeiro - Março, Ano XLIII, em particular p. 41 e 42.

¹²⁵ Cfr. *infra* p. 21 e 22.

¹²⁶ Cfr. GUIDO BONI, *ob. cit.*, p. 132.

2.2. O antecedente: o artigo 8.º da Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro

O exercício intermitente da prestação de trabalho, precisamente na modalidade de *trabalho à chamada*, não era porém figura totalmente desconhecida do ordenamento jurídico laboral português. Na verdade, foi no âmbito do contrato de trabalho dos profissionais do espectáculo, contrato de trabalho especial regulado pela Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro¹²⁷, que surgiu entre nós esta modalidade de contrato de trabalho.

Nos n.ºs 1 e 2 do artigo 8.º da Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro prescreve-se que as partes nos contratos de trabalho dos profissionais do espectáculo poderão convencionar o exercício intermitente da prestação do profissional do espectáculo sempre que o espectáculo público¹²⁸ não apresente “*carácter de continuidade*”. Na medida em que se trata de *trabalho à chamada*, há naturalmente pontos deste regime que nos interessa referir, uma vez que fornecem algumas indicações úteis para a análise do regime do instituto tal como plasmado no CT 2009¹²⁹.

¹²⁷ À Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro, veio a Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro aditar o artigo 10.º-A que regula os “Casos especiais de contrato de trabalho de muito curta duração” no âmbito das prestações artísticas, à semelhança do que o artigo 142.º do CT 2009 dispõe relativamente às actividades sazonais agrícolas e aos eventos turísticos, quando sejam de duração inferior a uma semana. Para uma análise da Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro, cfr. MARGARIDA CORDEIRO PORTO FIGUEIREDO, “A participação de menores em espectáculos e outras actividades de natureza cultural, artística ou publicitária: análise das especificidades do regime legal”, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008. Para uma resenha histórico-legislativa do regime jurídico do trabalho dos profissionais do espectáculo até à Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro, cfr. Albino Mendes Baptista, “Subsídios para a criação de um regime jurídico do contrato de trabalho do profissional de espetáculo”, *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor António Motta Veiga*, Almedina, Coimbra, 2007.

¹²⁸ Para a definição de *espectáculo público* para efeitos da Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro, cfr. artigo 1.º, n.º 3.

¹²⁹ É portanto com esse intuito meramente descritivo, e sem pretensões de análise do regime que tecemos as considerações que se seguem. Para uma análise mais detalhada do regime do artigo 8.º da Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro, cfr. JÚLIO GOMES, “Da

Nesse sentido, importa começar por referir que nos termos do referido artigo 8.º, n.º 2 da Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro, as partes poderão celebrar *ab initio* um contrato de trabalho para o exercício da prestação de forma intermitente ou, por outro lado, transformar um contrato *standard* num contrato intermitente¹³⁰. Neste segundo caso, importa realçar que ao trabalhador é conferido um “*direito ao arrependimento*”, a exercer até ao 7.º dia seguinte à data da celebração, nos termos do artigo 10.º, n.º 4 da Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro.

De acordo com o disposto no artigo 8.º, n.º 4, no período em que o trabalhador profissional de espectáculos se encontra em inactividade, terá de se manter disponível para iniciar a prestação de trabalho desde que seja convocado com a antecedência mínima de 30 dias. Este prazo é meramente supletivo visto que as partes poderão acordar na chamada noutros termos, ao que parece estabelecendo até um prazo de chamada inferior ao legal¹³¹, o que, como veremos, de acordo com o regime do CT 2009 não se afigura possível.

Na medida em que se encontra nessa situação de (quase permanente) disponibilidade no período de inactividade, o trabalhador tem direito a uma “*compensação retributiva*”¹³². Neste ponto, importa desde já destacar uma diferença significativa relativamente à norma paralela do CT 2009. De facto, prevê-se que o valor da compensação será de “*30% ou 50% da retribuição normal correspondente ao último período de trabalho efectivo, consoante lhe seja ou não permitido exercer outras actividades*”, sendo certo que esta possibilidade de, por

fábrica à fábrica de sonhos - primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais do espectáculo”, *Estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto - Liberdade e Compromisso*, volume II, Universidade Católica Editora, 2009, pp. 269-274.

¹³⁰ Quanto a esta segunda possibilidade, cfr. artigo 10.º, n.º 3 da Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro.

¹³¹ Para uma crítica certa às possibilidades abertas por este acordo, cfr. JÚLIO GOMES, “Da fábrica à fábrica de sonhos - primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais do espectáculo”, *ob. cit.*, p. 279, nota 60.

¹³² Artigo 8.º, n.º 6, a) da Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro.

acordo entre as partes, se excluir que o trabalhador exerça outras actividades nos períodos de disponibilidade, não parece admissível nos termos do regime do CT 2009¹³³. Conforme realça JÚLIO GOMES, há um “*número de interrogações*” que esta possibilidade prevista no regime dos profissionais do espectáculo suscita, nomeadamente, a de saber se a mesma está condicionada à existência de acordo escrito das partes ou se se basta com a fixação, no contrato, de uma compensação retributiva de valor igual (ou superior) a 50% da retribuição normal correspondente ao último período de trabalho efectivo¹³⁴.

No regime do artigo 8.º da Lei n.º 4/2008, de 7 de Fevereiro, importa também destacar o disposto na alínea b) do n.º 7, que introduz como uma obrigação importante na dinâmica da relação de trabalho à chamada, que se traduz na imposição de que o empregador não admita novos trabalhadores ou mesmo renove contratos para actividades artísticas susceptíveis de poderem ser desempenhadas pelo trabalhador que aguarda a chamada.

Certamente haveria mais a destacar sobre o exercício intermitente da prestação do profissional do espectáculo, mas fiquemos com estas breves notas que julgamos pertinentes para a análise que a seguir se fará ao regime do CT 2009¹³⁵.

2.3. O regime legal: requisitos de admissibilidade e de forma; direitos e deveres do trabalhador intermitente

¹³³ Cfr. *infra* p. 21.

¹³⁴ Cfr. JÚLIO GOMES, “Da fábrica à fábrica de sonhos - primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais do espectáculo”, *ob. cit.*, p. 272.

¹³⁵ Não podemos também deixar de referir a crítica que o Autor deixa ao regime do exercício intermitente da prestação do profissional do espectáculo, afirmando que o mesmo é “*praticamente composto, em normas essenciais do seu regime, por regras supletivas que podem ser afastadas pelo acordo individual*”, onde inclusivamente, “*nem sequer se fixa um número mínimo de horas de trabalho (ou de remuneração deste) para que o trabalhador possa ser chamado.*” Cfr. JÚLIO GOMES, “Da fábrica à fábrica de sonhos - primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais do espectáculo”, *ob. cit.*, p. 279. O último ponto referido pelo Autor foi corrigido no regime do contrato intermitente que foi consagrado no CT 2009.

Na sequência desta breve incursão pelo seu antecedente legislativo, entremos então na análise do regime legal do trabalho intermitente tal como ele foi consagrado no CT 2009.

No âmbito dessa análise, o primeiro aspecto que cumpre destacar, passa pelas exigências de admissibilidade ou requisitos materiais do trabalho intermitente. De facto, o contrato de trabalho intermitente é um contrato causal, tal como o contrato a termo, uma vez que a sua celebração está condicionada à verificação de certas exigências materiais, não vigorando, sem mais, o princípio da liberdade contratual¹³⁶. Com efeito, só as empresas cuja actividade apresente *descontinuidade* ou *intensidade variável*¹³⁷ podem recorrer a esta modalidade. A lei utiliza dois conceitos que é necessário definir e densificar para determinar em que termos poderá a figura ter utilidade.

Por um lado, à *descontinuidade* devem entender-se subjacentes “*aquelas situações em que a empresa não realiza qualquer actividade durante um determinado período*”¹³⁸, ou seja, interrupções na própria actividade; já noutro sentido, a *intensidade variável* relaciona-se com os casos em que “*a empresa mantém sempre uma actividade, mas em que se verificam ciclos de maior necessidade de mão de obra*”¹³⁹, e portanto, aproxima-se mais de uma ideia de flutuações no âmbito das exigências de mão-de-obra. Como refere, JOÃO LEAL AMADO, “*a lei oferece um terreno bastante vasto para o recurso ao trabalho intermitente*”, ainda mais quando a *intensidade variável* será “*um traço característico da actividade da*

¹³⁶ Assim, JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 135.

¹³⁷ Nos termos do artigo 157.º, n.º 1 do CT 2009.

¹³⁸ Cfr. PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, Código do Trabalho Anotado, Revisto pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 409-410. Nesta obra, todas as anotações ao regime do trabalho intermitente são da autoria de PEDRO MADEIRA DE BRITO.

¹³⁹ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *in* PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 410.

grande maioria das empresas”¹⁴⁰, pelo que será importante tentar identificar algumas actividades que se enquadrem nestes conceitos.

Nesse exercício, dada a impossibilidade de subsídios da prática e jurisprudência nacionais, podemos recorrer à experiência espanhola onde a jurisprudência tem desenvolvido um esforço de clarificação do conceito de trabalhador “*fijo y periódico de carácter discontinuo*”, próximo do intermitente, e o encontra, por exemplo, nos casos de trabalhadores que realizam trabalhos que se repetem todos os anos por altura das épocas altas sobretudo em *infra*-estruturas turísticas; serviço em cantinas escolares durante o período lectivo; campanha de colheita de azeitonas¹⁴¹; embalagem de cítricos para a sua venda¹⁴²; realização de trabalhos em viveiros¹⁴³; produção e manipulação de frutas e hortaliças para uma empresa agrícola¹⁴⁴; trabalho em colónias de verão organizadas anualmente para os filhos dos trabalhadores¹⁴⁵; serviços de socorrista prestados num estádio para um instituto de desporto¹⁴⁶. Como se vê, estão em causa trabalhos que se desenvolvem de forma periódica, embora com descontinuidade ou interrupções mais ou menos prolongadas, correspondendo à satisfação de necessidades das empresas, que embora sazonais, são permanentes. Neste contexto, tem todo o sentido colocar, como faz JOÃO LEAL AMADO, a seguinte questão: “*A partir do momento em que a lei oferece às partes a figura do contrato de trabalho intermitente,*

¹⁴⁰ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 136.

¹⁴¹ Cfr., com referência aos exemplos citados, ANTONIO MARTÍN VALVERDE, FERMÍN RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, JOAQUÍN GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, 16ª Edição, Madrid, Editorial Tecnos, 2006, p. 527.

¹⁴² Cfr. Acórdão do Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1.ª), sentença núm. 3708/2008 de 11 de Novembro, n.º AS/2009/246.

¹⁴³ Cfr. Acórdão do Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Social, Sección 1.ª), sentença núm. 721/2005 de 11 de Dezembro, n.º AS/2006/47.

¹⁴⁴ Cfr. Acórdão do Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Social, Sección 1.ª), sentença núm. 1064/2008 de 9 de Dezembro, n.º AS/2009/647.

¹⁴⁵ Cfr. Acórdão do Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Social), sentença de 23 de Maio de 200, n.º AS/2000/1745, com a particularidade de a actividade permanente contratada ser alheia à actividade normal da empresa.

¹⁴⁶ Acórdão do Tribunal Superior de Justicia de Navarra (sala de lo Social), sentença núm. 533/1999 de 31 de Dezembro, n.º AS/1999/7253.

*será legítimo, ainda assim, recorrer ao contrato a termo nestas hipóteses?”*¹⁴⁷ (de actividades sazonais, correspondentes a necessidades permanentes da empresa). Julgamos que, seguindo o mesmo Autor, e até atenta a garantia constitucional da segurança no emprego, o regime do contrato a termo, nesta matéria deveria ser alvo de uma revisão¹⁴⁸, sob pena de o contrato intermitente, não ter qualquer carácter apelativo, face ao *conforto* que para os empregadores resulta da contratação a termo.

No que diz respeito ao tipo de contrato a celebrar, resulta expressamente do artigo 157.º, n.º 2 do CT 2009, que o recurso ao trabalho intermitente só pode ser garantido através de um contrato de trabalho por tempo indeterminado. Com efeito, a lei é expressa na exclusão da aposição de um termo resolutivo a esta modalidade¹⁴⁹, bem como à sua aplicação no âmbito do regime do trabalho temporário. Como justificações para esta posição do legislador, já se avançaram a incompatibilidade da natureza permanente das necessidades intermitentes com os fundamentos dos contratos a termo¹⁵⁰, bem como a ideia de que através da imposição da duração indeterminada se pretende introduzir uma “*estabilidade conseguida através da intermitência*”¹⁵¹, sendo portanto, o “*trabalho intermitente, mas o emprego permanente*”¹⁵².

¹⁴⁷ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 142.

¹⁴⁸ Especificamente, os artigos 140.º, n.º 2, e) e o artigo 143.º, n.º 2, c), ambos do CT 2009. Note-se que este último preceito, permite a sucessão múltipla de contratos a termo para suprir necessidades sazonais, o que na prática vem privar de utilidade prática um contrato de trabalho intermitente para o mesmo efeito.

¹⁴⁹ Para os casos em que, ao arrepio da proibição legal, as partes celebram um contrato de trabalho simultaneamente *intermitente* e a *termo*, e com diferentes hipóteses de resolução consoante a “*localização do vício*”, cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 141.

¹⁵⁰ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, in PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 410.

¹⁵¹ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 401. Embora seja curioso falar-se em *estabilidade* no âmbito de uma modalidade de contrato de trabalho que permite o *trabalho à chamada*, não pode deixar de se realçar a situação em princípio mais confortável em que se encontra o trabalhador intermitente, inserido numa relação

Da nossa parte, porém, e *de jure condendo*, não vemos que existam razões ponderosas no sentido de impedir que um trabalhador intermitente não se encontre vinculado à empresa por um contrato a termo, desde que naturalmente, se verifiquem os requisitos materiais que oneram o empregador para a celebração do contrato de trabalho intermitente e do contrato a termo. Por outro lado, a propósito do trabalho temporário, verifica-se que se impõe a proibição da celebração do contrato de trabalho intermitente nesse âmbito, sendo há bastante tempo conhecida na lei portuguesa uma situação que se aproxima daquele contrato: basta pensar nos trabalhadores ligados a uma empresa de trabalho temporário por contrato sem termo e que não estejam afectos à actividade interna dessa empresa.

A nível de requisitos formais, estabeleceu-se que o contrato de trabalho intermitente está sujeito a forma escrita, identificando as partes, seu domicílio e sede, e contendo a indicação do número anual de horas de trabalho, ou o número anual de dias de trabalho a tempo completo¹⁵³. Nas hipóteses de invalidade formal, isto é, caso o contrato não tenha sido reduzido a escrito ou não contenha as referidas indicações, considera-se que aquele se celebrou sem o período de intermitência¹⁵⁴.

Já se afirmou que a exigência da fixação no contrato do número de horas ou dias de trabalho pode ser “*limitativa do recurso a esta figura*”, na medida em que tal imposição coloca os “*empregadores perante o dilema de contratarem menos horas do que aquelas que efectivamente venham a necessitar ou a contratarem mais tempo de trabalho do que aquele que é necessário*”¹⁵⁵, sobretudo

laboral de duração indeterminada, em relação àquela em que se encontra o trabalhador a termo.

¹⁵² Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 140

¹⁵³ Artigo 158, n.º 1, a) e b) do CT 2009. A imposição de uma forma especial desta modalidade de contrato de trabalho, tal como de outras, decorre do princípio da segurança jurídica.

¹⁵⁴ Artigo 158, n.º 2 do CT 2009.

¹⁵⁵ Cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, *in* PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *ob. cit.*, pp. 410-411.

considerando que as empresas aqui em causa se dedicam a actividades em que há grande incerteza quanto às necessidades de mão-de-obra. Em sentido paralelo, também há críticas ao facto de o art. 159.º, n.º 2 CT 2009 impor uma duração mínima da prestação de trabalho de seis meses a tempo completo por ano, quatro dos quais devem ser consecutivos¹⁵⁶ no âmbito do contrato intermitente. Sendo certo que os interesses de tutela do trabalhador, nomeadamente, a nível retributivo e de ocupação efectiva, reclamam que seja estabelecido um mínimo de horas de trabalho, parece que a rigidez normativa que resulta dos limites mínimos legais tornará a figura pouco atractiva do ponto de vista daqueles que procuram instrumentos de flexibilização, na medida em que a intermitência, nomeadamente, na modalidade de *trabalho à chamada*, está fortemente condicionada pelos quatro meses consecutivos.

Como vimos, nos termos do artigo 159.º, n.º 1 CT 2009, as partes estabelecem a duração da prestação, de modo consecutivo ou interpolado, estabelecendo no *trabalho alternado*, o início e o termo de cada período de trabalho ou, no *trabalho à chamada*, a antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início de tal período. Em particular, quanto a este último ponto, importa referir que, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, a antecedência da chamada que é contratualmente estabelecida não poderá ser inferior a 20 dias, sob pena de ser cometida uma contra-ordenação grave. Não se transpôs assim para o regime geral a possibilidade, que vimos ser concedida às partes no âmbito do regime do contrato de trabalho dos profissionais do espectáculo, de reduzir o

¹⁵⁶ Nos termos do artigo 158.º, n.º 3 CT 2009, caso estes limites mínimos não sejam observados pelas partes na indicação contratual a que estão obrigados nos termos do artigo 158.º, n.º 1, a), o contrato passa, *ope legis*, a ter o conteúdo mínimo fixado no artigo 159.º, n.º 2. Criticando o facto de não ser esta mesma a solução para o caso de as partes, pura e simplesmente, não terem fixado nenhum período de actividade, omissão sancionada com o facto de se considerar que existe um contrato a tempo completo, cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, in PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 411.

período de antecedência da chamada¹⁵⁷, no âmbito de uma matéria que é evidentemente fulcral na estrutura do *trabalho à chamada*.

Com efeito, o tempo que medeia entre o momento em que a chamada é feita e a efectiva prestação de trabalho marca os interesses das partes na relação laboral: de um lado, está o interesse do empregador na possibilidade de obter uma resposta rápida e eficaz às irregularidades e carácter imprevisível das necessidades de mão de obra para a sua actividade; do outro lado, temos o trabalhador que se encontra na situação de particular heterodisponibilidade que caracteriza o trabalho à chamada pretendendo ter uma margem mínima de maleabilização do seu tempo de auto-disponibilidade para organizar e planear, com algum grau de segurança, a sua vida extra-laboral.

Ainda a nível da formalização desta submodalidade, e não obstante tal hipótese não se encontrar expressamente referida no CT 2009, não há nenhum impedimento à aposição num contrato de trabalho *standard* de uma cláusula de intermitência, por acordo entre as partes e desde que se verifiquem as exigências formais e materiais que referimos. No caso de ser celebrado um acordo deste género, parece que por identidade ou maioria de razão, se deverá atribuir ao trabalhador um “direito ao arrependimento”, nos termos que acima vimos assistirem ao profissional de espectáculos em situação análoga¹⁵⁸. De realçar que tal acordo pode estabelecer que a relação passará a ser de trabalho intermitente por toda a sua duração, ou em alternativa, por um período determinado, sendo que, nesta última hipótese, quando esse período terminar, o contrato regressará à situação anterior, de relação *standard*, uma vez que apenas deixa de vigorar a cláusula de intermitência¹⁵⁹.

Os direitos, deveres e garantias das partes no âmbito da relação intermitente são outro ponto cuja relevância não pode ser

¹⁵⁷ Vide *supra* p. 13.

¹⁵⁸ Nestes termos, cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 137, nota 174, que realça a solução idêntica que se verifica na no âmbito do trabalho a tempo parcial.

¹⁵⁹ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 140, nota 176.

desconsiderada, até porque o regime do trabalho intermitente levanta algumas questões a este respeito. Nesse sentido, começemos por observar o que de novo surge no lado activo e passivo da esfera jurídico-laboral do trabalhador no âmbito desta modalidade, para então comentar algumas particularidades verificadas na esfera do empregador.

No que diz respeito aos específicos direitos dos trabalhadores intermitentes a doutrina francesa entende destacar a chamada regra da “*igualdade dos direitos entre os trabalhadores titulares de um contrato de trabalho intermitente e os trabalhadores titulares de um contrato de trabalho a tempo completo*”, realçando que tal regra abrange da mesma forma os direitos legais, como os convencionais, os individuais como os colectivos¹⁶⁰. Já em Itália, alude-se a um “*princípio de não discriminação*”¹⁶¹, que quanto a nós será mais próximo do princípio que julgamos aplicável à matéria do trabalho intermitente, e que a doutrina nacional vem preconizando no âmbito do trabalho a tempo parcial: o princípio da proporcionalidade. Este princípio introduz uma ideia genérica segundo a qual apenas poderão ser aplicados ao trabalhador intermitente os direitos e deveres estabelecidos para o trabalhador a tempo inteiro “*que pela sua natureza consintam essa aplicação e na medida em que se possa dizer que substancialmente as posições jurídicas*”¹⁶² dos dois trabalhadores são comparáveis¹⁶³, tendo em atenção a particular natureza desta

¹⁶⁰ Cfr. JEAN PÉLISSIER, “Le travail intermittent”, *Droit Social*, n.º 2, 1987, p. 96. O Autor refere alguns desses direitos: “*formação profissional, remuneração mínima, pré-aviso, indemnização em caso de despedimento ilícito e outras garantias quanto ao despedimento ilícito*”.

¹⁶¹ Cfr. PASQUALE EDOARDO MERLINO, “Una figura innovativa di rapporto di lavoro: il contratto di lavoro intermittente”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2007, ano XXVI, parte I, p. 193.

¹⁶² Cfr., ainda que por referência aos trabalhadores a tempo parcial, ANTÓNIO NUNES CARVALHO, *ob. cit.*, p. 234.

¹⁶³ É importante realçar porém, como faz JÚLIO GOMES, “Tempo parcial”, *ob. cit.*, p. 83, que é necessário “*distinguir os direitos, obrigações e condições laborais directa ou indirectamente afectados pelo tempo de prestação e que são mensuráveis ou quantificáveis, dos direitos e deveres que não correspondem a tais características*”.

submodalidade e ainda dois factores, de todos conhecidos, que se traduzem na constatação da grande “*incidência que o tempo tem em uma multiplicidade de direitos e obrigações laborais*” e, sobretudo, na “*circunstância de a lei (e, frequentemente, as próprias convenções colectivas) terem configurado as instituições jurídico-laborais tomando como paradigma o trabalho a tempo completo*”¹⁶⁴.

É no enquadramento proporcionado por este princípio que se deve analisar, nomeadamente, a compensação retributiva a que o trabalhador tem direito nos períodos de inactividade, nos termos do artigo 160.º, n.º 1 do CT 2009. Esta compensação¹⁶⁵ deverá ser paga pelo empregador com uma periodicidade igual à da retribuição e verà o seu montante fixado em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou, na sua falta, corresponderá a 20% da retribuição base, limite mínimo da compensação que não obsta a que as partes fixem valores superiores. Com efeito, podemos dizer, com ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES¹⁶⁶, que os efeitos remuneratórios do contrato

Nesse sentido, direitos como “*os direitos à greve, sindicalização, negociação colectiva, mas também o direito à vida, integridade física, à honra e à intimidade, à imagem, o direito de reunião, a liberdade de expressão e de informação*” deverão integrar o estatuto do trabalhador intermitente nos exactos moldes e intensidade de qualquer trabalhador, estando afastada qualquer ideia de proporcionalidade.

¹⁶⁴ Cfr. JÚLIO GOMES, “Tempo parcial”, *ob. cit.*, p. 83.

¹⁶⁵ Do regime do trabalho intermitente tal como consagrado no CT 2009, não resulta qualquer distinção, para efeitos da compensação retributiva, entre *trabalho alternado* e *trabalho à chamada*, já se tendo afirmado que o “*objectivo é manter o trabalhador disponível para retomar o trabalho nos períodos fixados ou mediante pré-aviso do empregador*”, cfr. PEDRO MADEIRA DE BRITO, in PEDRO ROMANO MARTÍNEZ, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, JOANA VASCONCELOS, PEDRO MADEIRA DE BRITO, GUILHERME DRAY, LUÍS GONÇALVES DA SILVA, *ob. cit.*, p. 413. No entanto, e como já vimos, não são idênticas, do ponto de vista da disponibilidade dos períodos de inactividade, as situações do trabalhador em regime de *trabalho alternado* e de *trabalho à chamada*. Com efeito, e como realça JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 138, “*para aquele, inactividade significará autodisponibilidade, para este, inactividade rima com heterodisponibilidade (o que justifica, de modo muito especial, o pagamento de uma adequada compensação retributiva)*”. Teme-se que a imposição de pagar a compensação retributiva mesmo na submodalidade do *trabalho alternado* surja como mais um factor de desincentivo ao recurso ao trabalho intermitente, aberta que está, como vimos, a porta *tempo parcial vertical anual*.

¹⁶⁶ Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 401.

de trabalho intermitente são uma “*questão fundamental*”, face à óbvia constatação, realçada pela doutrina italiana, de que “*no caso do trabalho intermitente temos, de facto, dois interesses: a) o do empregador em receber do trabalhador a prestação tendo aquele sido chamado; b) o do trabalhador em ter a disponibilidade do seu tempo livre, que aliás não pode programar em pleno, e a receber uma indemnização por esta limitação. O empregador paga um correspondente por ter o trabalhador à disposição e por o chamar quando e se quiser, enquanto que o trabalhador, em face daquele preço (que vai acrescentar-se à retribuição pelos períodos de trabalho), renuncia à programabilidade do próprio tempo*”¹⁶⁷.

No que diz respeito ao cálculo da antiguidade, não se vê motivo para que o período de inactividade não seja computado para esse efeito¹⁶⁸, uma vez que a inactividade, como veremos, corresponde a um normal cumprimento do contrato.

Outro importante direito do trabalhador, traduz-se na faculdade, legalmente afirmada¹⁶⁹, de poder exercer outra actividade durante os períodos de inactividade. Atenta a peremptoriedade da afirmação da lei, parece estar excluída a possibilidade de as partes introduzirem no contrato de trabalho intermitente uma cláusula de exclusividade, nos moldes acima analisados a propósito do exercício intermitente da prestação de trabalho dos profissionais do espectáculo¹⁷⁰.

Esta possibilidade afirmada pela lei será, na verdade, mais aparente que real, na medida em que são vários e de vária ordem os obstáculos que enfrenta.

Desde logo, e como facilmente se antevê, basta considerar a particular situação em que se encontra o trabalhador à chamada para antever a extrema dificuldade em conciliar com esse trabalho

¹⁶⁷ Cfr. PASQUALE EDOARDO MERLINO, *ob. cit.*, p. 206.

¹⁶⁸ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 140.

¹⁶⁹ Artigo 160.º, n.º 3 CT 2009.

¹⁷⁰ Como refere, JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 138, nota 175, tal cláusula parece ser de classificar como ilícita.

(intermitente), o exercício de uma outra prestação subordinada. De facto, e atento o específico estado de sujeição em que se encontra este tipo de trabalhador, será, não obstante juridicamente possível, facticamente, no mínimo, complicado, encontrar um segundo empregador que anteveja algum interesse em contar com a colaboração de um trabalhador que de um dia para o outro poderá ter de interromper a sua prestação para responder à chamada do trabalho intermitente. A previsibilidade e certeza acrescidas associadas ao *trabalho alternado* são factores que de alguma forma o fazem escapar a esta crítica de ordem prática.

No entanto, neste ponto cumpre também chamar à colação o disposto no n.º 4 do artigo 160.º do CT 2009, quando considera que os direitos, deveres e garantias das partes que não pressuponham a efectiva prestação de trabalho se mantêm durante o período de inactividade, o que implica, designadamente, que alguns dos deveres acessórios de conduta associados ao contrato de trabalho, entre os quais se conta o dever de não concorrência, continuam ainda a onerar o trabalhador tal como nos períodos de inactividade. Assim sendo, o trabalhador, em tais períodos, está impedido de exercer qualquer actividade concorrente¹⁷¹ com a do seu empregador, o que constitui um outro obstáculo, desta feita, jurídico, ao exercício efectivo da faculdade concedida pelo artigo 160.º, n.º 3 do CT 2009. Perante esta situação, não falta quem, nomeadamente na doutrina italiana, e após considerar que o estatuto do trabalhador intermitente é “*caracterizado por muitos deveres e pouquíssimos direitos*”, entenda que se devem atenuar as obrigações, nomeadamente, afirmando que “*o próprio dever de não concorrência (...) deve ser interpretado de*

¹⁷¹ Assim também no exercício intermitente da prestação de trabalho dos profissionais do espectáculo, pelo que, como conclui JÚLIO GOMES, “Da fábrica à fábrica de sonhos - primeiras reflexões sobre o regime dos contratos de trabalho dos profissionais do espectáculo”, *ob. cit.*, p. 273, no âmbito de tal regime “*o pacto de exclusividade terá interesse quando o empregador se quiser certificar da completa disponibilidade do trabalhador, excluindo-se o exercício de outras actividades, mesmo que não concorrentes*”.

maneira restritiva”¹⁷², pela utilização da regra da boa fé e da correcção numa apreciação invertida deste dever em relação àquela que normalmente é feita.

No capítulo dos deveres do trabalhador à chamada, além da obrigação de realizar a prestação quando solicitada, também se verifica uma obrigação de espera no período de inactividade, ponto cuja análise nos obriga a referir, embora de forma breve, a questão mais geral da estrutura deste contrato de trabalho. Com efeito, e sem querermos entrar nessa particular discussão¹⁷³, sempre deixaremos expressa a opinião de que este contrato é um contrato único, embora com uma pluralidade de prestações substancialmente diversas¹⁷⁴, o que o torna, nas palavras de JOÃO LEAL AMADO, um contrato de “*estrutura bifásica*”¹⁷⁵.

Com efeito, a estrutura do contrato de trabalho intermitente, na submodalidade do trabalho à chamada, é composta por duas obrigações principais a cargo do trabalhador, cada uma das quais com uma atribuição patrimonial própria e, portanto, com uma causa própria¹⁷⁶: em primeiro lugar, uma obrigação de *estar à disposição*, de espera, ou de *stand by*, que tem como contrapartida a obrigação do empregador de pagar a *compensação retributiva*; depois, a obrigação de efectuar a (eventual) prestação de trabalho, a que corresponde a obrigação de pagar a retribuição propriamente dita. Segundo cremos, seguindo de perto a doutrina italiana¹⁷⁷, a obrigação de *estar à disposição* não se encontra num nível inferior ou secundário em relação à obrigação de efectuar a prestação. Com efeito, o objecto

¹⁷² Cfr. GUIDO BONI, *ob. cit.*, p. 134.

¹⁷³ Cujos termos se encontram bem definidos, no âmbito da doutrina italiana em PASQUALE EDOARDO MERLINO, *ob. cit.*, p. 191 e seguintes.

¹⁷⁴ Em oposição à chamada *tese unitária* que defende que no contrato de trabalho intermitente apenas estamos na presença de uma prestação, que é a prestação de realizar o trabalho, da qual o *estar à disposição* do empregador é uma mera modalidade da execução. Quanto a esta tese, cfr. PASQUALE EDOARDO MERLINO, *ob. cit.*, p. 205, nota 45.

¹⁷⁵ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 139.

¹⁷⁶ Cfr. PASQUALE EDOARDO MERLINO, *ob. cit.*, pp. 297 e 208.

¹⁷⁷ Cfr. PASQUALE EDOARDO MERLINO, *ob. cit.*, p. 209.

deste tipo de contrato é integrado ao mesmo nível por ambas as obrigações, que em conjunto, constituem a causa do tipo contratual: uma modalidade de contrato de trabalho cuja particularidade reside nas possibilidades de múltiplas prestações de trabalho realizadas pelo mesmo sujeito, intercaladas por períodos de inatividade, sem a necessidade de celebrar um contrato para cada prestação. Nesse sentido, e continuando a seguir a doutrina italiana, o *estar à disposição*, embora se traduza numa “*conduta naturalisticamente inactiva*”¹⁷⁸, pode dizer-se que implica, do ponto de vista jurídico, uma obrigação de *facere*, pois assenta numa “*conduta pré-determinada: colocar-se à disposição para a chamada*”¹⁷⁹, que isoladamente carece de relevância económica, mas que se perspectivada do enquadramento da estrutura bifásica do contrato, permite afirmar, com JOÃO LEAL AMADO, que “*ele cumpre-se dessa forma, a inactividade do trabalhador corresponde a um dos seus modos de ser, à normal execução do contrato, à mais peculiar das suas facetas*”¹⁸⁰.

É aliás, dessa mesma perspectiva que tem de ser analisado o plano dos direitos e deveres de quem é titular o empregador nesta submodalidade do contrato de trabalho, nomeadamente, na pendência do período de inatividade. Nesta matéria, cumpre uma vez mais referir, nos termos do n.º 4 do artigo 160.º do CT 2009, a manutenção das posições jurídicas não relacionadas com a efectiva prestação do trabalho, das quais cumpre realçar dois aspectos. Por um lado, no plano dos deveres, reafirmar a necessidade de proceder ao pagamento da compensação retributiva com a mesma periodicidade que a retribuição base, que como vimos assume uma importância fulcral na dinâmica da relação. Por outro lado, é preciso também fazer notar que os poderes do empregador, que derivam e simultaneamente demonstram a subordinação jurídica, se mantêm durante os períodos de inatividade. Por conseguinte, se se pode afirmar que o poder de

¹⁷⁸ Cfr. GUIDO BONI, *ob. cit.*, p. 127.

¹⁷⁹ Cfr. GUIDO BONI, *ob. cit.*, p. 127.

¹⁸⁰ Cfr. JOÃO LEAL AMADO, *ob. cit.*, p. 139

direcção se encontra atenuado nesses períodos, já o poder disciplinar mantém a sua vigência intocada, sendo certo que a subordinação jurídica, isto é, o poder que fundamenta a heterodisponibilidade em que se encontra o trabalhador, não vê a sua validade ou vigência condicionadas pelo facto de apenas se tornar efectivo ou ser exercido com intermitência, pois não é *“a frequência do poder em abstracto utilizável, mas a sua qualidade, a fornecer a prova da subordinação”*¹⁸¹.

3. Conclusão

Com esta breve exposição, julgamos ter abordado os mais significativos aspectos do regime do trabalho intermitente tal como ele se encontra hoje consagrado no CT 2009, e isto não obstante estarmos conscientes que, atento o carácter recente da figura, certamente haverá questões que permanecem ainda submersas e que só uma eventual utilização da figura na prática trará à superfície.

Não sendo tema desta exposição, que tinha como objecto bem definido uma apresentação do regime do trabalho intermitente tal como ele se encontra consagrado no CT 2009, realçando o seu carácter de novo instrumento de flexibilidade no ordenamento jurídico laboral, não podemos deixar de, em jeito de conclusão, referir alguns pontos que julgamos poderem vir a ser objecto de posteriores incursões no tema, nomeadamente a propósito da submodalidade do *trabalho à chamada*.

Neste sentido, uma primeira ordem de problemas estará relacionada com o factor tempo de trabalho, podendo levantar-se questões relativas à contagem do período experimental, à definição do horário de trabalho, à classificação do trabalho que seja solicitado sem respeito do período de antecedência. Ainda no que diz respeito à chamada do trabalhador, nota-se a ausência de definição dos termos e

¹⁸¹ Cfr. GUIDO BONI, *ob. cit.*, 131.

forma que essa solicitação poderá assumir para operar os efeitos pretendidos.

Outro ponto que merecerá uma análise mais detalhada relaciona-se com a compensação retributiva, e a sua classificação ou não como retribuição pela disponibilidade do trabalhador, o que será fundamental para saber se tal compensação poderá vir a ser inferior à retribuição mínima garantida.

Finalmente, notamos também que a prestação do trabalho em regime de intermitência é susceptível de dar lugar a implicações negativas no plano da integração dos trabalhadores na empresa, e no mesmo sentido, ter um efeito nocivo a nível da integração sindical, com tudo o que isso implica a nível de desprotecção e degradação das condições de trabalho e de desenvolvimento profissional.

Os aspectos que vimos de apontar, entre outros possíveis, tornam evidente que haverá questões de carácter teórico que reclamam um estudo mais profundo sobre as implicações do trabalho intermitente. Tememos, porém, que a sobreposição com outras figuras jurídicas contratuais e os obstáculos de ordem prática que fomos avançando ao longo da exposição, constituam para as empresas outros tantos motivos de desinteresse e rejeição do recurso na prática à figura do trabalho intermitente, sem o que o seu estudo e análise teóricas de alguma forma carecem de sentido.

Un *tertium genus* de actividad laboral: el trabajo autónomo pero económicamente dependiente

Noemí Serrano Argüello

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid (España)

I.- La acción tuitiva del derecho en apoyo del trabajo autónomo.

El Derecho del Trabajo históricamente se centró en la protección de los trabajadores asalariados, dejando la única mirada social al trabajo autónomo para el Derecho de la Seguridad Social. Ese estado de las cosas no ha cambiado mucho pero, al menos, las legislaciones hacen visible una mayor atención hacia los trabajadores autónomos.

La ampliación de determinadas reglas propiamente laborales a los autónomos se ha producido en ciertos ámbitos de manera limitada, por ejemplo, permitiendo su sindicalización aunque limitando las facultades de fundar sindicatos a los trabajadores autónomos, reconociéndoles el acceso a determinadas ayudas de fomento del empleo o incentivando esta forma de actividad laboral, incorporándoles de modo restringido a la legislación de prevención de riesgos laborales, o reconociéndoles medidas específicas en términos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Desde hace

tiempo -tal y como acabamos de mostrar- algunos de los apartados distintivos del Derecho del Trabajo ya habían vuelto su mirada a otras formas de prestación del trabajo, como lo es el Derecho colectivo en tanto en cuanto ciertas manifestaciones de la libertad sindical incluían a trabajadores autónomos o a los funcionarios públicos, tomando como referente un concepto material de trabajador; lo mismo sucedía con el estudio de la negociación colectiva que no se circunscribía a los convenios colectivos del sector privado sino también a los pactos y acuerdos alcanzados entre Administración y funcionarios (el funcionario no deja de ser un trabajador en sentido material) del mismo modo parece muy probable que en el futuro próximo los laboristas estudiemos con atención los acuerdos de interés profesional -que celebran los sindicatos o asociaciones de autónomos en representación trabajadores económicamente dependientes con sus empresas clientes-. También, en otro orden de cosas, las atribuciones del fuero judicial social se ha extendido al conocimiento de relaciones laborales conexas o próximas con el trabajo asalariado pero no propiamente dependientes y por cuenta ajena (como el caso de los autónomos socios trabajadores en sociedades anónimas laborales y cooperativas de trabajo asociado) o la nueva atribución jurisdiccional del régimen profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Así se observa que en nuestros días las normas reguladoras del Derecho del Trabajo no sólo se detienen en el trabajo asalariado y subordinado, aunque sí lo hagan con cierta preferencia y de manera esencial.

Sin embargo, el Estado y su Derecho han percibido en las últimas décadas que no era suficiente la anterior tutela prestada al trabajo autónomo sino que, por el contrario, aquélla es manifiestamente insuficiente. Lo es más cuando las diversas alteraciones del sistema productivo propugnan formas de trabajo en red desechando las concentraciones de mano de obra, se incorporan nuevos mecanismos de organización del trabajo gracias a cambios de diversa naturaleza (destacan los tecnológicos y la revolución de las telecomunicaciones pero no sólo éstos), se diversifican las formas de

prestación de servicios¹⁸², las complejas estructuras empresariales recurren a los trabajadores autónomos, en especial cuando crece exponencialmente la subcontratación y en ella la presencia de un nuevo trabajo autónomo aumenta en la práctica diaria (que se adhiere a la histórica clasificación tradicional de los autónomos divididos en cuatro grandes grupos: comerciantes, artesanos, profesionales liberales y agricultores). Las respuestas dadas por el Derecho común a esta prestación de actividad comienzan a vislumbrarse insuficientes porque se partía de una premisa, no siempre cierta, de existencia paridad entre los contratantes a la hora de celebrar sus contratos pudiendo solventarlos al albur de la libre autonomía de la voluntad de las partes.

En el actual trabajo por cuenta propia, cierto es que no tan marcadamente como en el trabajo asalariado, aparece una parte dominante (que suele coincidir con una empresa de dimensiones medias o grandes) y una débil (el autónomo). Ese desequilibrio significativamente se aprecia por el nuevo Derecho para quienes trabajan de manera predominante para un único ‘cliente’ o, lo que es lo mismo, para una única empresa¹⁸³. Algunos ordenamientos jurídicos europeos han decidido afrontar esta nueva realidad, para ello han introducido figuras que extienden el halo protector de la intervención estatal o, en ocasiones, mediante pseudo-figuras de negociación colectiva para los intereses de concretos colectivos

¹⁸² Sobre la influencia de las nuevas formas de trabajar en el aumento y expansión del trabajo autónomo que a su vez interactúa con el trabajo subordinado o de las nuevas formas de producción, la flexibilidad, la externalización, descentralización productiva y funcional, la subcontratación, la terciarización de la economía, etc., en fin, las transformaciones del sistema productivo actual, por todos, MONEREO PÉREZ J. L. (2009): “El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación”, *Aranzadi Social* nº 4 y 5, BIB 2009\621, passim.

¹⁸³ Se ha hablado de una asimetría contractual del autónomo económicamente dependiente respecto de su cliente, de ahí la necesidad de introducir medidas de tutela jurídica que de alguna manera *moderan* la autonomía de la voluntad ante la expansión de los procesos de descentralización productiva, así VALDÉS DAL-RE F. (2008): “Las razones de la adopción de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo”, *Relaciones Laborales*, nº 7, 2008, págs. 5 y 7 de la versión electrónica.

profesionales. Nace así el concepto de paralaboralidad. Es el caso alemán (para los colaboradores de prensa u otros medios de comunicación, artistas o escritores, agentes comerciales¹⁸⁴), italiano (primero a través del *lavoro* en régimen de *collaborazione, coordinata e continuativa* y después mediante el llamado *lavoro a progetto*¹⁸⁵), portugués (contratos equiparados y trabajo sin subordinación jurídica pero en régimen de dependencia económica del beneficiario de la actividad del art. 13 del *Código do Trabalho* que mantiene su recién renovado Código del año 2009) o español (trabajador autónomo económicamente dependiente). En esas regulaciones europeas, o bien, se ha puesto el énfasis en algunos colectivos especiales de profesionales autónomos, o bien, se ha querido extender a cualquier

¹⁸⁴ Al respecto VETTOR T. (2006): “Tra autonomia e subordinazione. Problemi definitivi e tendenze regolative negli ordinamenti giuridici europei”, Pallini M. et altri, *Il lavoro a progetto in Italia e in Europa*, Il mulino págs. 178 y ss. y 191 y ss., reguladas en su *TVG S 12* a apartado 3º y artículos 95 a *Hag* y 5 apartado 3º *Arbgbt* y también, en ocasiones, para el trabajo a domicilio. Para ellos se exige -con carácter general- que más de la mitad de las ganancias se reciban del mismo empresario, si bien sólo será un tercio para artistas, periodistas o escritores. La protección a estos trabajadores *símil-dependientes* se centra en el reconocimiento de derechos propiamente laborales -en su misma extensión- de permisos parentales, derechos a festivos/vacaciones, la tutela de la seguridad en el trabajo, la protección frente al acoso sexual, y también se proyecta sobre la perspectiva colectiva del derecho a la asociación sindical o a la negociación colectiva o en la litigación en sede judicial social, pero se les niega la protección legal del trabajador subordinado en caso de extinción de su contrato o el percibo de un mínimo salario de subsistencia. Será la negociación colectiva la que incremente sus derechos, de hecho en la práctica así lo hace con grandes méritos. Si bien, la mayor labor aparece en el Código de Seguridad Social (Sgb, S 7 apartado 4º) promocionando el trabajo autónomo, la protección social de los llamados *símil-dependientes* y regulando un subsidio estatal para llevar a cabo una actividad emprendedora.

¹⁸⁵ Breves apuntes sobre esta regulación y la escéptica opinión de la crítica italiana, entre nosotros en, OJEDA AVILÉS A. (2009): “La sinéresis de lo colectivo como rasgo sustancial del Estatuto del Autónomo”, *Aranzadi Social* nº 4, [BIB 2009\620](#); también se ha aproximado en clave de Derecho comparado ARUFE VARELA A. (2009), “Las fuentes normativas de derecho comparado aparentemente inspiradoras del régimen legal de nuestros trabajadores autónomos económicamente dependientes”, *Justicia laboral*, nº 39, págs. 93 a 101.

trabajo sin importar tanto el concreto sector de actividad. Otros ordenamientos jurídicos se muestran bastante reacios a este singular reconocimiento, ya que supondría incorporar al Derecho como legítima una nueva figura difuminada, que no es ni trabajador asalariado ni realmente trabajador autónomo, admitiendo un género que no se caracteriza por la forma de prestar la actividad sino por tener un principal receptor de la misma que a su vez es el pagador primordial, es el caso francés.

Las nuevas realidades de actividad laboral nos muestran que el Derecho del Trabajo se abre hacia otras (no tan nuevas) formas de prestación de servicios distintas del trabajo asalariado. Para la gran mayoría de la doctrina, anclada todavía en el pasado, no varían los muros del Derecho del Trabajo (que sigue volcándose en el trabajo asalariado) tan sólo éste extiende algunos de sus ámbitos de protección hacia el trabajo autónomo, su tutela se ensancha al detectarse la presencia de un sujeto dominante y un dominado (estaríamos ante una ampliación de técnicas y herramientas propias del Derecho del Trabajo más que ante una ampliación de su campo de aplicación). Es cierto que en ningún caso toda la configuración jurídica del Derecho del Trabajo se trasvasa a la tutela del trabajo autónomo, tan sólo una pequeña parte de aquél comienza a considerarse indispensable para proteger (sin excepción) a todas las formas de prestación laboral o de ejecución de la prestación laboral, ello supone que desde hace más de una década se comience a elucubrar un nuevo discurso sobre el *Derecho de la actividad profesional*. En ese contexto dentro de la actividad autónoma se otorga una protección más próxima a de los trabajadores a la nueva figura del trabajo autónomo económicamente dependiente aunque reducida en su extensión, se incrementan así los tentáculos protectores más allá del círculo del trabajo asalariado.

Como es sobradamente conocido el Derecho del Trabajo tiene por objeto el estudio de la relación de trabajo. Tradicionalmente se ha venido entendiendo que ese trabajo se circunscribía al trabajo

dependiente y por cuenta ajena, dejando fuera de su estudio todo aquello que no fuera trabajo dependiente y por cuenta ajena. Hoy, sin desproveerse de ese núcleo duro, el Derecho del Trabajo va extendiendo sus brazos hacia las otras realidades del trabajo y, por lo tanto, su temática no puede conformarse con la delimitación histórica antes apuntada sino también vira hacia el trabajo autónomo y por cuenta propia y, en particular, se detiene en las situaciones de paralaralidad. Por lo tanto, con una proyección de futuro que ya se atisba en la actualidad, el Derecho del Trabajo actúa sobre el conjunto de normas y principios que regulan la relación laboral asalariada (su núcleo duro) y aquellas otras normas que disciplinan distintas formas de prestación del trabajo no asalariado entre las que se incluye el trabajo autónomo y como singular especie de éste el trabajo autónomo económicamente dependiente (elemento emergente). Con esta enunciación no se altera la naturaleza propia del Derecho del Trabajo que en su sentir genético nació para proteger a los trabajadores sino que las transformaciones de la organización del trabajo humano y los modos de prestarse aquél hacen que esa protección necesariamente se amplíe más allá del trabajo subordinado y dependiente. La pregunta que surge es ¿hasta dónde debe expandirse el Derecho del Trabajo? La decisión final será fruto de la política legislativa de cada momento, delimitando el legislador en qué forma y con qué intensidad se ofrece protección al trabajador, fijando con precisión quien es (o debe ser considerado) trabajador para que el Derecho le brinde su especial tutela. El Derecho social amplía su prisma de actuación en su faceta reguladora de la actividad laboral, afronta una realidad viva y actúa sobre el trabajo autónomo.

En todo caso el Derecho fundamental al trabajo, desde la perspectiva constitucional, no se circunscribe a la prestación de trabajo asalariada sino a toda forma de actividad laboral¹⁸⁶. De hecho

¹⁸⁶ Con esa perspectiva el art. 15 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea, reconoce tanto el derecho de toda persona a trabajar y a la libertad de ejercer una profesión como a buscar empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro, (DOUE serie C/01 de 14 de diciembre de 2007).

las Constituciones europeas incorporan el deber y derecho al trabajo, sin embargo ninguna de ellas menciona ese derecho vinculado sólo o en exclusiva con el trabajo asalariado ni posibilita dejar al margen de ese reconocimiento las otras formas de trabajo no asalariado. En este sentido la nueva legislación española reconoce el Derecho al Trabajo como derecho básico individual del trabajador autónomo [art. 4.2 letra a) LETA].

De manera que los ordenamientos nacionales comienzan a diseñar condiciones laborales que también son de aplicación para el trabajo autónomo. Aparecerá una visión dual del autónomo, en su dimensión laboral como trabajador y en su faceta empresarial como emprendedor, con un doble reconocimiento constitucional: (1) el derecho al trabajo y (2) la libertad de empresa. En ese ámbito el abanico tuitivo traspasa la estela de la protección social (único campo por el que, hasta fechas recientes, había mostrado su interés) para introducir regulaciones en la prestación de trabajo autónomo, eso sí con distintas intensidades. El Derecho español presenta un tratamiento diferenciado entre el trabajo autónomo y el trabajo autónomo económicamente dependiente, ambos regulados en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo¹⁸⁷ (en adelante LETA). La propia norma se arroga el privilegio de ser el “*primer ejemplo de regulación sistemática y unitaria del trabajo autónomo en la Unión europea*”¹⁸⁸. Aunque la realidad nos mostrará que la tradicional visión fragmentaria del autónomo por parcelas persiste en nuestros días diferenciándose las áreas económica, tributaria, de fomento del autoempleo, de protección social y la nueva laboral, así como la aún mayor dispersión por sectores de actividad.

¹⁸⁷ Publicada en el BOE de 12 de julio. La Ley cumplía el encargo contenido en la DA 69ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2006, de redactar una Ley que defina el trabajo autónomo y contemple los derechos y obligaciones de los trabajadores autónomos, su nivel de protección social, las relaciones laborales, la política de fomento del empleo autónomo, e introdujese la figura del autónomo económicamente dependiente.

¹⁸⁸ Exposición de Motivos (apartado I) LETA.

II.- A propósito del estatuto español del trabajo autónomo

La legislación española incorpora una legislación específica para el trabajo por cuenta propia, quizá buscando una respuesta atrevida en el derecho comparado europeo, lo hace mediante la fórmula jurídica de un Estatuto del trabajo autónomo, es decir, una norma reguladora para el conjunto de todos los trabajadores autónomos y del elenco de situaciones que giran en torno al trabajo por cuenta propia¹⁸⁹. Formalmente la Ley es original, al mirar al trabajador autónomo desde la novedosa perspectiva de las de las condiciones de ejecución de la relación laboral (aun con grandes limitaciones), materialmente -en su contenido- sobre todo es una recopilación de *mil y un* derechos ya existentes, con la excepción de la nueva figura del trabajo autónomo económicamente dependiente (que llamaremos TRA-EDE). De la lectura de la Ley del Estatuto del Trabajo autónomo se deduce que, salvo contadas excepciones, no incorpora nuevos derechos sino que agrupa derechos preexistentes en distintos ámbitos, se quiere ofrecer una visión global del trabajo autónomo, como luego veremos¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Algunas de las obras colectivas que comentan la Ley 20/2007, de 11 de julio, son: BARRIOS BAUDOR G.L. y APILLUELO MARTÍN M. (2007): *Introducción al Estatuto del Trabajo autónomo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra; CRUZ VILLALÓN J. y VALDÉS DAL-RÉ F. (2008): *El Estatuto del Trabajo autónomo*, La Ley, Madrid; GARCÍA JÍMENEZ M. y MOLINA NAVARRETE C. (2008), *El estatuto profesional del trabajo autónomo: diferenciando lo verdadero y los falso*, Tecnos, Madrid, LUJÁN ALCARAZ J. (dir.) y otros (2008): *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, Laborum, Murcia; MONEREO PÉREZ, J.L. FERNÁNDEZ AVILÉS J.A. (dir. y coor.) (2009): *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, Comares, Granada; MONTOYA MELGAR A. y MARTÍN JIMÉNEZ R. (2007), *Estatuto del Trabajo Autónomo*, Civitas, Cizur Menor; DEL REY GUANTER S. y otros (2007), *Comentarios al Estatuto del Trabajo autónomo*, Lex Nova, Valladolid.

¹⁹⁰ Respecto de las falsas expectativas que genera la Ley, por todos, DESDENTADO BONETE A., (2008): "El traje nuevo del emperador: sobre la legislación simbólica en el estatuto del trabajo autónomo", *Rev. de Derecho Social* nº 44, págs. 13 a 35 o

La definición legal de trabajador autónomo es la siguiente: persona física que realiza de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo (con independencia de que tenga o no trabajadores a su cargo). Su eje regulador pivota sobre la persona física trabajador autónomo por el hecho de trabajar por cuenta propia, de ejecutar personalmente una actividad. La Ley no se conforma con incorporar un concepto de trabajador autónomo sino que realiza expresas inclusiones entre los familiares de aquéllos (cuando no puedan ser considerados asalariados), los socios industriales, comuneros, consejeros o administradores, trabajadores autónomos económicamente dependientes si efectivamente cumplen los requisitos legalmente exigidos¹⁹¹.

A continuación -de manera muy breve- se reseñan (agrupados en siete puntos) los aspectos más destacables que aborda el nuevo marco jurídico español para el Trabajo Autónomo o, lo que es lo mismo, las principales cuestiones abordadas por la Ley 20/2007, de 11 de julio, reguladora del Estatuto de trabajo autónomo.

En primer lugar la normativa interna se detiene en determinar su ámbito subjetivo de aplicación, al fijar **quiénes son trabajadores autónomos**. Así lo son las personas físicas que prestan su trabajo personal, por cuenta propia y con independencia, tengan o no trabajadores a su cargo. El legislador ha querido diferenciar y contraponer el trabajo autónomo con el trabajo asalariado (en relación con la definición que de este último figura en el Estatuto de los Trabajadores, que exige la prestación de servicios retribuidos, por *cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona*). También se preocupa de indicar en qué situación quedarán

RODRÍGUEZ RAMOS M.J. (2008), "El Estatuto del trabajo autónomo. Críticas y aplausos", RGTSS nº 18, iustel.com.

¹⁹¹ A la que añadirá una lista de exclusiones que son, en todo caso, meramente declarativas.

los familiares de los trabajadores autónomos, así el trabajo familiar se convierte en una prestación que se integra en el marco de aplicación del propio Estatuto del autónomo (si su realización es habitual y no son considerados trabajadores por cuenta ajena), pero permitirá la posibilidad de formalizar un contrato de trabajo con los hijos menores de 30 años (probablemente se trata de una inclusión laboral tolerada *ex lege*).

En segundo término **describe las fuentes reguladoras** del régimen profesional del trabajo autónomo, que lo serán el propio Estatuto pero sólo en tanto en cuanto no se oponga a las legislaciones específicas de cada actividad¹⁹², la normativa relativa a la contratación civil, mercantil o administrativa que será la base de la relación contractual del autónomo con su cliente, el contrato o pacto individual (pudiendo formalizarse por escrito o de palabra) que habrá de respetar el derecho necesario legal y, en último lugar, los usos y costumbres locales y profesionales¹⁹³. Sólo para los TRA-EDE incorpora un instrumento colectivo de negociación al que denomina *acuerdos de interés profesional* (de eficacia personal muy limitada, que con gran acierto ha sido calificada como eficacia voluntaria¹⁹⁴ pues su fuerza de obligar se vincula al previo consentimiento personal y expreso del TRAE-DE afiliado de adhesión) y, como también analizaremos más adelante, el requisito de la forma escrita del contrato¹⁹⁵.

En tercer lugar incorpora **un amplio catálogo de Derechos y Deberes profesionales básicos**. La norma distingue entre derechos básicos individuales (trabajo, libre elección de profesión u oficio, libertad de iniciativa económica y libre competencia, propiedad

¹⁹² Lo que da muestra que la nueva legislación no quiere intervenir en el régimen jurídico de las profesiones (y/o actividades) ya regladas, por lo cual mantiene todo el acervo previo sin atreverse no ya a su modificación sino ni tan siquiera a su afectación. En términos muy similares para el contrato del TRA-EDE el art. 1.3 del RD 197/2009, de 23 de febrero.

¹⁹³ Art. 3 LETA.

¹⁹⁴ OJEDA AVILÉS A. (2009): “La sinéresis de lo colectivo como rasgo sustancial...”, cit.

¹⁹⁵ Art. 12.1 LETA.

intelectual) y derechos individuales en el ejercicio de su actividad profesional. Se trata de un catálogo incompleto en una enumeración abierta a cualesquiera otros derechos que deriven de los contratos que se celebren. De los típicos derechos sociales se centra en la formación, seguridad y salud laboral, percibo de la contraprestación por el ejercicio de su actividad¹⁹⁶, o asistencia y prestaciones sociales, de entre los más los más novedosos incorpora la conciliación entre la vida personal y familiar (derivada de exigencias del Derecho comunitario) y el desarrollo de la actividad profesional. Se muestra también un particular detenimiento sobre cuestiones relativas al Derecho a la no discriminación por los siguientes rasgos: nacimiento, raza u origen étnico, sexo, orientación sexual, estado civil, religión o convicciones, discapacidad -reiterada dos veces-, edad, uso de las lenguas oficiales en España o cualquier otra condición o circunstancia personal o social¹⁹⁷, otros derechos fundamentales (intimidad y dignidad, integridad física, tutela judicial efectiva) y garantías públicas y a la seguridad y salud laboral. Por lo que respecta a los deberes solamente se enuncian los deberes profesionales básicos en un listado también abierto, entre los que destaca el cumplimiento de las obligaciones con la Hacienda pública así como con la Seguridad Social o la deontología profesional y las obligaciones seguridad y salud laboral¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Al que se añaden determinadas garantías económicas e incluso privilegios específicos para el cobro de las contraprestaciones económicas fruto de su trabajo personal. En su posición de deudor con el Estado (deudas tributarias y de Seguridad Social) se protege relativamente la vivienda habitual, exigiéndose un plazo temporal mínimo, de al menos un año, para ejecutar el bien.

¹⁹⁷ Que se complementa con el mandato extensivo de la prohibición de no discriminación a la libre iniciativa económica, a la contratación y a las condiciones del ejercicio profesional, en el art. 6 LETA.

¹⁹⁸ A la que también se dedica un precepto concreto, art. 8 LETA, en particular cuando los autónomos deban coordinar su actividad con otras empresas por ejecutar la actividad en concurrencia con otros trabajadores (asalariados, TRA-EDE o, en su caso, autónomos). Por la afectación que para los autónomos tiene la prevención en atención a las obligaciones de coordinación de actividades empresariales del art. 24 LPRL y del RD 1171/2004, de 30 de enero.

Como cuarto punto recogerá **los Derechos colectivos de los trabajadores autónomos**. Recordando que el Derecho español fija un doble modelo de actuación colectiva, bien sea incorporando la acción de los sindicatos y derecho de libertad sindical como herramienta para la defensa de los autónomos, bien sea mediante la acción de las asociaciones de trabajadores de autónomos a través del derecho de asociación profesional¹⁹⁹. Al detenerse en el contenido de esas acciones (1) establece algunas pautas para la negociación colectiva, mediante la figura de los acuerdos de interés profesional aunque son pactos sólo destinados a los trabajadores autónomos económicamente dependientes; (2) sobre la defensa colectiva de los intereses profesionales, la enuncia pero silencia ¿cómo se ejercitará? Además de incurrir en el olvido (consciente) de no regular medios de autodefensa (como puede ser el paro de los trabajadores autónomos y sus límites en términos del mantenimiento de los servicios esenciales de la Comunidad); (3) permite la participación en sistemas extrajudiciales de solución de controversias colectivas a las que ya se ha referido la renovación del IV ASEC en este año 2009, aunque la redacción legal limita el derecho a los TRA-EDE pues se refiere a estos mecanismos no jurisdiccionales si así se prevén en los acuerdos de interés profesional²⁰⁰. En este ámbito se ensaya tanto la

¹⁹⁹ El RD 197/2009, de 23 de febrero, regula el Registro de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos (arts. 12 a 20), dicha regulación nos aproxima a un concepto de asociaciones profesionales de trabajadores autónomos *“aquellas asociaciones que agrupen a las personas físicas que estén comprendidas en el art. 1 LETA, y que tengan por finalidad la defensa de los intereses profesionales de sus asociados y funciones complementarias”*. Se exige que en su denominación y en sus estatutos hagan referencia a la especialidad subjetiva y objetivos. Un problema importante es determinar la representatividad de las asociaciones de autónomos, la Ley no implanta los criterios de medición tan sólo sugiere algunos de los posibles para que se implante por posterior desarrollo reglamentario (como número de afiliados, número de acuerdo firmados, recursos humanos y materiales con que cuente, número de acuerdos de interés profesional en los que haya participado, sedes permanentes u otros similares siempre que sean criterios objetivos).

²⁰⁰ BOE de 14 de marzo de 2009. Su DA 3ª apunta que su Comisión de seguimiento analizará las posibilidades de aplicar a los acuerdos de interés profesional de los TRA-EDE un sistema similar de solución de conflictos al existente para los asalariados

obligatoriedad de la conciliación previa en sede administrativa o en organismos creados *ad hoc* por las partes sociales como la posibilidad de someterse a arbitrajes voluntarios para la solución de las discrepancias. (4) Finalmente, incorpora la presencia y participación social de los autónomos mediante la representación institucional y su participación en organismos públicos (también aun pendiente de ser concretada).

El quinto aspecto se detiene en recordar el marco completo de **la protección social del autónomo**. Su objetivo último es la mejora de las prestaciones sociales de trabajadores los autónomos. En España su Seguridad Social, principalmente, se articula mediante el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, regulado por Decreto 2530/1970, de 20 de agosto. El Estatuto del autónomo del año 2007 no hace sino recopilar de manera muy genérica esa protección social con casi cuarenta años de historia, ni siquiera se propone la reforma de esa regulación (reforma que además de deseable es también muy necesaria²⁰¹). Ese repaso a la acción protectora se aprecia de manera ciertamente incompleta entre los derechos individuales de los trabajadores autónomos, (art. 4.3 letra h) centrados en la protección a la maternidad y paternidad y sus prestaciones afines y, de un modo más sistemático y completo, en el art. 26 de la LETA, con cierta reiteración de la tendencia a la convergencia con el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) en aportaciones, derechos y prestaciones en la línea con lo aprobado hace más de una década en la Recomendación nº 4 del Pacto de Toledo –suscrito por todo el arco parlamentario de partidos políticos en el año 1995 y revisado posteriormente en 2003-. Su parcial desarrollo reglamentario se

siempre que exista adhesión expresa por los firmantes, para así resolver las controversias colectivas de estos trabajadores si se trata de conflictos de ámbito nacional o aquéllos superan el territorio de una Comunidad Autónoma, pudiendo utilizarse el organismo (servicio) ya existente para los trabajadores, conocido como SIMA.

²⁰¹ El propio legislador lo reconoce en la DA 15ª LETA, aunque el mandato dirigido al gobierno para que realice (en el plazo de un año) un estudio sobre la actualización de la Seguridad Social de los autónomos no se ha llevado todavía a efecto.

realizó mediante RD 1382/2008, de 1 de agosto.

La nueva regulación indica aspectos puntuales, de futuro, como la obligatoriedad de aseguramiento de determinadas contingencias. La propia Ley ya estableció la obligatoriedad de la cobertura de la incapacidad temporal por riesgos comunes -salvo en el Sistema Especial de trabajadores agrarios por cuenta propia (SETA)-. Pero esta medida no se extiende para aquellos autónomos que se encuentren en situación de pluriactividad y que coticen por incapacidad temporal en el otro régimen, en cuyo caso, pueden optar por no cotizar por dicha contingencia en el RETA mientras dure dicha situación²⁰² (la regla no es aplicable ni al TRA-EDE ni tampoco al autónomo que desempeñe actividades de elevado riesgo de siniestralidad²⁰³). Tampoco quiere incorporarse a determinados trabajadores por cuenta propia agrarios²⁰⁴, la propia Ley en sus presupuestos iniciales ya indicaba que no pretende interferir en el sector agrario. Respecto a la posible obligatoriedad de las contingencias profesionales, establece que los trabajadores por cuenta propia incluidos en el RETA podrán mejorar voluntariamente la acción protectora del Régimen incorporando la cobertura correspondiente a las contingencias profesionales si bien para ciertos trabajos estarán obligados a proteger los riesgos profesionales que se determinarán por Real Decreto teniendo en cuenta las profesiones o actividades con mayor siniestralidad (este desarrollo todavía no se ha

²⁰² Efectiva a partir del 1 de enero de 2008, de acuerdo con lo establecido en la DA 3ª LETA, la cobertura de incapacidad temporal por contingencias comunes es obligatoria, salvo para aquellos autónomos que se encuentren en situación de pluriactividad y que coticen por incapacidad temporal en el otro régimen, en cuyo caso, pueden optar por no cotizar por dicha contingencia en el RETA mientras dure dicha situación.

²⁰³ Nuevo art. 47.3 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (modificado por RD 1382/2008).

²⁰⁴ En un galimatías de regulación que declara de manera inconsciente voluntarias coberturas que para los agricultores habían venido siendo obligatorias en el Derecho español de la Seguridad Social agraria mucho antes que para los restantes trabajadores autónomos.

producido en el año 2009 pero se espera que pronto incorpore, al menos, las actividades relacionadas con la construcción, el transporte o determinadas actividades industriales de especial peligrosidad, por ejemplo, los riesgos eléctricos...). La cobertura de estas contingencias deberá llevarse a cabo con la misma institución con la que se hubiera formalizado la cobertura de la incapacidad temporal, que podrá ser entidad gestora²⁰⁵ o colaboradora (Mutua de accidente de trabajo y enfermedades profesionales) reconociéndosele al autónomo la singular condición de trabajador adherido a ésta. Como ya se ha apuntado, la Ley fija la posibilidad de contratar como trabajador por cuenta ajena a los hijos menores de 30 años aunque convivan con el trabajador autónomo pero, en ese caso, no tendrán derecho al percibo del desempleo.

En una proyección de futuro desde un planteamiento programático vislumbra nuevas prestaciones sociales para el trabajo autónomo; se trata de la futura prestación por cese de actividad²⁰⁶, la mayoría de los trabajadores autónomos disfrutarán de ella si voluntariamente se acogen a su aseguramiento, se obligará al aseguramiento a los TRA-EDE y autónomos con actividades de especial peligrosidad (abonando la necesaria aportación social por esta nueva contingencia). Además para evitar que la nueva prestación

²⁰⁵ En régimen de provisionalidad para los nuevos obligados a la cobertura del riesgo hasta tanto se formalice con una Mutua.

²⁰⁶ Prevista por la DA 4ª de la Ley y luego reiterada por la legislación de presupuestos Generales del Estado para 2008. Incluso apunta una posible cofinanciación de estas ayudas en forma de planes justificados en razones de política económica para colectivos o sectores concretos entreabriendo la puerta a auxilios fuera del marco de la Seguridad Social, que serán soportados por las Administraciones Públicas. Primero circuló en forma de Propuesta articulada del Informe que incluye un borrador de anteproyecto de Ley para regular la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos, redacta por VALDÉS DAL-RÉ F. (coor. de la Comisión) y otros (2008), Informe sobre el establecimiento de un sistema específico de protección por cese de actividad, publicado en la página web del Ministerio de Trabajo e Inmigración, desde finales de 2009 con cambios importantes respecto de la propuesta era ya un Anteproyecto de Ley que se tramitará en la Cortes Generales a lo largo del año 2010.

suponga una grave carga a las arcas de la Seguridad Social se exigirá que todo autónomo que quiera asegurar el cese de actividad asegure también y conjuntamente con aquél el riesgo profesional²⁰⁷. Como sucede con el desempleo en el trabajo asalariado (o asimilados), la situación de cese de actividad debe ser involuntaria para el trabajador autónomo²⁰⁸ (salvo cuando se utiliza por el legislador como ayuda para la mujer víctima de violencia de género).

Finalmente la norma recoge específicas menciones sobre pensiones de jubilación dentro del diseño europeo de jubilación flexible, así se centrará en la continuidad en el trabajo ya cumplida la edad ordinaria de jubilación pero sin descuidar las posibilidades de acceso a jubilación anticipada también para los autónomos, equiparándolos a los trabajadores asalariados (en atención a la naturaleza de la actividad, tóxica, peligrosa o penosa o a la concurrencia de discapacidad en el autónomo).

La sexta apreciación, de carácter adjetivo, se detiene en la **competencia judicial**, distinguiendo una duplicidad ritual pues con carácter general las controversias que se susciten por los trabajadores autónomos serán solventadas ante la jurisdicción civil (será la jurisdicción contencioso-administrativa si el contrato tiene esa otra naturaleza), no obstante, para el autónomo económicamente dependiente ejerce una *vis atractiva* la jurisdicción social²⁰⁹. Lo que

²⁰⁷ En la medida legislativa preparatoria late la idea de vincular este aseguramiento al aseguramiento, también voluntario, de los riesgos profesionales, u obligatorio para quienes siendo autónomos estén por Ley obligados a la completa cobertura del riesgo profesional, incluidos los TRA-EDE.

²⁰⁸ Por la propuesta gubernamental, el periodo de carencia se ha fijado en 12 meses con un derecho a la prestación de tan sólo 2 meses, lo que hace muy poco atractiva la prestación. Como tiempo máximo de disfrute se prevé una prestación por cese de actividad de 6 meses con un aseguramiento previo de al menos 36 meses, aunque para los mayores de 60 años y hasta 64 años podría alargarse hasta los 9 meses.

²⁰⁹ Véase MOLINS GARCÍA-ATANCE J. (2007), “La competencia jurisdiccional del orden social en relación con los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, Aranzadi social, BIB 2007/1472 y [LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA](#) M. (2009), “La tutela judicial de los TRADE: un estudio

hace cuestionarse si también se atrae la protección propia de principios tuitivos de la rama social del Derecho, sólo la práctica nos iluminará sobre este aspecto. Gracias a la doctrina judicial iremos conociendo hasta dónde irradia la regulación y Derecho laboral al trabajo autónomo y, en particular, al autónomo económicamente dependiente.

Como séptimo y último punto, el Estatuto dedica un espacio **al fomento y promoción del trabajo autónomo**, recordando la importancia de actividad de las Administraciones públicas (cada una en el ámbito de sus competencias) en la política de fomento del trabajo autónomo, formación profesional, readaptación profesional, información y asesoramiento técnico o apoyo financiero a las iniciativas económicas, en particular, utilizando la herramienta siempre útil de la política fiscal para fomentar el trabajo autónomo). Incluso exige la remoción por los poderes públicos de los obstáculos que dificultan el desarrollo del trabajo por cuenta propia²¹⁰.

de la atribución de la competencia a la jurisdicción social”, *Temas Laborales* nº 102, págs. 157 a 186.

²¹⁰ Conviene destacar la creciente importancia dada al autoempleo como fórmula de reducción de altas tasas de desempleo (más en la actual crisis que atraviesa España) y de consecución de objetivos próximos al apoyo a las iniciativas de esta clase de trabajo. En este sentido sucesivas reformas legislativas de la prestación por desempleo permiten su capitalización para quien decida implantarse como trabajador autónomo. La última reforma aprobada por Real Decreto 1300/2009, de 19 de agosto, añade a la posibilidad preexiste de pago único de hasta un 60% del importe de prestación pendiente de recibir, a quienes se incorporan como socios trabajadores en sociedades laborales o en cooperativas sin atender a su duración o preexistencia de contratación, o permite incrementar hasta un 80% el porcentaje de abono del pago único para jóvenes de hasta 30 años, 35 años si se tratara de mujeres, aunque éstas últimas disposiciones se trata (tan sólo) de medidas temporales, pues su vigencia inicialmente sólo se contempla hasta 31 de diciembre de 2010 (prorrogables a expensas de lo que dure la crisis en España). También ante la necesidad de la recolocación se ha visto el autoempleo como una óptima salida para trabajadores que por su edad, cualificación u otras situaciones encuentran especiales dificultades de ser reenganchados en el trabajo asalariado.

Finalmente, se crea un Consejo del Trabajo autónomo que será un órgano tripartito, que estudie y proponga cambios normativos conforme a las demandas del heterogéneo colectivo de los autónomos²¹¹. Así también la DA 8ª de la LETA plantea la incorporación de los autónomos y su presencia como grupo en el Consejo Económico y Social (a nivel estatal –hasta la fecha esa presencia la ostentaban sólo en algunos sectores de actividad, como el agrario-).

En el marco de la actual crisis económica y del empleo se han acordado medidas bipartitas entre el gobierno y las asociaciones de trabajadores autónomos tendentes a salvaguardar a los trabajadores autónomos²¹². Algunas de contenido fiscal y tributario otras vinculadas directamente con la protección social. De todas ellas cabe destacar el compromiso gubernamental de extender para los autónomos si han cesado en su actividad y no disponen de fuentes de ingresos las ayudas de corte asistencial (ajenas o no vinculadas al modelo contributivo de Seguridad Social) así como las acciones de fomento del empleo que se lleven a cabo para los asalariados. Pero, sin embargo, aun no se ha llevado a la práctica²¹³.

Además de todo lo arriba descrito la Ley 20/2007, de 11 de julio, incorporará la figura del TRA-EDE que, por sus especificidades, merece ser tratada en un apartado aparte.

²¹¹ Art. 22 LETA.

²¹² Aprobadas por Acuerdo de la Mesa del Trabajo autónomo de 5 de mayo de 2009. La citada reunión puso de manifiesto la grave situación de pérdida de trabajo autónomo. También las Cortes Generales eran conscientes de esta situación cuando en la primavera pasada aprobaban una moción denominada *Plan de Rescate para el trabajo autónomo*.

²¹³ Desechando la oportunidad que brindaba la polémica regulación extraordinaria del programa temporal de inserción y desempleo, aprobada con carácter de urgencia en mitad del periodo estival por RD-Ley 10/2009, de 13 de agosto, el gobierno español ha decidido vincularla al previo agotamiento de la prestación o subsidios por desempleo dejando así fuera a los autónomos que estén en situación de necesidad.

III.- El autónomo económicamente dependiente en España

III.1.- Encuadramiento del trabajo autónomo económicamente dependiente

El trabajador autónomo económicamente dependiente se convierte en un trabajador singularmente protegido por la Ley, debido a sus especiales condiciones de prestación de su actividad. A su indispensable condición de trabajador por cuenta propia (nunca falso autónomo) se une su condición de fuerte dependencia económica de un tercero (su cliente). La mencionada dependencia legalmente se mide porque esos trabajadores prestan sus servicios/su actividad con prevalencia para un mismo cliente de quien obtienen sus principales o fundamentales ingresos económicos (al menos en un porcentaje de sus ingresos que variarán según las legislaciones nacionales). Esa situación supone que la prestación prevalente determine, a su vez, aspectos típicos de la ejecución del trabajo, en particular relacionados con el tiempo de la prestación de los servicios o la continuidad de la misma. El estrecho vínculo económico que une al autónomo económicamente dependiente con su cliente se convierte en un condicionante de la gestión de la actividad prestacional del autónomo. Lo que para el legislador español le convierte en sujeto especialmente necesitado de tutela. Así el TRA-EDE goza de una regulación jurídica intensa observándose, al menos en apariencia, un fuerte intervencionismo del Estado (si bien a veces resulta difícil encontrar justificación de por qué cierta protección sólo alcanza a esta figura y no a todos los trabajadores autónomos).

En España, en el marco de la nueva organización productiva, se produjo durante los años noventa un retraimiento legal de la aplicación de las características propias de la relación laboral para ciertas prestaciones de trabajo, como era el caso de los

transportistas²¹⁴ o la complicada regulación del contrato de agencia en el que a pesar de estar presente la nota de ajenidad se le aparta de la aplicación de la normativa laboral (eso sí debiendo estar ausente la nota de la dependencia²¹⁵) o la situación en la que quedan los agentes mediadores de seguros. Estos tres ejemplos nos ubican en las aguas movedizas de la paralaboralidad (véanse las DA 11^a, 17^a y 19^a LETA²¹⁶). A la vez que en otras cuestiones se produce una huida de la aplicación de la normativa laboral. Si bien, se trata de dos fenómenos diferenciados pues en el segundo aparece la figura del falso autónomo que busca eludir la aplicación del Derecho del Trabajo mientras en el primero es la propia voluntad legislativa la que ampara la ausencia de laboralidad, restringiendo la aplicación del Derecho del Trabajo, que también influye en la interpretación de juzgados y tribunales al estar sometidos a los dictados de la Ley. Aunque casi siempre se apoye en la ausencia de la dependencia jurídica siendo sustituida por la incuestionable dependencia económica.

Recientemente aparecen elementos distorsionantes de las notas de laboralidad, cual es la de la figura del trabajo autónomo económicamente dependiente en España o en Italia, el llamado *lavoro*

²¹⁴ Excluidos tras la reforma laboral de 1993/1994 por el art. 1.3 g) del Estatuto de los Trabajadores si su actividad es realizada para un mismo cargador o comercializador (aproximándose así al cliente único o preferente del TRA-EDE regulado en el año 2007) al amparo de autorizaciones administrativas de las que son titulares los propios transportistas (tarjetas de transporte), con independencia de que los vehículos utilizados fueran de su propiedad u ostenten un poder directo sobre ellos. Las SSTC 227/1997 o 9/1999 calificaron la exclusión legal como meramente declarativa por no estar presentes las notas de laboralidad, la doctrina previamente había interpretado que se trataba de una típica exclusión constitutiva. Como veremos más adelante la DA 11^a LETA se refiere expresamente a esta situación excluida del trabajo asalariado e integrada como prototipo del autónomo económicamente dependiente.

²¹⁵ Contrato de agencia regulado en España por Ley 12/1992, de 27 de mayo, tras la correspondiente trasposición del Derecho comunitario.

²¹⁶ Que a su vez deben relacionarse con la Leyes mercantiles que atienden a estos contratos, anteriormente Ley 16/1987, de 30 de julio de ordenación de los transportes terrestres legislación renovada recientemente mediante la Ley 15/2009 de 11 de noviembre de 2009, Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados y la precitada Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre el contrato de agencia.

a *progetto* –también el *lavoro* identificado como *COCOCO* por las características que inicialmente identificaron a aquel trabajo: coordinación, colaboración y cooperación-. A mi juicio la Ley 20/2007, de 11 de julio, reguladora del trabajo autónomo en España lejos de eliminar las “zonas fronterizas grises” a las que se refería el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley, sitúa al estudioso del Derecho en alerta sobre la creciente área pantanosa de las relaciones económicamente dependientes. Por otro lado, hay que tomar en cuenta que, a salvo de las regulaciones italiana y española, la pequeña incursión de la normativa alemana y la tímida regulación portuguesa, los restantes Estados europeos se muestran (hasta la fecha) muy reticentes para proceder a la inclusión de una regulación del trabajo autónomo pero dependiente económicamente, prefiriendo continuar con las diferencias existentes hasta ahora sin reconocer especiales las bondades de un *tertium genus* al ya de por sí bastante complejo mundo de la prestación de trabajo²¹⁷; así las cosas el trabajo o es dependiente o es autónomo. Igualmente, aparece la oposición mayoritaria de Estados europeos e interlocutores sociales a una figura híbrida en el *Resultado de la consulta pública sobre el Libro Verde de la Comisión “Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”* publicado el 24 de octubre de 2007, COM (2007) 627 final.

Sin duda, la presencia de un trabajo autónomo económicamente dependiente y su colocación en la intersección entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo, asido en la protección de sus garantías a la jurisdicción social y bajo la idea de la llamada paralaboralidad, impregna de nuevas y profundas dudas las fronteras del Derecho del Trabajo o el derecho de frontera, como lo denominara

²¹⁷ Ya tempranamente BIAGI M. e TIRABIOSCHI M. (1999): “Le porposte legislative in materia di lavoro para subordinato: tipizzazione di un *tertium genus* o codificazione di uno Statuto dei lavori”, *Lavoro e Diritto*, págs. 570 y ss.

Romagnoli²¹⁸. En estos momentos la doctrina europea se plantea la parasubordinación como una nueva nebulosa introducida en el Derecho del Trabajo. Introducción que tanto en el caso español como en el italiano es la propia Ley, la voluntad legislativa, la que ha procedido a formalizarla, a crear un auténtico *híbrido* (entre el trabajador asalariado y el autónomo).

Indudablemente, la especial protección a la parasubordinación no supone que ésta sea subordinación y, si así lo es, estaríamos ante la figura del falso autónomo (un auténtico asalariado que al exterior, para eludir la aplicación de las normas laborales, es mostrado formalmente como autónomo pero no lo es), esto es, de quien simula ser autónomo siendo realmente trabajador que presta sus servicios en régimen de ajenidad y dependencia bajo los presupuestos de la laboralidad.

El autónomo económicamente dependiente es, por su propia naturaleza, un trabajador autónomo con un régimen especial por su dependencia económica de un único cliente (que el legislador español ha querido fijar en una fuerte dependencia al menos el 75% de sus ingresos por rendimientos del trabajo y de actividades económicas o profesionales (de todas las que realice), conforme a lo que establece el art. 11.1 de la LETA y reiterará el RD 197/2009). Probablemente la condición de dependiente económico respecto a un único cliente muy pronto deba enfrentarse a materializar en la realidad productiva quien es o puede ser el cliente, y su naturaleza jurídica, atendiendo a fenómenos que ahora desde la Ley no se tratan, como los grupos de empresa u otros similares, o enfrentarse al fenómeno particular de cuando el cliente es la Administración pública y/o sus organismos. Tampoco se abordan los posibles efectos que produciría el cambio

²¹⁸ ROMAGNOLI U. (2004), “Modernización e involución del Derecho del Trabajo” Rev. de Derecho Social, nº 28, págs. 13 a 24, entre nosotros con referencia a la *Ley de frontera* por todos CABEZA PEREIRO J. (2008), “El Estatuto del trabajador autónomo español”, Rev. Internacional del Trabajo vol. 127 nº 1, pág. 100 o MARTÍNEZ ABASCAL (2008), “Estatuto del Trabajo autónomo: alcance protector y linderos de Derecho del Trabajo (I y II)”, Aranzadi Social nº 2 y 3, respectivamente, *passim*.

subjetivo en la parte cliente del contrato, en particular para los supuestos de transmisión o sucesión de la actividad a un nuevo cliente con continuidad de la prestación por parte del TRA-EDE.

Todos los sectores de actividad pueden valerse del autónomo dependiente económicamente aunque la figura tiende a aparecer con mayor profusión en las empresas de transporte, las franquicias, agentes de comercio y agentes de seguros, servicios socio-sanitarios y de ayuda a domicilio o allí donde el recurso a la subcontratación es extremado, distribución de prensa y revistas, el ámbito de la restauración, las cadenas de distribución comercial, encargados de distribución y suministro de alimentos y bebidas, productoras audiovisuales, dedicadas a la jardinería y viveros, laboratorios de prótesis dental..., también aparecen en el sector agrario, por ejemplo en explotaciones avícolas dedicadas crianza y engorde de pollos (o engorde de cerdos), cultivo de adormidera o cáñamo para empresas farmacéuticas... También se acerca esa figura a las formas de prestación de actividad en la distancia, como el trabajo a domicilio y teletrabajo (cuando no se trate de trabajo asalariado). De momento se ha identificado más al TRA-EDE en las relaciones civiles y mercantiles pero resulta obvio que, aún sin formalizar su relación, son muchas las Administraciones públicas que tienen gran cantidad de autónomos dependientes a su servicio.

Por otro lado, debe esperarse un cambio en la propia relación laboral en la descripción de sus notas configuradoras tras la aprobación de la figura del autónomo económicamente dependiente, es una pregunta que conviene hacerse a la luz de otros ordenamientos comparados. El caso italiano nos ilustra que sí se han producido cambios en los últimos años, aun no siendo esencialmente significativos, en los pronunciamientos judiciales con la figura del ahora llamado *lavoro a progetto*²¹⁹.

²¹⁹ PALLINI M. et altri (2006): Il lavoro a progetto in Italia e Europa, Il Mulino.

III.2.- La dependencia económica diferenciada de la dependencia jurídica

La nota de la dependencia jurídica caracteriza el trabajo asalariado, se traduce en el sometimiento del trabajador al poder de dirección y organización del empresario, refleja el hecho de prestar los servicios bajo el ámbito de organización y dirección de un tercero, el empresario. La figura del TRA-EDE se encuentra en una relación de dependencia económica, nunca jurídica, la organización de su actividad la realiza el propio autónomo. Así la dependencia económica es apreciada por el montante de ingresos que recibe el TRA-EDE de su cliente (para el legislador español el 75 por 100 de sus ingresos por el total de rendimientos de trabajo y actividades económicas o profesionales, incluidas las retribuciones derivadas del trabajo por cuenta ajena si éste se compatibilizara con la situación de TRA-EDE).

A partir de ahora, los trabajadores para situarse en el grupo de los asalariados o en el de los TRA-EDE tendrán que pasar un doble test de dependencia, la jurídica (que casi siempre lleva implícita la económica) y la presencia de dependencia económica.

III.3.- La naturaleza jurídica del TRA-EDE

Venimos exponiendo cómo mediante la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo se incorpora a la normativa la nueva figura del trabajo autónomo económicamente dependiente²²⁰ (en la realidad hacía tiempo que existían). Se

²²⁰ A raíz de su promulgación ha surgido entre la doctrina española una glosa enorme de esta figura, sin ánimo exhaustivo, GOERLICH PESET (2008): "[La noción de trabajo autónomo económicamente dependiente](#): puntos críticos", Justicia Laboral nº 33, págs. 13 a 47; MARTÍNEZ BARROSO (2008): "El trabajo autónomo económicamente dependiente: reflexiones para un debate ¿laboralizador?", Rev. de

circunscribe a aquellos autónomos que trabajan básicamente para un cliente, del que perciben, al menos el 75 por 100 de sus ingresos y con el que están vinculados mediante un específico contrato (denominado contrato de actividad del TRA-EDE).

Las notas características de los trabajadores autónomos económicamente dependientes diseñadas por el legislador español son las siguientes:

a) Aquellas que son comunes y propias de cualquier otro trabajador autónomo. Cuya actividad económica o profesional a título lucrativo se efectúa bajo una prestación de servicios personal, habitual, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de organización y dirección de un tercero²²¹. Esas exigencias son descritas en oposición a las notas caracterizadoras del trabajo por cuenta ajena y recuerdan la definición legal del trabajo por cuenta propia que se contiene en las normas de Seguridad Social.

b) Deberá realizar tal actividad de forma predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente (vulgo empresario), del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos del trabajo y de actividades económicas o profesionales. Se podría entender que se trata de ingresos netos pero el desarrollo reglamentario se refiere primero a rendimientos íntegros y luego a ingresos totales²²² (en dinero o en especie). Esta exigencia supone que el TRA-EDE se ve *de aquella manera* integrado en la empresa de su cliente para quien realizan su

Trabajo y Seguridad Social-CEF nº 304, págs. 3 a 39; MARTÍNEZ BOTELLO P.(2008): “El trabajador autónomo económicamente dependiente: síntesis didáctica”, Actualidad Laboral nº 5, La Ley 1046/2008, MOLERO MANGLANO C. (2008): “La configuración legal del autónomo dependiente: problemas y viabilidad”, Actualidad Laboral nº 1 versión electrónica; MORATO GARCÍA R. (2007): “El régimen laboral del trabajador autónomo económicamente dependiente en el proyecto de la LETA” Aranzadi Social nº 5, BIB 2007/814; VALDÉS ALONSO A. (2008): “La regulación del trabajo autónomo económicamente dependiente en la Ley 20/2007: apuntes para un debate”, REVESCO nº 96, págs. 133 a 173. Además de los estudios específicos que aparecen en las obras citadas en este trabajo.

²²¹ Art. 1.1 y 2 LETA.

²²² Art. 2.1 del RD 197/2009, de 23 de febrero.

prestación de servicios (ello se aprecia con extrema claridad en los Acuerdos de Interés Profesional firmados hasta la fecha).

c) Se exige también como requisito que no tengan a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contraten o subcontraten parte o toda la actividad con terceros, *“tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes”*. El TRA-EDE se coloca en el último lugar de la cadena productiva.

d) El autónomo económicamente dependiente debe disponer de infraestructura productiva y del material, que sean necesarios para el ejercicio de la actividad cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente. Ello con independencia de la infraestructura y de los medios con los que cuente su cliente. Exigiendo que sea empresario real y evitando, al tiempo, de esta forma la mutación de un asalariado en la figura del falso autónomo. Es un requisito que refuerza la indispensable falta de ajenidad.

e) Otro requisito será que el autónomo no ejecute su actividad de manera conjunta e indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier forma contractual por cuenta del cliente. Nuevamente no se admite que eluda la legalidad del trabajo asalariado y se trate de un falso autónomo; no permite la confusión del TRA-EDE con el trabajador subordinado.

f) Debe desarrollar su actividad bajo criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente. Implica esta exigencia la necesidad de que no haya dependencia jurídica en la actividad ejecutada por el autónomo sólo económicamente dependiente.

g) Perciban una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo el riesgo y ventura de aquélla. Aquí se centra en la nota característica del trabajo por cuenta propia, evitando que se remunere la mera ejecución de los servicios como elemento que singulariza la actividad laboral subordinada en régimen de ajenidad.

h) En todo caso, el Estatuto excluye expresamente a los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público²²³ y a los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho²²⁴, como puede ser bajo la figura de las Sociedades profesionales de la Ley 2/2007.

Desde el juego típico de la inclusión nominal también el Estatuto del trabajo autónomo mencionará expresamente como autónomos económicamente dependientes: 1.- a los del sector del transporte (DA 11ª); 2.- a los agentes de seguros (DA 17ª) y 3.- agentes comerciales (Ley contrato de agencia y DA 19ª), a quienes no les es de aplicación el requisito de asumir el riesgo y ventura de sus operaciones en concordancia con lo preceptuado por la Ley del contrato de agencia. Corresponde subrayar que el legislador español ha excepcionado no pocos requisitos exigidos para los otros TRA-EDE si se trata de transportistas, agentes comerciales y agentes de seguros. En algunos de estos últimos casos, además, se establece un especial régimen transitorio de adaptación aplicable a quienes ya fueran autónomos económicamente dependientes con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto²²⁵ (DT 2ª y 3ª) o de su Reglamento (DT 2ª).

La disposición adicional 11ª de la Ley establece que a los transportistas sólo se les exige el requisito del art. 11. 1 LETA (ejercicio de la actividad para un cliente del que obtengan al menos el 75% de sus ingresos) y 11.2 letra a) LETA (no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena), no los restantes, lo que debe ser leído como que pueden concurrir con otros transportistas por cuenta ajena en la empresa, pues en este sector por norma general las empresas de

²²³ Aunque tuvieran un cliente preferencial del que obtuvieran la mayor parte de sus ingresos, llegando a alcanzar hasta el 75% de los mismos.

²²⁴ Art. 11.3 LETA.

²²⁵ El legislador en la Exposición de Motivos de la Ley estima la cifra en alrededor de 300.000 personas, sin embargo el número de contratos registrados en las oficinas públicas hasta la fecha es muy bajo.

distribución utilizan tanto transportistas propios asalariados como transportistas autónomos (a veces indiferenciados unos de otros), y no desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sino en unión con el cliente, por ejemplo, en el marco de una cooperativa de servicios que sea titular de las tarjetas de transporte y organice su actividad, aunque el contrato de transporte con el cliente lo suscriba el propio transportista. En ese ámbito el RD 197/2009, de 23 de febrero, exime al transportista de hacer constar en el contrato expresamente su condición de TRA-EDE y tampoco deben indicar que: (1) su actividad no se ejecuta de manera indiferenciada con asalariados, (2) que su actividad se desarrolla con criterios organizativos propios, (3) que el riesgo y ventura es asumido en función del resultado de su actividad y (4) también se exime del requisito de disponer de infraestructura productiva²²⁶. Todas esas excepciones se permiten a los transportistas TRA-EDE porque, efectivamente en España, concurren con otros asalariados (las empresas utilizan tanto transportistas asalariados como transportistas autónomos²²⁷), la organización se realiza por el cliente y, a veces, carecen de infraestructura productiva y material propios. Otras tantas excepciones se contemplan para aplicar la noción de trabajador económicamente dependiente a los agentes de seguros en la regulación reglamentaria y la Ley recogerá algunas específicas para los agentes comerciales (como la ya anotada de ser indiferente que realicen sus operaciones bajo la nota de ajenidad, sin asumir el riesgo y ventura de sus operaciones).

III.4.- El contrato del TRA-EDE

Resulta importante detenerse en el contrato que celebran cliente y TRA-EDE. Aspecto al que se refiere el art. 12 LETA y ha

²²⁶ DA 1ª RD 197/2009, de 23 de febrero.

²²⁷ Así también SJLS nº 1 de León de 6 de junio de 2008 (Ar. 1757).

sido recientemente desarrollado por RD 197/2009, de 23 de febrero²²⁸. La primera exigencia es su formalización por escrito y la obligación de registro dentro de los plazos establecidos en oficina pública del Servicio Público de Empleo Estatal (aunque el registro no es público por lo cual no existirá acceso de sus datos para terceros). No obstante, el cliente está obligado a informar a los representantes legales de sus trabajadores asalariados, si los hubiere, la contratación con el TRADE (identificando al trabajador, el objeto del contrato, lugar de ejecución, fecha de comienzo y duración del contrato).

La formulación legal en su redacción pudiera parecer que opta por una forma contractual *ad solemnitatem*, incorporando como requisito de carácter constitutivo la formalización por escrito y el registro del contrato (el art. 12 LETA exige que el contrato se formalice *siempre* por escrito), contrato en el que además constará la condición de autónomo económicamente dependiente²²⁹ (condición que como resulta obvio deberá mantenerse a lo largo de la vida del contrato). Así se ha interpretado que es un requisito constitutivo por alguna doctrina judicial española (SSTSJ de Valencia de 27 de enero de 2009, de Asturias de 4 de febrero de 2009, de Andalucía -Granada- de 4 y 25 de marzo de 2009), también parte de la doctrina científica ha compartido idéntico parecer (Martín Valverde, Sempere Navarro o García Murcia entre otros). Ciertamente esa interpretación (literal) del enunciado legal choca frontalmente con el elemento protector que persigue el espíritu de la nueva regulación de la figura de los TRADE, dejando en manos de las partes, de la voluntad de las partes contratantes al formalizar el contrato, la extensión de la nueva tutela

²²⁸ Para profundizar en estas cuestiones MONTOYA MELGAR A. (2009): El contrato del TRADE. La Ley y el Reglamento, Civitas, Cizur Menor, pág. 22; o RUBIO DE MEDINA M.D. (2009): El Estatuto del trabajo autónomo y su reglamento, Bosch, Barcelona.

²²⁹ Nuevamente la apreciación judicial coincide en este requisito constitutivo legal en SJLS nº 1 de León de 6 de junio de 2008 (Ar. 1757). En el mismo sentido se han pronunciado los JLS de Valencia y Barcelona.

prevista para esta categoría de trabajadores. En particular el TRA-EDE lo será o dejará de serlo en atención a su voluntad de celebración de un contrato de esta naturaleza²³⁰. Por oposición, y a falta (en estos momentos) de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, se ha entendido que el requisito ha de ser tenido en todo caso *ad probationem*, es decir, como presunción *iuris tantum* que afecta a la carga de la prueba de existencia bien de contrato de TRAE-DE (si hubiera contrato escrito como TRAE-DE) bien de contrato de autónomo ordinario (no existiendo contrato escrito). Teoría que es mantenida por otra doctrina judicial en España (por todas, SSTSJ de Castilla y León –Valladolid- de 28 de octubre de 2008, de Aragón de 4 de febrero de 2009 o de Cantabria de 26 de junio de 2009) y diversos autores (por ejemplo Sala Franco/Pedrajas, Goerlich, Montoya Melgar o Mercader/de la Puebla). Conviene recordar que en el contrato de trabajo cualquier exigencia de forma para una modalidad concreta lo será siempre *ad probationem*²³¹, ello supone en un plano material también el reconocimiento de la auténtica tutela de los trabajadores asalariados²³², de la cual (opinamos que) no debiera interpretarse que el legislador deja desprovistos a los TRA-EDE. En la práctica será muy difícil tutelar legalmente al TRA-EDE si la autonomía privada prevalece sobre el interés tuitivo público (de derecho necesario) si el requisito de forma fuera considerado como constitutivo. Pero también debe sorprender la exigencia de contrato escrito cuando tampoco para el contrato de los autónomos y sus clientes se exige un requisito de forma (arts. 3.1 letra c) y 7 LETA), rigiendo el principio de la libertad de forma. Libertad de forma que también es predicable del contrato de trabajo o la generalidad de los

²³⁰ Ya ha sido interpretado que el art. 2.2 RD 197/2009, de 23 de febrero, “*confiere un papel calificador ciertamente relevante al propio trabajador autónomo económicamente dependiente*”, MONEREO PÉREZ J. L. (2009): “El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación”, cit.

²³¹ Art. 8.1 y 2 Estatuto de los Trabajadores.

²³² La jurisprudencia social ha acuñado para el trabajo asalariado la regla de que los contratos “son lo que son” y no lo que las partes quieren mediante el *nomen iuris* otorgado al contrato.

contratos comunes o civiles (art. 1279 del Código Civil), incluidos los que celebran los llamados autónomos ordinarios. Otra parte de doctrina verá la exigencia constitutiva en la obligación de comunicación por el TRA-EDE al empresario de su condición de económicamente dependiente que contemplan los arts. 1.2 y 4.1 del Real Decreto 197/2009, con independencia de que la comunicación sea verbal o escrita (Mercader/De la Puebla), al entender que sólo el TRAE-DE conoce su condición de tal (lo que no siempre será así, sobre todo debe tenerse presente que la mayoría de los nuevos autónomos económicamente dependiente prestan su actividad para un cliente exclusivo, no pocas veces el citado régimen de exclusividad aparecerá expresamente contemplado en el propio contrato).

En el contrato debe hacerse constar todas la exigencias del concepto de TRA-EDE, tanto la dependencia económica del cliente como la concurrencia de las restantes exigencias del art. 11.2 LETA anteriormente reseñadas al referirnos a las notas características de esta clase de trabajador, además de comprometerse a comunicar por escrito al cliente las variaciones que durante la vigencia del contrato se produzcan en relación con su condición de económicamente dependiente²³³.

El objeto del contrato -que puede ser de naturaleza civil, mercantil o administrativa- será el compromiso del TRA-EDE de ejecutar una actividad económica o profesional a favor del cliente de modo lucrativo, a cambio de una contraprestación económica. Su objeto puede ser singular, una obra/un servicio, o plural, varias obras/varios servicios. La regulación del contrato es dual y subsidiaria pues al igual que la LETA admite la singular ordenación propia del Real Decreto siempre que no se oponga a la normativa aplicable a la actividad (lo que de nuevo transmite el *miedo* del legislador regulador del TRA-EDE y su contrato a producir un conflicto entre disposiciones ya vigentes y la nueva regulación). Respecto a la duración del contrato si no se pacta un tiempo éste se presume

²³³ Art. 5.2 letra e) RD 197/2009, de 23 de febrero.

celebrado con carácter indefinido (se trata de una presunción *iuris tantum*).

Es compatible la relación de autónomo económicamente dependiente con la de trabajador por cuenta ajena y el desarrollo reglamentario, apuntando quizá una mayor confusión, indicará la posibilidad de poder ser al mismo tiempo asalariado y TRA-EDE para un mismo empresario/cliente (en estos casos el trabajo por cuenta ajena será muy marginal y probablemente a tiempo parcial).

Se convierte en obligación del TRA-EDE comunicar al cliente su condición de tal. Su dependencia económica de él en porcentaje de al menos el 75% de los ingresos comprendidos los de las actividades económicas o profesionales o los del trabajo asalariado, de forma que la reglamentación aleja la pluriactividad para el reconocimiento del TRA-EDE y niega a quien reparta su tiempo de trabajo entre asalariado y no asalariado el disfrute de la singular protección como autónomo dependiente económico si sus ingresos de la actividad autónoma dependiente no alcanzarán el 75% del total de sus retribuciones y contraprestaciones económicas (lo que será muy dificultoso para un asalariado posible TRA-EDE). Combinando el requisito económico con las dificultades puestas a la pluriactividad parece que se quiere que el TRA-EDE sea cuasi-trabajador exclusivo del cliente, alejando la presencia de “*tiempos parciales*” como trabajador subordinado y autónomo económicamente dependiente.

La declaración como TRA-EDE exige una manifestación expresa de esa condición que recae sobre el propio trabajador (él conocerá que al menos el 75% de sus ingresos provienen de un único cliente) y a él corresponde comunicarlo al cliente (al inicio de la contratación o cuando sobrevenga la condición de TRA-EDE, debiendo actualizar el contrato –o viceversa al dejar de ostentar tal condición-). En un posible *ultra vires* del desarrollo reglamentario se indica que no podrá acogerse al régimen jurídico (aunque dice textualmente régimen jurídico del Real Decreto) de no producirse tal comunicación.

En relación al contenido la normativa distingue entre (1) *un contenido necesario*: partes, elementos que configuran de la dependencia económica, objeto y causa del contrato, la asunción del riesgo y ventura de la actividad (cuando proceda), contraprestación económica, con su periodicidad y modo de pago, jornada, distribución e interrupciones de la actividad (descanso semanal, festivos e interrupción anual), aspectos vinculado con el tiempo de trabajo en caso de tratarse de una víctima de violencia de género para recibir su protección y asistencia integral y si lo hubiera Acuerdo de interés Profesional aplicable con adhesión expresa del trabajador y (2) *un contenido posible*, que como tal podría ser integrado en el contrato si así se decide por las partes: inicio de la actividad y duración del contrato y prestaciones acordadas, aspectos relativos al preaviso de desistimiento, cuantía de la indemnización para el TRA-EDE si no fue contemplada en AIP, facetas de la prevención de riesgos laborales e incluso su formación, condiciones aplicables si sobrevenidamente se pierde la condición de TRA-EDE, entre otras cláusulas potenciales.

Finalmente, el RD 197/2009 se detiene en la fijación de especialidades para el sector de agentes de seguros, viene a permitir su consideración como TRA-EDE, alejándose de cualquier indicio de laboralidad (por el hecho de recibir instrucciones técnicas –apartando de ellas la consideración de órdenes propias de un poder directivo del empresario- o por el uso documentación, material, instrumentos o herramientas –incluidas la telemáticas- que la aseguradora proporcione a estos agentes). Por otro lado, desecha que puedan ser TRA-EDE los agentes de seguros exclusivos y agentes de seguros vinculados que hayan suscrito un contrato mercantil con auxiliares externos. También aporta como especialidad que las discrepancias relativas al régimen profesional podrán, además de solventarse en sede social, ser sometidas a mediación y arbitraje.

III.5.- Algunas condiciones de la prestación de actividad

Como venimos anotando en estas páginas la regulación especial busca ofrecer una mayor protección para estos autónomos por

su dependencia económica y se detiene en la regulación de algunos aspectos concretos (jornada, razones para la suspensión de la prestación, extinción del contrato, negociación a través de acuerdos de interés profesional). Sin duda, son abordados tan sólo aspectos parciales que pretenden incorporar ciertas condiciones de trabajo de derecho mínimo que, tomando en cuenta la debilidad del TRA-EDE, le faciliten la prestación su actividad para el cliente. Se trata de algunas normas de naturaleza legal imperativa que permitirán, eso sí, su mejora bien por el acuerdo individual de las partes, bien por el acuerdo colectivo gracias a la firma de acuerdos de interés profesional.

En relación con el **tiempo de trabajo** establece la necesidad de limitar la jornada semanal o, lo que es lo mismo, determinar la jornada máxima, el descanso semanal, el régimen aplicable a festivos y si el factor temporal delimitador es el mes o el año que se fije su distribución semanal. Ese límite de la jornada podrá superarse en los términos que se admitan por la negociación colectiva (el acuerdo de interés profesional) y en ausencia de éste no más del 30% de actividad inicialmente acordado. En cuanto al descanso anual con el eufemismo “*interrupción de la actividad anual*” se determina un mínimo de 18 días hábiles de vacaciones²³⁴. Sin configurar un derecho pleno, en términos meramente programáticos recoge que al establecerse el horario se procure adaptar para que éste sea compatible con la vida personal y familiar en términos de conciliación de la vida laboral. Para la trabajadora TRA-EDE que sea víctima de violencia de género sí configura un derecho perfecto de adaptación del horario en aras a su protección y/o asistencia.

Vinculado a los momentos de la prestación de la actividad también se detiene en las posibles **interrupciones de la actividad**, incluyendo derechos plenos por diversas causas. Se inicia con el mutuo acuerdo de las partes, pero también recoge la atención a

²³⁴ Toda esta regulación tiene reminiscencias de determinación de la jornada laboral e instituciones como jornada de trabajo, horas extraordinarias o vacaciones.

responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles, riesgo grave e inminente para su salud, situaciones suspensivas como la incapacidad temporal, maternidad o paternidad²³⁵, violencia de género o fuerza mayor. Estas situaciones podrán incrementarse por los acuerdos de interés profesional, fijando otras distintas por contrato, el legislador no hace sino reiterar la referencia, ya aludida, al mutuo acuerdo de las partes.

En último lugar la regulación de condiciones laborales del TRA-EDE se detiene en la ruptura contractual permitiendo la **extinción de la relación** del trabajador autónomo económicamente dependiente con su cliente por: (1) mutuo acuerdo, (2) por causas independientes de la voluntad de las partes (muerte, jubilación, incapacidad laboral), (3) por la voluntad del TRA-EDE (desistimiento con preaviso, por incumplimiento contractual grave del cliente, víctima de violencia de género), (4) voluntad del cliente (causa justificada con preaviso, pero no conceptúa qué es causa justificada convirtiéndolo en un concepto jurídico indeterminado a salvo de la posibilidad contemplada por el art. 16.3 *in fine* LETA ante supuestos de fuerza mayor o incapacidad temporal, maternidad o paternidad siempre que, a su vez, cause un importante perjuicio al cliente o perturbe el normal desarrollo de su actividad) o (5) una final cláusula abierta que permite cualquier otra causa legalmente establecida y merma el rigor jurídico del cuadro descrito. También prevé una regla de compensación en forma de indemnización por daños y perjuicios (típica del derecho común) si la extinción se fundó en un incumplimiento de la otra parte. Las cuantías de la indemnización

²³⁵ Olvida mencionar los nuevos riesgos durante el embarazo y la lactancia natural al albur de su configuración de riesgos de los asalariados aunque sin duda también pueden padecerlos los trabajadores autónomos y los TRA-EDE. Así es deducible en los principios inspiradores de la LO 3/2007, defecto legal que se ha visto corregido e incorporado como exigencia obligatoria de cotización para todos los autónomos a partir del año 2008 por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para ese ejercicio en caso de no haberse acogido a la cobertura –de momento voluntaria- de todos los riesgos profesionales. En todo caso para los TRA-EDE al ser obligatoria la cobertura del riesgo profesional en su cotización están incluidos esos dos riesgos.

podrán determinarse de manera tasada según lo acordado en pacto o dispuesto en acuerdo colectivo de interés profesional. Aunque en el caso de que la indemnización le correspondiera al cliente se atenderá a si efectivamente se produjo un perjuicio importante que o bien paralice, o bien perturbe, el normal desarrollo de la actividad. En ausencia de previsión de la cuantía se tendrán en cuenta para la determinación de la indemnización al TRA-EDE elementos tales como el tiempo restante para el fin del contrato, la gravedad del incumplimiento, inversiones y gastos anticipados y presencia o no del plazo de preaviso²³⁶.

III.6.- Los acuerdos colectivos en defensa del trabajador.

Análisis del primer ejemplo - entre transportistas y la empresa panrico-.

La otra gran novedad es la incorporación de la herramienta de la negociación colectiva bajo los llamados acuerdos de interés profesional (AIP). El lector foráneo debe conocer que esta clase de acuerdos, al margen de toda concreción legal, ya venían desarrollándose en España desde hace unos años. Se trata de pactos escritos de naturaleza civil (ya que sus cláusulas deben respetar las exigencias del Código Civil propias de las obligaciones y contratos) que habrán de respetar siempre el derecho necesario (derecho imperativo), so pena de nulidad e ineficacia. Las partes legitimadas para concertar estos acuerdos serán, por una parte, asociaciones o sindicatos que representen a los TRA-EDES y para la contraparte, las empresas para las que se ejecuta la actividad (sorprende que el texto de la ley no haya incluido a las asociaciones empresariales como

²³⁶ Al respecto se ha pronunciado la STSJ de Cataluña de 19 de mayo de 2009, reconociendo el derecho al pago de la indemnización por daños y perjuicios valorando esos factores, cuando efectivamente concurren.

sujeto colectivo). El contenido podrá versar sobre cuestiones relacionadas con las condiciones de ejecución, tiempo y lugar de la actividad u otras denominadas “condiciones generales de contratación”. El límite a estos acuerdos está en la legislación de defensa de la competencia. Como hemos anotado anteriormente su eficacia personal (voluntaria) se limita a los firmantes del acuerdo y a todos los afiliados a esos signatarios mediando su personal adhesión. En una primera impresión para la doctrina el pacto no goza fuerza de normativa, ni consiguientemente de automaticidad, siendo necesario que el trabajador preste su consentimiento (como exige la propia Ley con bastante claridad en el art. 3.2 LETA). Se tratará de una nueva especie de contrato colectivo singular, que permite la negociación entre sujetos colectivos bajo la denominación de Acuerdo de interés profesional.

El primer acuerdo de esta naturaleza, ya vigente el Estatuto del trabajo autónomo, ha sido firmado en el ámbito estatal por transportistas y la empresa PANRICO el pasado 14 de abril de 2009 (se trata de una empresa del sector agroalimentario y no es el primer acuerdo que suscribe con los porteadores *autónomos*²³⁷). Para enaltecer el acuerdo el mismo fue firmado en presencia de las autoridades del Ministerio de Trabajo. La representación de los TRA-EDE fue mixta ejerciendo esa representación tanto sindicatos como asociaciones de autónomos (no necesariamente de autónomos económicamente dependientes). Las partes se reconocieron capacidad y legitimación tomando como real representación entre los TRA-EDES transportistas autónomos las ‘elecciones’ que se vienen celebrando en la empresa.

El acuerdo de PANRICO permite su extensión personal -quizá más allá de la inicialmente prevista por la Ley- por técnicas de adhesión o novación contractual individual. Incorpora **categorías de transportistas** bajo la sutil denominación de modalidades de

²³⁷ Anteriormente existía un Acuerdo de 20 de mayo de 2005 de la mesa de negociación de autónomos de Barcelona.

transporte y fija criterios propios de promoción profesional y adjudicación de vacantes (reglando su procedimiento). Destaca aspectos relacionados con la tarjeta de transporte y vehículo, incluida la necesidad de ofrecer al medio de transporte la apariencia externa de la empresa cliente.

Regula de manera muy genérica **la jornada**, sin llegar a cuantificar la jornada máxima sólo acuerda compromisos de elaboración de calendario y horario de los servicios, permite por necesidades del mercado, razones técnicas, organizativas o productivas horarios extraordinarios y reconoce la mayor remuneración de la prestación en festivos. Mejora la interrupción anual hasta 30 días naturales (en dos fracciones de 15 días cada una) con derecho al percibo de la prima fija mensual durante el periodo de descanso –vacaciones pagadas-. E incorpora permisos por matrimonio o inscripción como pareja de hecho, nacimiento o defunción, traslado del domicilio habitual, deberes inexcusables de carácter público o exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto²³⁸, permisos que serán remunerados o compensados económicamente mediante una prima fija diaria e, incluso, en ocasiones adhiriendo el promedio variable obtenido en el mes precedente. Aunque se tendrá en cuenta para el abono el porcentaje de absentismo laboral. Otorga a la empresa la facultad de realizar reconocimientos médicos para el abono de la compensación complementaria por baja por incapacidad temporal. También se permite ausentarse para el ejercicio de funciones de representación social, emulando la actividad representativa de los trabajadores con expreso reconocimiento de derecho de representación, aludiendo a los puestos obtenidos en las elecciones sindicales (sic.). Para las restantes interrupciones de la actividad exigida por la LETA no prevé compensación económica, ni siquiera para las situaciones de violencia de género.

²³⁸ En notable paralelismo con la regulación prevista para el trabajo asalariado por el art. 37.3 Estatuto de los Trabajadores español (ET).

En cuanto a la **retribución** se determina el percibo de un mínimo mensual, llamada prima fija mensual, que busca suplir gastos del TRA-EDE tales como seguros, combustible o afiliación a la Seguridad Social. También incorpora una cláusula de no discriminación retributiva por trabajos de igual valor junto con una genérica garantía de no discriminación. Pero es que además incorpora devengos extraordinarios de percepción superior al mes, uno para el mes de junio y otro para diciembre –pagas extraordinarias-. A la remuneración de base incorpora una estructura de complementos, por objetivos y compensación de servicios volantes, por servicios especiales, una tarifa retributiva de portes, retribución por ejecución. Incluso introduce todo un mecanismo de ventajas sociales propias de la acción social complementaria (ayudas por variación del precio del combustible, anticipo mensual, préstamos, por familiares a cargo discapacitados). Hasta prevé que en los casos de no poder utilizar su vehículo el porteador por causas técnicas la empresa le suministre un vehículo –aportación del principal instrumento de trabajo-.

En referencias a la **extinción del contrato** el Acuerdo de PANRICO regula, cual régimen disciplinario, incumplimientos por el transportista que darán lugar a la rescisión del contrato, sin derecho a indemnización y con la posibilidad de la empresa de resarcirse por daños y perjuicios ocasionados (ausencias de retirada de mercancía y/o distribución, no liquidación diaria de las cantidades percibidas a los clientes, mantener saldo deudor en liquidaciones por encima de una cantidad -60 €uros diarios- incumplimiento de las obligaciones del transporte de productos alimenticios, pérdida de los requisitos que habilitan para el transporte público, no puesta a disposición de la empresa la documentación referida al cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, fiscales y administrativas, no cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales o dificultar la coordinación de la actividad preventiva, embriaguez o toxicomanía el día de la prestación de servicios, ofensas verbales o física a quienes prestan servicios, transgresión de la buena fe

contractual o abuso de confianza finalizando con una abierta cláusula referida a cualquier otra circunstancia que implique un perjuicio económico, comercial u organizativo a la empresas con independencia de su cuantía o entidad²³⁹, también sanciona con la extinción del contrato el desarrollo simultáneo de tareas para otra empresa). No obstante, prevé que si el juez social declarase la improcedencia de la extinción la empresa deberá indemnizar al transportista y determina *a priori* los criterios de cálculo de aquélla (con referencias en las cuantías determinadas por la legislación laboral –actualmente de 45 días por año trabajado-). Añade una extinción por causas técnicas, económicas, organizativas o de producción con derecho a la misma indemnización, por razones concurrentes tales como disminución significativa de los portes, centralización de la distribución de grandes clientes, reestructuración de rutas, nuevos productos que no requieran reparto diario. También otorga a la empresa la facultad de compensación de crédito con independencia de la causa que motive la extinción contractual. Si la extinción se produce por voluntad del TRA-EDE se le exige un preaviso escrito de 15 días, la falta de preaviso supondrá la obligación de abonar a la empresa los días dejados de preavisar e incluso permite solicitar al TRA-EDE indemnización por daños y perjuicios si el desistimiento causará perjuicios a la empresa (el acuerdo elude citar que la Ley exige que el perjuicio sea importante).

Por último, en el Acuerdo de PANRICO se tratan aspectos relacionados con la **prevención de riesgos laborales**, remarcando las obligaciones de coordinación de actividades empresariales exigiendo información e instrucciones para los TRA-EDE en esta materia, pero no formación. También fija una **cláusula de paz social** durante la vigencia del Acuerdo. Y, finalmente, crea una **comisión paritaria** de gestión del acuerdo, su procedimiento de toma de acuerdos y sus

²³⁹ Con absoluto desconocimiento de la regla de la proporcionalidad o principio gradualista que inspira toda acción sancionadora de este género. Sin embargo prevé la redacción negociada de un Reglamento de régimen interior dedicado al régimen disciplinario, que supuestamente establecerá una graduación de las sanciones.

funciones (de interpretación y mediación). Al mismo se añade un **anexo relativo a la solución extrajudicial de conflictos** (sólo los colectivos –en atención al número de afectados: 30% de los transportistas autónomos dependientes de una delegación-, no afectando a los individuales) mediante el procedimiento de mediación obligatoria previa a la vía judicial. Los costes de la mediación los asume la empresa.

Nada hay en el pacto colectivo reseñado relativo a la conciliación de la vida laboral con la personal y familiar, se trata de una materia ausente (propia de cualquier sector masculinizado). Tampoco hace presente a los derechos fundamentales, a excepción de la genérica referencia a la cláusula de no discriminación. Tampoco incorpora especiales garantías económicas de cobro de los TRA-EDE. Ninguna referencia al contrato ni a las condiciones generales de contratación. Ausente toda cita de la normativa mercantil referente al contrato de transporte (art. 349 del Código de Comercio y la nueva Ley 19/2009 de 11 de noviembre de transporte terrestre). Ni una referencia a la ingente normativa comunitaria referida al transporte terrestre, con numerosas Directivas expresamente encargadas de incorporar una amplia protección social en la actividad desarrollada por los transportistas²⁴⁰.

²⁴⁰ Reglamento (CEE) n° 3820/85 del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, relativo a la armonización de determinadas disposiciones en materia social en el sector de los transportes por carretera; Directiva 2002/15/CE, de 11 de marzo, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera o Directiva 2006/22/CE, de 15 de marzo de 2006, sobre las condiciones mínimas para la aplicación de los Reglamentos del Consejo (CEE) n° 3820/85 y (CEE) n° 3821/85 en lo que respecta a la legislación social relativa a las actividades de transporte por carretera, modificada recientemente por la Directiva 2009/5/CE de la Comisión, de 30 de enero de 2009. Normativa por la que debido a la falta de trasposición España ha sido condenada en STJUE (Sala Sexta) de 21 de junio de 2007, asunto C-392/06, como también se y ha condenado a otros Estados Miembros por la no adaptación en tiempo.

Como puede observarse se recurre a típicas instituciones, categorías o figuras de procedencia típicamente laboral y se las incorpora al Acuerdo de interés profesional, que también se han introducido en la Estatuto del trabajo autónomo, lo cual no deja de ser una mascarada²⁴¹. Ante estas nuevas figuras la doctrina europea se expresa con palabras tales como fingida o aparente autonomía de los nuevos autónomos dependientes, *semidependientes*, *parasubordinados*, trabajadores dependientes autónomos o de autónomos de segunda generación²⁴².

III.7.- La seguridad social del TRA-EDE

En el ámbito de la protección social la tutela legal será más extensa para esta categoría de trabajadores en comparación con los restantes trabajadores autónomos, se trata, en todo caso, de especialidades previstas por el legislador. Sin duda, es en este ámbito donde el legislador ha sabido revestir de especial protección al trabajador autónomo económicamente dependiente.

En primer lugar la Ley 20/2007, de 11 de julio, prevé la posibilidad de establecer bases de cotización diferenciadas, cuestión que no ha sido objeto de regulación ni para el año 2008 ni para el presente año 2009 (pero en cualquier momento el legislador podría utilizar esa posibilidad). Probablemente existe un temor a la fuga masiva hacia esta figura, que se manifestó por la Tesorería General de la Seguridad Social al examinar la situación de otros países europeos,

²⁴¹ Ya se había detectado que se enmascaran con cambios de nombre las figuras de origen laboral como empresario (cliente), salario (ingresos por rendimientos de trabajo), jornada laboral (jornada de actividad), vacaciones (interrupción de la actividad anual), despido (extinción de la actividad por voluntad del cliente), así MONTOYA MELGAR A. (2009): El contrato del TRADE..., cit., pág. 22.

²⁴² Llamados en Francia *parasubordonné*, en el Reino Unido *dependent self-employed worker* o *borderline self-employed*, en Italia *lavoratore parasubordinato* o en Alemania *arbeitnehmerähnliche Personen*.

así se decidió poner en la Ley un mecanismo de control en términos de recaudación de cotizaciones ante la posible huida de asalariados a TRA-EDE.

En segundo término, respecto de la acción protectora, estos trabajadores deben cubrir obligatoriamente ciertos riesgos específicos (no exigidos a todos los trabajadores autónomos), por lo tanto, habrán de cotizar por ellos. Se trata de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y, también, de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (cobertura que también se amplía al accidente *in itinere*²⁴³). En un futuro, si prospera la tramitación parlamentaria, también se verán obligados a cotizar y consiguientemente podrán disfrutar de la prestación por cese de actividad (la nueva ayuda al desempleo/paro de los autónomos).

²⁴³ Art. 26.3 LETA.

Painel II

O regime de protecção social do sector privado

Análise do regime legal de atribuição do subsídio de desemprego

Maria Helena Salazar da Costa Lima

Advogada

Mestre em Direito

*Docente de Direito do Trabalho e da
Empresa no Instituto Superior de
Contabilidade e Administração do Porto*

Introdução

No passado dia 3 de Novembro de 2006 foram publicadas as novas regras de atribuição do subsídio de desemprego através do Decreto-Lei 220/2006, que instituiu o regime jurídico de protecção social da eventualidade de desemprego dos trabalhadores por conta de outrem e revogou os anteriores diplomas.²⁴⁴ Este novo regime foi, entretanto, regulamentado pela Portaria 8-B/2007, de 3 de Janeiro, que estabeleceu as normas de execução necessárias à aplicação do referido Decreto-lei.

A protecção no desemprego apresenta-se hoje como um dos aspectos fulcrais dentro dos instrumentos de protecção social. Como é conhecido, o aumento das taxas de desemprego, as dificuldades de criar e manter postos de trabalho e a própria situação económica que o país atravessa²⁴⁵, determinam recorrente e frequentemente o recurso

²⁴⁴ Decreto-Lei 119/99 de 14 de Abril, com a redacção que lhe havia sido dada pelos Decreto-Lei 186-B/99 de 31 de Maio, Decreto-Lei 326/2000 de 22 de Dezembro e o Decreto-Lei 84/2003 de 24 de Abril, que tinha aprovado medidas temporárias de protecção social aplicáveis aos trabalhadores no desemprego - Programa de Emprego e Protecção Social (PEPS).

²⁴⁵ Em especial, e com influência directa nesta matéria, ressaltam as dificuldades económicas das empresas em manter os postos de trabalho, decorrentes quer do

ao apoio concedido pelo estado em matéria de prestações sociais, em particular, a que cobre a situação de desemprego.

Estes e outros factores de cariz socio-económico, aliados à necessidade de uma resposta social eficaz no que toca à protecção daqueles que enfrentam a situação de desemprego, determinaram a já anunciada reforma do regime de protecção no desemprego²⁴⁶.

Da análise do regime legal, já totalmente em vigor, ressaltam algumas importantes modificações, quer a nível conceptual, quer no que toca aos pressupostos e conteúdo das prestações a atribuir na situação de desemprego.²⁴⁷ É destas que damos nota neste nosso exame circunstanciado da novel legislação.

1. Caracterização da eventualidade de desemprego

Uma das primeiras normas do regime ora em vigor fixa o conceito de desemprego, em torno do qual se concretiza a eventualidade da protecção a conceder, e que obviamente

fenómeno da deslocalização de actividades quer da redução drástica de postos de trabalho, assente muitas vezes na reestruturação dos quadros de pessoal da empresa.

²⁴⁶ Estes e outros argumentos, nomeadamente os do reforço e da sustentabilidade da protecção social, constam do preâmbulo do Decreto-Lei 220/2006, de 3 de Novembro, como motivos determinantes para justificar a revisão do sistema de prestações de desemprego, e que surge a par da Reforma da Segurança Social protagonizada por um conjunto de medidas presentes na Resolução do Conselho de Ministros 141/2006, de 25 de Outubro, e que passam nomeadamente pela aprovação de uma nova Lei de Bases da Segurança Social.

²⁴⁷ De acordo com o artigo 88.º do Decreto-Lei 220/2006 o regime constante do mesmo entrou em vigor em dois momentos distintos. Iniciou a sua vigência no primeiro dia do segundo mês seguinte ao da sua publicação (1 de Janeiro de 2007), excepto no que toca à cessação do contrato de trabalho por acordo, caso em que o regime previsto na alínea d) do artigo 9.º e no artigo 10.º do mencionado diploma entrou em vigor no dia seguinte ao da publicação (4 de Novembro de 2006). Fica ainda pendente a vigência do n.º 3 do artigo 66.º atinente à Comissão de Recursos a quem caberá conhecer a apreciação de recursos não contenciosos de decisões de anulação de inscrição no Centro de Emprego.

condicionará a aplicação das diversas medidas previstas no diploma²⁴⁸.

A este propósito fixa o artigo 2.º no n.º 1 que é considerado desemprego para aplicação do presente decreto-lei “toda a situação decorrente da inexistência total e involuntária de emprego do beneficiário com capacidade e disponibilidade para o trabalho, inscrito para emprego no Centro de Emprego”.²⁴⁹

2. Medidas de reparação da situação de desemprego

Nos artigos 3.º e 4.º identificam-se as medidas em que se pode traduzir a protecção e que são identificadas como medidas passivas e medidas activas.²⁵⁰

As primeiras, medidas passivas, consistem na atribuição de subsídio de desemprego e de subsídio social de desemprego; as segundas, as medidas activas, traduzem-se no pagamento de uma só vez do montante global das prestações de desemprego com vista à criação do próprio emprego, na acumulação de subsídio de desemprego parcial com trabalho a tempo parcial, bem como na suspensão total ou parcial das prestações de desemprego durante a frequência de curso de formação profissional com atribuição de compensação remunerada, e ainda na manutenção das prestações de desemprego durante o período de exercício de actividade ocupacional;

²⁴⁸ Esta caracterização da eventualidade de desemprego é igualmente condicionada pela verificação da situação de desemprego involuntário que aparece tratada no artigo 9.º deste diploma.

²⁴⁹ Sobre a inexistência total de emprego, o n.º 2 esclarece que se consideram nessa situação aqueles que cumulativamente com o trabalho por conta de outrem, e cujo contrato de trabalho tiver cessado, exerçam uma actividade independente cujos rendimentos não ultrapassem mensalmente 50% da retribuição mínima mensal garantida, que para o ano de 2007 se encontra fixada em 403 euros pelo Decreto-Lei 2/2007, de 3 de Janeiro.

²⁵⁰ De resto, o artigo 1.º no seu n.º 2 prevê que a protecção se possa realizar através de medidas passivas, activas e outras de carácter excepcional e transitório previstas em legislação especial.

admitem-se, ainda, outras medidas de política activa de emprego a definir em legislação própria.

3. Objectivos, modalidades e titularidade das prestações

O capítulo II, que compreende os artigos 5.º a 17.º, contém dois grupos relevantes de matérias, a saber: as prestações de desemprego (secção I) e a capacidade e disponibilidade para o trabalho (secção II).

As prestações de protecção aqui previstas, no artigo 7.º, são o subsídio de desemprego, o subsídio social de desemprego e o subsídio de desemprego parcial²⁵¹ - não há, assim, alterações relativamente ao regime anterior.

Esclarece-se que o subsídio social de desemprego será pago em duas situações: quando não houver lugar à atribuição do subsídio de desemprego, nomeadamente por falta de verificação dos prazos de garantia, e ainda quando os beneficiários tenham esgotado os períodos de concessão do subsídio de desemprego²⁵². De salientar que o pagamento do subsídio social de desemprego depende do preenchimento de determinadas condições especiais a que alude o

²⁵¹ Podem ler-se no artigo 6.º os objectivos que presidem ao pagamento destas prestações. Em primeiro lugar, refere-se que se destinam a compensar os beneficiários da falta da retribuição resultante da situação de desemprego ou da redução determinada pela aceitação de trabalho a tempo parcial; acresce que, em segundo lugar, se destinam a promover a criação de emprego, o que será conseguido pelo pagamento integral, e de uma só vez, das prestações, com vista à criação do próprio emprego do beneficiário.

²⁵² Para efeito de aplicação deste regime, considera-se que integra o agregado familiar (artigo 24.º) do beneficiário, para além deste, o seu cônjuge ou pessoa que com ele viva em união de facto, os descendentes ou equiparados, os ascendentes ou equiparados e os afins, desde que com ele vivam em comunhão de mesa e habitação e se encontrem na sua dependência económica. De notar que quanto à união de facto, esta só será atendível se se encontrar declarada para efeitos de IRS.

artigo 24.º, que equaciona designadamente a necessidade do recebimento da prestação com os rendimentos do agregado familiar²⁵³.

Mais se estatui que o subsídio parcial de desemprego se destina às situações em que o trabalhador celebre contrato de trabalho a tempo parcial nos termos previstos no diploma. Sendo condições especiais cumulativas para atribuição do subsídio de desemprego parcial as constantes do artigo 27.º²⁵⁴

No que tange à titularidade das prestações, esta é reconhecida aos beneficiários cujo contrato de trabalho tenha cessado nos termos do artigo 9.º deste diploma e que residam em território nacional²⁵⁵.

4. Condições de atribuição das prestações

A atribuição do direito às prestações implica o preenchimento de várias condições. Desde logo depende da caracterização da própria

²⁵³ Inserido nas medidas de combate à crise e como apoio especial aos desempregados de longa duração foram aprovadas no ano de 2009 várias medidas transitórias, o Decreto-Lei 68/2009 de 20 de Março que prorroga por seis meses o subsídio social de desemprego que termine durante o ano de 2009, e o Decreto-Lei 150/2009 de 30 de Junho que criou um regime transitório excepcional de acesso ao subsídio social de desemprego (em vigor até 1/07/2010). Neste último a principal alteração consiste na alteração da condição de recursos que passa de 80% do valor da retribuição mínima mensal garantida para 110% do valor do indexante de apoios sociais.

²⁵⁴ Que o valor da retribuição do trabalho a tempo parcial seja inferior ao montante do subsídio de desemprego e que o número de horas semanal do trabalho a tempo parcial seja igual ou superior a 20%, e igual ou inferior a 75% do período normal de trabalho a tempo completo.

²⁵⁵ A titularidade das prestações de desemprego pode ainda ser reconhecida a cidadãos estrangeiros que sejam portadores de título válido de residência, ou que hajam solicitado a sua renovação, aos que estejam habilitados a exercer uma actividade profissional, bem como a refugiados e apátridas portadores de título de protecção temporária válido. Pode ainda ser conferido àqueles que, sendo pensionistas por invalidez, venham em exame médico posterior a ser considerados aptos para o trabalho (artigo 8.º n.º 2 e n.º 3). É no artigo 26.º que se estabelecem as condições de atribuição das prestações e no artigo 32.º que se fixa o seu montante.

relação laboral²⁵⁶, da situação de desemprego²⁵⁷, bem como da verificação dos prazos de garantia²⁵⁸ previstos nos artigos 18.º e seguintes do Decreto-Lei 220/2006 e no artigo 7.º da Portaria 8-B/2007 de 3 de Janeiro.

Os novos prazos de garantia traduzem-se num abaixamento dos limites mínimos face ao regime anterior, o que potencialmente determina uma tutela socialmente mais abrangente porquanto permite que mais pessoas, ainda que com menor carreira contributiva, beneficiem das aludidas prestações de desemprego.

Subsídio	Prazo de Garantia (em dias)
Desemprego	450 nos 24 meses anteriores
Social de Desemprego	180 nos 12 meses anteriores

O artigo 22.º estabelece prazos de garantia distintos consoante a prestação pretendida. Assim, para beneficiar do subsídio de desemprego, é necessário apresentar 450 dias de trabalho por conta de outrem, com o correspondente registo de remunerações no período de 24 meses imediatamente anterior à data do desemprego.

²⁵⁶ Só as prestações de actividade assentes num contrato de trabalho, mesmo que sujeito a um regime especial, estão abrangidas pela protecção social de desemprego (artigo 19.º).

²⁵⁷ Apenas se considera desempregado, para o efeito de receber as prestações, aquele que se encontre numa das situações de desemprego involuntário referidas e se encontre inscrito para emprego no Centro de Emprego da área de residência, contando-se a data do desemprego como o dia imediatamente subsequente àquele em que se verificou a cessação do contrato de trabalho.

²⁵⁸ Na lei anterior, eram os seguintes os prazos de garantia para o subsídio de desemprego: 540 dias com o correspondente registo de remunerações num período de 24 meses no período anterior ao desemprego, e de 180 dias de trabalho por conta de outrem para o subsídio social de desemprego num período de 12 meses anterior à situação de desemprego.

Para beneficiar do subsídio social de desemprego, o prazo de garantia é de 180 dias de trabalho por conta de outrem, com o correspondente registo de remunerações no período de 12 meses imediatamente anterior à situação de desemprego²⁵⁹.

A lei fixa ainda regras específicas a observar em caso de doença durante o período de concessão das prestações (artigo 45.º), impondo-se mormente a comunicação ao centro de emprego no prazo de cinco dias úteis a contar da data de início, devendo ser feita a sua prova. Acresce que a situação de incapacidade por doença está sujeita a verificação por parte da Segurança Social.

5. Montante do subsídio de desemprego

Sobre o montante das prestações trata o capítulo IV deste diploma, nos artigos 28.º a 36.º.

O montante diário do subsídio de desemprego é fixado em 65% da remuneração de referência calculado na base de 30 dias por mês²⁶⁰.

No que toca aos limites máximos para este subsídio, estabelece-se que o respectivo valor não pode ser superior ao triplo da retribuição mínima mensal garantida, nem inferior a essa mesma retribuição mínima. Não pode o subsídio ultrapassar em qualquer caso o valor líquido da remuneração de referência que serviu de base ao cálculo das prestações de desemprego. Trata-se, neste último caso, de uma alteração de especial relevo.

²⁵⁹ De notar que o beneficiário deve restituir as prestações indevidamente recebidas, sem prejuízo da eventual responsabilidade contra-ordenacional ou criminal a que haja lugar, nos termos fixados no n.º 4 do artigo 42.º.

²⁶⁰ A remuneração de referência corresponde à remuneração média diária definida por $R/360$, em que R é igual ao total das remunerações registadas nos primeiros 12 meses civis que precedem o segundo mês anterior ao da data do desemprego.

6. Montante do subsídio social de desemprego

O artigo 30.º estabelece que o montante diário do subsídio social de desemprego é indexado ao valor da retribuição mínima mensal garantida e calculado na base de 30 dias por mês, nos seguintes termos: 100% para os trabalhadores com agregado familiar, 80% para os beneficiários isolados²⁶¹.

Admite-se que durante o período de concessão deste subsídio o montante pago possa ser alterado de modo a se adaptar às necessidades do agregado familiar.

Em ambas as modalidades de prestações admite-se que a referida quantia seja satisfeita num montante único que compute o valor global das prestações, desde que o beneficiário apresente um projecto tendente à criação do seu próprio emprego, nos termos previstos em diploma próprio (artigo 34.º).

7. Período de concessão das prestações de desemprego

São vários os factores que condicionam o período de concessão do subsídio de desemprego; neste sentido, o artigo 37.º estabelece que a duração do subsídio depende da idade do beneficiário e do número de meses com registo de remunerações.

Para este efeito, estabelecem-se quatro escalões etários o dos beneficiários com idade até 30 anos, o dos que tenham idade igual ou superior a 30 anos e inferior a 40 anos, o daqueles que tenham idade igual ou superior a 40 anos e inferior a 45 anos, e, finalmente, os de idade superior a 45 anos.

Como se depreende facilmente, o sentido da aplicação da norma é o de aumentar gradualmente as prestações à medida que a

²⁶¹ O pedido do subsídio social de desemprego tem de ser instruído com os documentos constantes no artigo 76.º, como, por exemplo, a declaração de composição do agregado familiar e os documentos fiscais e outros meios comprovativos dos rendimentos do agregado familiar.

idade do beneficiário avança por referência aos escalões supra mencionados; assim, a beneficiários com idade inferior a 30 anos e registo de remunerações igual ou inferior a 24 meses poderá ser-lhes concedido 270 dias de subsídio. Se tiverem um registo de remunerações superior a 24 meses ser-lhes-á atribuído um subsídio de 360 dias, acrescido de mais 30 dias por cada cinco anos de registo de remunerações.

Idade do Beneficiário (em anos)	Período de registo de remunerações (em meses)	Período de concessão (em dias)	Acréscimo ao período de concessão (em dias)
menos 30	igual ou inferior a 24	270	-
	mais do que 24	360	30 por cada 5 anos com registo de remunerações
de 30 a 40	igual ou inferior a 48	360	-
	mais do que 48	540	30 por cada 5 anos com registo de remunerações nos últimos 20 anos
de 40 a 45	igual ou inferior a 60	540	-
	mais do que 60	720	30 por cada 5 anos com registo de remunerações nos últimos 20 anos

de 45 mais	igual ou inferior a 72	720	-
	mais do que 72	900	600 por cada 5 anos com registo de remunerações nos últimos 20 anos

Para os beneficiários que integrem o segundo escalão, e que tenham remunerações registadas num período igual ou inferior a 48 meses, prevê-se o pagamento de subsídio durante 360 dias; já se o beneficiário tiver um registo de remunerações num período superior a 48 meses, consagra-se o pagamento de um subsídio durante 540 dias, com acréscimo de 30 dias por cada cinco anos de registo de remunerações nos últimos 20 anos.

Para aqueles que se situem entre os 40 e 45 anos, prevê-se que o subsídio possa durar 540 dias ou 720 dias consoante o sujeito tenha um registo de remunerações igual ou inferior a 60 meses, ou superior a 60 meses, respectivamente, sendo que neste último caso acrescerão mais 30 dias de concessão de subsídio por cada cinco anos de registo nos últimos 20 anos.

Finalmente para aqueles que tenham mais de 45 anos, e se o seu registo de remunerações for igual ou inferior a 72 meses, o subsídio será concedido por 720 dias; já se tiverem um registo de remunerações superior àquele limite, poderão desfrutar do pagamento do subsídio durante 900 dias, com acréscimo de 60 dias por cada cinco anos de registo de remunerações nos últimos 20 anos.

Por fim, no que respeita ao subsídio social de desemprego subsequente ao subsídio de desemprego, o artigo 38.º estabelece que terá uma duração de metade dos períodos fixados no n.º 1 do artigo 37.º, tendo em consideração a idade do beneficiário à data em que cessou a atribuição de subsídio de desemprego.

8. Desemprego involuntário

Um dos conceitos em torno do qual se desenvolve o regime de atribuição das prestações referidas é o previsto no artigo 9.º do diploma e respeita à noção de desemprego involuntário, fixando-se aí as várias situações em que se verifica ou se presume a sua existência.

Considera-se, assim, desemprego involuntário sempre que a cessação do contrato de trabalho se verifique por iniciativa do empregador, na sequência da caducidade do contrato que não resulte de atribuição de pensão, de resolução com justa causa por iniciativa do trabalhador e ainda de acordo de revogação celebrado nos termos deste diploma.

Quando a cessação for da iniciativa do empregador, o n.º 2 deste artigo estabelece uma presunção de desemprego involuntário aplicável aos casos em que, apesar de o despedimento ser promovido pelo empregador, este não assente em justa causa (como prevista no artigo 396.º do Código do Trabalho), ou, assentando em justa, o trabalhador faça prova da interposição de acção judicial contra o empregador.

Quando a cessação do contrato de trabalho tiver origem na resolução por iniciativa do trabalhador com base em justa causa invocada por si, presume-se igualmente existir uma situação de desemprego involuntário se o fundamento invocado pelo empregador não for contraditado pelo empregador, ou, sendo-o, nos casos em que o trabalhador faça prova de interposição de acção judicial contra o empregador.

Pode ainda ser considerado na situação de desemprego involuntário o trabalhador que tenha sido reformado por invalidez, e seja posteriormente considerado apto para o trabalho.

Finalizamos referindo que na economia do artigo prevêm-se especialmente situações que se considera não merecerem a protecção da lei por não se enquadrarem no desemprego involuntário e que se verificam quando o trabalhador recuse de forma injustificada a

continuação ao serviço no termo do contrato, se a manutenção do contrato lhe tenha sido proposta pela entidade patronal ou decorra da falta de cumprimento do aviso prévio pelo empregador para fazer operar a caducidade do contrato de trabalho a termo; também não são consideradas situações de desemprego involuntário, e por isso excluídas da protecção social do subsídio de desemprego, as que resultem do facto do trabalhador não solicitar a renovação do contrato quando esta seja necessária, nos termos previstos em legislação própria.

9. Cessação por acordo

Das diversas situações de cessação do contrato de trabalho, aquela que conhece maiores restrições, no que toca à atribuição de subsídio de desemprego, é a da revogação do contrato de trabalho ou cessação por acordo²⁶².

Prevêem-se no artigo 10.º dois núcleos distintos de situações que são consideradas cessação por acordo: aquelas que tenham a ver com a situação económica da empresa e em que a cessação dos contratos de trabalho seja parte de um processo para recuperar ou viabilizar a empresa (n.º s 1, 2 e 3) e aquelas que sejam fundamento para despedimento colectivo ou de extinção de posto de trabalho (n.º s 4, 5 e 6)²⁶³.

²⁶² A medida tem o objectivo claro de diminuir a protecção social aos trabalhadores que cessem contrato por acordo com o empregador, por ser notório que muitas dessas cessações decorrem de um interesse único do empregador (como a deslocalização ou a redução massiva de pessoal), que com essa actuação transfere para o Estado o ónus da protecção social por riscos que deveria suportar exclusivamente. São exemplos recentes os protagonizados pela OPEL, pela CLARK'S, pela YASAKI, entre outros.

Pode ler-se, a este propósito, no preâmbulo que “o sistema de protecção social não deverá continuar a suportar os custos decorrentes de todas as situações de acordo entre trabalhadores e empresas”.

²⁶³ Nestes casos o empregador tem de declarar os fundamentos que permitam avaliar os condicionalismos estabelecidos na lei, sem prejuízo de a qualquer momento lhe

No que respeita ao primeiro núcleo de situações, consideram-se cessação por acordo as que se integrem num processo de redução de efectivos quer o motivo seja a reestruturação, a viabilização, a recuperação da empresa²⁶⁴ ou o facto de a empresa se encontrar em situação económica difícil²⁶⁵, isto independentemente da sua dimensão²⁶⁶.

No que respeita ao segundo grupo de motivos, acrescentam-se mais dois fundamentos que podem integrar a cessação por acordo,

poder ser exigida base documental para fazer prova dos fundamentos invocados (artigo 74.º).

²⁶⁴ As alíneas a) a d) do n.º 2 utiliza-as o legislador para fixar as condições de aplicação de cada uma das situações acima referidas. Assim, considera-se em recuperação ou viabilização a empresa que se encontre em processo especial de recuperação previsto no Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e Falência (CPEREF) ou no Código da Insolvência e Recuperação de Empresa (CIRE), bem como as que se encontrem em processo extra judicial de conciliação.

²⁶⁵ Empresa em situação económica difícil é aquela que assim seja declarada nos termos do Decreto-Lei 353-H/77 de 29 de Agosto. De acordo com este regime, podem encontrar-se nessa situação as empresas públicas ou privadas cuja exploração se apresente fortemente deficitária, prevendo-se que a situação seja problemática ou demorada. O artigo 2.º estabelece que são indícios de situação económica difícil a existência de responsabilidades da empresa por financiamentos concedidos por instituições de crédito nacionais cujo montante atinja, pelo menos, de 60% do seu activo líquido de amortizações; o recurso a avais e subsídios do Estado não atribuíveis a compensação de custos sociais ou imposições de serviço público, ou de interesse nacional, de forma reiterada ou em montante elevado, destinados, no todo ou em parte, à cobertura de saldos negativos de exploração e não reembolsados; o incumprimento, sobretudo quando reiterado, de obrigações para com o Estado, a previdência social ou o sistema bancário.

²⁶⁶ As alíneas c) e d) do n.º 2 do artigo prevêm duas situações de empresas em reestruturação. Assim, são consideradas empresas em reestruturação as que pertencerem a sectores assim declarados em diploma próprio, nos termos do disposto no Decreto-Lei 251/86, de 25 de Agosto, e no n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei 206/87, de 16 de Maio, bem como aquelas que assim forem declaradas para os efeitos previstos neste diploma através de despacho favorável do membro do governo responsável pela área do emprego, consultado o Ministério da Economia, após apresentação de projecto que demonstre inequivocamente que a dimensão da reestruturação é condição da viabilidade económica e financeira da empresa e que determina a necessidade de ultrapassar os limites previstos no n.º 4 deste artigo 10.º. Esclarece o artigo seguinte que a consulta ao Ministério da Economia será feita através do Gabinete de Intervenção Integrada de Reestruturação Empresarial (AGIIRE), salvaguardando-se sempre a possibilidade de ouvir os parceiros sociais.

mas que ainda assim se sujeitam às limitações apertadas previstas na lei. Como referimos, serão consideradas cessação por acordo aquelas situações cujo fundamento se integre naqueles que a lei prevê para o despedimento colectivo²⁶⁷ ou para a extinção de posto de trabalho²⁶⁸, sendo que em ambos os casos é necessário atender à dimensão da empresa e ao número de trabalhadores envolvidos.

Dimensão da Empresa (número de trabalhadores)	Limite máximo de cessações por acordo, com direito a subsídio (em trabalhadores, por cada triénio)
250	até 3 ou 25% do quadro
mais de 250	até 62 ou 20% do quadro, com o limite de 80

²⁶⁷ De acordo com o artigo 397.º do Código do Trabalho, considera-se despedimento colectivo a cessação de contratos de trabalho promovida pelo empregador e operada simultânea ou sucessivamente no período de três meses, abrangendo, pelo menos, dois ou cinco trabalhadores, conforme se trate, respectivamente, de microempresa e de pequena empresa, por um lado, ou de média e grande empresa, por outro, sempre que aquela ocorrência se fundamente em encerramento de uma ou várias secções, ou equivalente, ou redução de pessoal determinada por motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos. Consideram-se: motivos de mercado - a redução da actividade da empresa provocada pela diminuição previsível da procura de bens ou serviços ou a impossibilidade superveniente, prática ou legal, de colocar esse bens ou serviços no mercado; motivos estruturais - o desequilíbrio económico-financeiro, a mudança de actividade, a reestruturação da organização produtiva ou a substituição de produtos dominantes; motivos tecnológicos - as alterações nas técnicas ou processos de fabrico, a automatização dos instrumentos de produção, de controlo ou de movimentação de cargas, bem como a informatização de serviços ou a automatização de meios de comunicação.

²⁶⁸ A noção de extinção do posto de trabalho vem prevista no artigo 402.º do Código do Trabalho onde se determina que a extinção do posto de trabalho determina o despedimento justificado por motivos económicos, tanto de mercado como estruturais ou tecnológicos, relativos à empresa, nos termos previstos para o despedimento colectivo.

Assim, nas empresas que empreguem até 250 trabalhadores²⁶⁹ serão consideradas cessações por acordo para efeito de atribuição do subsídio aos seus trabalhadores as cessões de contrato até três trabalhadores, inclusive, ou até 25% do quadro de pessoal em cada triénio.

Por outro lado, as empresas que empreguem mais de 250 trabalhadores apenas serão consideradas cessações por acordo de 62 trabalhadores, inclusive, ou até 20% do quadro de pessoal, com um limite máximo de 80 trabalhadores por triénio²⁷⁰.

Do exposto conclui-se indubitavelmente que é objectivo da lei limitar o número de trabalhadores que poderão beneficiar do subsídio de desemprego quando a empresa nas circunstâncias descritas decida pôr fim a vários contratos de trabalho²⁷¹. Não significa isto, no entanto, que a empresa não possa cessar mais contratos do que aqueles que aqui estão previstos, significa, isso sim, que não pode nestes casos acenar ao trabalhador com a protecção social assegurada pelo estado a título de desemprego. Pelo que se expôs, tem de concluir-se que deverá ser o empregador a pagar aos trabalhadores respectivos uma compensação monetária destinada a cobrir a falta de subsídio de desemprego.

²⁶⁹ No artigo 91.º do Código do Trabalho procede-se à classificação das empresas de acordo com o número de trabalhadores ao seu serviço. Será microempresa a que empregar até 10 trabalhadores; pequena empresa a que empregar mais de 10 e no máximo 50 trabalhadores; média empresa a que empregar mais de 50 e até ao máximo de 200 trabalhadores; e, por fim, grande empresa a que empregar mais de 200 trabalhadores. Do exposto, podemos constatar que o legislador não acolheu aqui os mesmos critérios para classificar empresas como os constantes do Código do Trabalho.

²⁷⁰ Estes limites serão aferidos por referência aos três últimos anos, cuja contagem se inicia na data da cessação do contrato, inclusive, e pelo número de trabalhadores da empresa no mês anterior ao da data do início do triénio, em qualquer caso com observância do critério mais favorável.

²⁷¹ No número 6 do artigo 10.º, o legislador admite que podem beneficiar deste regime pessoas singulares ou colectivas, independentemente da sua natureza e das finalidades que prossigam, desde que beneficiem da actividade profissional de terceiros prestada em regime de trabalho subordinado ou situações legalmente equiparadas para efeitos de segurança social. O que significa que o regime terá aplicação, por exemplo, para associações ou fundações com trabalhadores ao seu serviço.

Note-se, contudo, que depois de esgotados os *plafonds* previstos, poderá a empresa fazer cessar os contratos por sua iniciativa recorrendo ao processo de despedimento colectivo ou de extinção de posto de trabalho²⁷².

O regime de responsabilidade rigoroso a que ficam sujeitas as empresas que criem ao trabalhador a convicção de que a cessação por acordo lhe permitirá o acesso às prestações de desemprego ou que, declarem encontrar-se a cessação nos limites impostos pelo n.º 4 e tal não se verifique, traduz-se em que, em qualquer dos casos, o artigo 63.º estabeleça a obrigação do empregador pagar à Segurança Social o valor total das prestações que o trabalhador teria direito a receber.

Neste campo é forçoso concluir que o regime actual é mais penalizador do que o anterior para os empregadores que utilizavam as cessações por acordo como forma de reduzir e ajustar o número de trabalhadores ao seu serviço.

10. Capacidade e disponibilidade para o trabalho²⁷³

A atribuição do subsídio de desemprego está ainda condicionada à capacidade e à disponibilidade para o trabalho, matérias que aparecem tratadas na segunda secção do capítulo II, nos artigos 11.º a 17.º.²⁷⁴

Por capacidade para o trabalho entende-se aqui a aptidão para ocupar um posto de trabalho; já a disponibilidade para o trabalho

²⁷² A Portaria 8 – B /2007 de 3 Janeiro veio entretanto esclarecer (artigo 4.º) que se contam as cessações do contrato de trabalho em toda a empresa, e não em cada um dos estabelecimentos que a compõem, bem como que, caso sejam ultrapassados os limites fixados, são considerados como cessação por acordo os contratos que cessaram em primeiro lugar.

²⁷³ O Governo defende esta nova postura perante os conceitos de capacidade e disponibilidade como sendo mecanismos que permitem melhorar a empregabilidade dos sujeitos desempregados.

²⁷⁴ O n.º 4 do artigo 11.º prevê que quer a capacidade quer a disponibilidade para o trabalho são pressupostos da inscrição como candidato a emprego no Centro de Emprego da área da residência.

impõe ao trabalhador o cumprimento das seguintes obrigações: a procura activa de emprego pelos seus próprios meios, a aceitação de emprego conveniente, a aceitação de trabalho socialmente necessário, a aceitação de formação profissional, a aceitação de outras medidas activas de emprego, designadamente as previstas no PPE, a aceitação do plano pessoal de emprego, o cumprimento do PPE e das acções nele previstas, a sujeição a medidas de acompanhamento, e ao controlo e avaliação promovidas pelos centros de emprego²⁷⁵.

11. Procura activa de emprego

Para que seja considerado disponível para o emprego deverá o trabalhador procurar activamente emprego. De acordo com o artigo 12.º, a procura activa de emprego consiste na realização, de forma continuada, das diligências adequadas à inserção no mercado de trabalho pelos seus próprios meios²⁷⁶.

²⁷⁵ Além dos deveres já enunciados, e que se prendem com a situação de disponibilidade para o emprego, recaem sobre os beneficiários uma série de deveres durante o período em que se mantiver a concessão das prestações.

O elenco desses deveres vem previsto no artigo 41.º e compreende as obrigações de: aceitar emprego conveniente; aceitar trabalho socialmente necessário; aceitar formação profissional; aceitar outras medidas ajustadas ao perfil dos beneficiários; procurar activamente emprego; cumprir o dever de apresentação quinzenal e sujeitar-se a medidas de avaliação, acompanhamento e controlo, nomeadamente comparecer nas datas e nos locais que forem determinados pelo centro de emprego. Prevê-se no artigo 44.º um rigoroso regime de faltas que implica a justificação da ausência nos termos previstos no Código do Trabalho, valendo para tal os fundamentos e prazos de justificação constantes dos artigos 224.º e seguintes, devendo, no entanto, considerar-se a maior disponibilidade do beneficiário para comparecer por possuir maior flexibilidade na organização e gestão do seu tempo. As ausências relativamente às quais não forem verificados estes procedimentos consideram-se faltas injustificadas.

²⁷⁶ São exemplo dessas diligências a elaboração de respostas escritas a anúncios, respostas ou comparências a ofertas de emprego divulgadas pelo Centro de Emprego ou pelos meios de comunicação social, apresentação espontânea de candidaturas, diligências para a criação do próprio emprego ou de uma nova iniciativa empresarial, respostas a ofertas disponíveis na internet, bem como o registo do *curriculum vitae* em sítios da internet.

Cabe aos beneficiários informar e actualizar junto do Centro de Emprego as diligências realizadas para encontrar trabalho, bem como fornecer cópia para arquivo da respectiva documentação comprovativa, cabendo aos Centros de Emprego apoiar e disponibilizar os meios tendentes à realização da procura²⁷⁷.

A portaria 8-B/2007 veio dispensar do cumprimento deste dever àqueles que estiverem a frequentar acções de formação profissional promovidas pelo IEFP.

12. Emprego conveniente

A aceitação de emprego conveniente é outra das obrigações do trabalhador, estabelecendo-se no artigo 13.º os requisitos que, cumulativamente, têm de se verificar.

Deverá respeitar as retribuições mínimas e demais condições previstas na lei geral ou em IRCT; tem que consistir no exercício de funções ou de tarefas susceptíveis de poderem ser desempenhadas pelo trabalhador atendendo à sua aptidão física, habilitações escolares e formação profissional, muito embora se preveja que possam não ser no mesmo sector de actividade ou se traduzam no exercício de uma profissão distinta; garanta uma retribuição ilíquida igual ou superior à prestação de desemprego acrescida de 25% ou de 10%, consoante a oferta de emprego surja até ou após seis meses de concessão do subsídio de desemprego²⁷⁸, respectivamente; assegure que o valor das despesas de transporte entre a residência e o local de trabalho cumpra uma de três condições (não seja superior a 10% de retribuição ilíquida, não ultrapasse as despesas suportadas pelo trabalhador no emprego imediatamente anterior, ou o empregador garanta o transporte ou

²⁷⁷ As diligências mínimas exigíveis a cada beneficiário na procura de emprego integrarão o seu PPE.

²⁷⁸ Sendo considerado emprego conveniente aquele em que a retribuição ilíquida seja igual ou superior à paga no emprego imediatamente anterior.

proceda ao pagamento das despesas)²⁷⁹; por fim, garanta que o tempo médio das deslocações a que o trabalhador se sujeita não exceda 25% do horário de trabalho (podendo ser reduzida a 20% se o trabalhador tiver filhos ou dependentes a cargo), ou, excedendo 25%, o tempo gasto em deslocação não seja superior ao tempo gasto para esse fim no emprego imediatamente anterior²⁸⁰.

13. Formação profissional

A aceitação de formação profissional faz parte da disponibilidade para o trabalho, esclarecendo o artigo 14.º que esta deve permitir o reforço das condições de empregabilidade do beneficiário, facilitando o seu acesso rápido e sustentado ao mercado de trabalho.

A formação para cada beneficiário deve ter em conta os objectivos do seu PPE e deve permitir a melhoria das habilitações escolares e ou profissionais de acordo com as competências, expectativas e necessidades do mercado de trabalho²⁸¹.

14. Plano pessoal de emprego (PPE)²⁸²

²⁷⁹ O valor em despesas a considerar é sempre o do gasto em transportes colectivos públicos.

²⁸⁰ Devendo para este efeito considerar-se o tempo médio gasto na deslocação entre a residência e o local de trabalho em transportes colectivos públicos.

²⁸¹ Se o sujeito frequentar formação com compensação remuneratória, o período de concessão das prestações a que o beneficiário teria direito, após o termo do curso de formação, é reduzido em função dos valores que lhe foram pagas durante o curso, conforme previsto no artigo 40.º do diploma.

²⁸² Com a elaboração do PPE o Estado procura atingir dois objectivos: por um lado, aproximar-se mais do cidadão tornando mais personalizada a sua actuação e, por outro lado, dotar-se de um documento contratualizado cujo não cumprimento pelo beneficiário tenha consequências imediatas.

No artigo 16.º prevê-se que o PPE é um instrumento de co-responsabilização contratualizado e elaborado em conjunto pelo Centro de Emprego e o beneficiário. Neste, definem-se as acções que visam a integração do beneficiário no mercado de trabalho²⁸³, iniciando-se com a sua formalização e cessando com a inserção do beneficiário no mercado de trabalho.

Deverão fazer parte do PPE de cada beneficiário, entre outros, os seguintes aspectos: o conjunto de acções previsíveis do processo de inserção no mercado de trabalho; as diligências mínimas exigíveis na procura activa de emprego; e as acções de acompanhamento, avaliação e controlo a promover pelo Centro de Emprego²⁸⁴.

15. Dever de apresentação quinzenal

Trata-se da obrigação dos beneficiários das prestações de desemprego de se apresentarem quinzenalmente de forma espontânea, ou mediante convocatória, nos Centros de Emprego ou na Segurança Social, ou noutras entidades definidas ou a definir pelo IEFP, localizadas na área da residência. A exigibilidade de cumprimento desta obrigação mantém-se a partir da data de concessão das prestações e enquanto a mesma se mantiver²⁸⁵.

16. Comunicações obrigatórias dos beneficiários

²⁸³ Sobre os termos e os prazos para a elaboração dos PPE pelos Centros de Emprego, aguarda-se a respectiva legislação.

²⁸⁴ Para efeito de elaboração de PPE deverá ser atendida a realização de acções de voluntariado e de trabalho de utilidade social a favor de entidades sem fins lucrativos, desde que se encontre salvaguardada a procura activa de emprego.

²⁸⁵ Estão dispensados do cumprimento deste dever aqueles que estejam a frequentar cursos de formação profissional proporcionados pelo IEFP, conforme previsto no artigo 6.º da Portaria 8-B/2007 de 3 de Janeiro.

De seguida tratamos as comunicações obrigatórias que incidem sobre o beneficiário, e que são dirigidas quer ao Centro de Emprego quer à Segurança Social.

Durante o período de concessão do subsídio, além dos deveres supra identificados, impõe-se ao beneficiário a comunicação ao Centro de Emprego de diversos factos relevantes, como a alteração de residência, o período de dispensa que o beneficiário pode pedir nos termos do artigo 41.º, o período de ausência do território nacional, o início e o termo de duração da protecção da maternidade, e situações de doença.

Devem ainda ser comunicados à Segurança Social quaisquer factos determinantes da suspensão ou da cessação das prestações, a redução dos montantes do subsídio social de desemprego, a decisão judicial nos processos de impugnação do despedimento ou de apreciação da existência de justa causa invocada pelo trabalhador.

O dever de comunicar qualquer dos factos deve cumprir-se nos cinco dias úteis seguintes ao conhecimento do facto.

De notar que se o beneficiário não comunicar à Segurança Social o exercício de uma actividade profissional, além das sanções imediatas de suspensão e de cessação do pagamento, admite-se que lhe possa ser aplicada uma coima (n.º 4 do artigo 64.º) e ainda uma sanção acessória que, atendendo à gravidade dos factos, pode consistir na privação de acesso às prestações de desemprego durante o período de dois anos contados da decisão definitiva.

17. Incumprimento de deveres pelo beneficiário

O incumprimento dos deveres do beneficiário para com o Centro de Emprego pode determinar uma advertência escrita ou

mesmo a anulação da sua inscrição naquele, nos termos previstos nos artigos 47.º a 49.º.²⁸⁶

Determina uma advertência escrita a primeira situação de incumprimento injustificado dos deveres²⁸⁷ impostos ao beneficiário, que se realiza com dispensa de audiência prévia do beneficiário.

Por seu lado, determinam a anulação da inscrição no Centro de Emprego os seguintes comportamentos injustificados por parte do beneficiário: a recusa de emprego conveniente; a recusa de trabalho socialmente necessário; a recusa de formação profissional; a recusa do PPE²⁸⁸; e a recusa de outras medidas activas de emprego. A verificação da segunda situação de incumprimento do dever de procurar activamente emprego e efectuar a sua demonstração, das obrigações e acções previstas no PPE, da falta de comparência a convocatória do Centro de Emprego ou perante outras entidades com responsabilidade na execução do PPE e do dever de apresentação quinzenal, têm o mesmo efeito.

Determinam ainda a anulação da inscrição no Centro de Emprego a desistência injustificada ou exclusão justificada de trabalho socialmente necessário e formação profissional, bem como de medidas activas de emprego previstas no PPE.

Anulada a inscrição no Centro de Emprego, o beneficiário só poderá voltar a inscrever-se depois de decorridos 90 dias consecutivos contados da decisão de anulação.

²⁸⁶ O incumprimento dos deveres do beneficiário para com as entidades competentes assume a caracterização de contra-ordenação (sujeita ao regime das contra-ordenações no âmbito do regime da segurança social), podendo levar à aplicação de coimas que variam entre 100€ e 1000€

²⁸⁷ São considerados deveres violados: a não verificação de procura activa de emprego ou da sua demonstração perante o Centro de Emprego; a falta de cumprimento das acções constantes do PPE; a não verificação da apresentação quinzenal no âmbito das acções de controlo, acompanhamento e avaliação realizada pelo Centro de Emprego; e a não comunicação do período de dispensa de cumprimento das obrigações.

²⁸⁸ Valem como recusa do PPE a sua não aceitação ou a sua não assinatura injustificada.

18. Suspensão e cessação das prestações

De acordo com o artigo 50.º, são determinantes da suspensão do pagamento das prestações os seguintes factos: razões inerentes à situação do beneficiário perante a Segurança Social²⁸⁹, motivos relacionados com a sua situação laboral²⁹⁰ e a aplicação de decisões judiciais relativas a detenção ou outras medidas privativas da liberdade.

Admite-se que após a suspensão do pagamento possam as prestações voltar a ser pagas, desde que se verifiquem os requisitos relacionados com a capacidade e disponibilidade para o trabalho.

É no artigo 54.º que se identificam as situações que conduzem à cessação do direito às prestações; assim, a cessação pode ocorrer por motivos relacionados com a situação do beneficiário perante a Segurança Social²⁹¹, por motivos relacionados com a sua situação laboral²⁹², como consequência da anulação da inscrição no Centro de Emprego, pelo recurso a meios fraudulentos (por acção ou omissão) determinantes para a concessão ou montante das prestações²⁹³.

19. Flexibilização da idade de acesso à pensão por velhice²⁹⁴

²⁸⁹ São determinantes da suspensão o reconhecimento dos subsídios por maternidade, por paternidade e por adopção.

²⁹⁰ Determinam a suspensão, por exemplo, a frequência de curso de formação profissional com remuneração compensatória e a ausência do território nacional.

²⁹¹ Como, a título de exemplo, o esgotamento do prazo para concessão das prestações, a passagem à condição de reformado por invalidez, a verificação da idade para acesso à reforma por velhice e a alteração dos rendimentos do agregado familiar.

²⁹² São causas de cessação o exercício de actividade profissional por conta de outrem ou por conta própria, a ausência do território nacional por mais de três meses e o decurso do período de cinco anos desde da data do requerimento das prestações.

²⁹³ A cessação das prestações produz efeito no dia imediato ao da verificação do facto que a determinou.

²⁹⁴ Neste âmbito também se registaram alterações relativamente ao regime anterior, no sentido de aproximar os limites agora previstos com aqueles que já estão em vigor para obtenção de reforma por velhice.

Sempre que o beneficiário se encontre em situação de desemprego de longa duração devidamente comprovada, e depois de esgotado o período de concessão do subsídio de desemprego e do subsídio social de desemprego, admite-se que se possa verificar uma antecipação do momento para requerer a pensão por velhice, caso em que a pensão pode, regra geral, ser antecipada para os 62 anos de idade, desde que o beneficiário tenha idade igual ou superior a 57 anos.²⁹⁵

As regras de apuramento da pensão são as que constam do artigo 58.º, do qual salientamos o n.º 4 que, ao prever um factor de desconto de 3% no valor da pensão de reforma por cada ano de antecipação para aqueles cujo contrato tenha cessado por acordo, funciona como mecanismo de desincentivo da cessação do contrato desta forma.

20. Acumulação e coordenação no pagamento de prestações

O pagamento do subsídio de desemprego fica sujeito ao princípio geral da não acumulação com outras prestações, independentemente de serem ou não pagas pelo Estado, nos termos previstos nos artigos 60.º e seguintes.

De acordo com as normas sobre a matéria, não é possível acumular prestações de desemprego com prestações compensatórias da perda de remuneração de trabalho, o mesmo sucedendo quando o trabalhador receba uma pensão atribuída pela Segurança Social ou por outro sistema de inscrição obrigatória, como por exemplo o da função pública ou dos estrangeiros.

Também se mantém o princípio da não acumulação quando se verifique o pagamento de prestações de pré-reforma e outras

²⁹⁵ Admite-se ainda que a idade de acesso à pensão possa ser antecipada para os 57 anos, aplicando um factor de redução da pensão, se o beneficiário tiver pelo menos 52 anos de idade e 22 anos civis com registo de remunerações.

atribuições pecuniárias regulares, normalmente designadas por rendas satisfeitas pelo empregador aos trabalhadores por motivo de cessação do contrato de trabalho. Não são ainda considerados os valores recebidos a título de indemnização e de pensões por riscos profissionais ou de outras situações equiparadas.

Por último, prevê-se que será feita a necessária articulação com a possibilidade de existirem remunerações em mora: se o trabalhador tiver retribuições em mora assentes no não pagamento pontual da retribuição²⁹⁶, poderá receber o subsídio de desemprego, mas nesse caso já não poderá receber as retribuições em atraso.

21. Reclamações e comissão de recursos

Neste último ponto da nossa análise, importa referir que das decisões proferidas pelo Centro de Emprego e pelos serviços e instituições de Segurança Social relativas a decisões da sua competência e comunicadas aos beneficiários, nos termos do Código do Procedimento Administrativo, não cabe reclamação.

Das decisões de anulação da inscrição no Centro de Emprego cabe recurso para a comissão de recursos, que é exclusivamente competente para esta matéria²⁹⁷.

O que pode concluir-se então é que, pretendendo o beneficiário reagir de alguma das decisões da Segurança Social, apenas poderá fazê-lo socorrendo-se do recurso hierárquico ou do recurso contencioso perante os tribunais administrativos.

Conclusões

²⁹⁶ Nos termos previstos no Código do Trabalho e respectiva Regulamentação o trabalhador pode suspender a prestação de trabalho ou rescindir o contrato quando exista mora no pagamento da retribuição. Pode suspender o contrato de trabalho 15 dias após o não pagamento da retribuição e rescindir 60 dias após o não pagamento da retribuição, conforme o artigo 364.º do Código do Trabalho e os artigos 300.º a 315.º da Regulamentação do Código do Trabalho.

²⁹⁷ A Comissão de Recursos foi criada pela Portaria 1301/2007 de 3 de Outubro.

Como conclusão geral, podemos afirmar que o actual diploma segue de perto a estrutura e os princípios gerais constantes do regime anterior.

No entanto, notam-se algumas alterações de relevo no conceito de desemprego involuntário, que passa a ser mais restritivo, em especial, no que respeita à cessação do contrato de trabalho por acordo.

Constata-se que apenas se pode verificar a revogação por acordo nas situações de redução de efectivos por motivo de reestruturação, viabilização ou recuperação, ou pelo facto de a empresa se encontrar em situação económica difícil, independentemente da sua dimensão, conceitos que o legislador optou por fixar.

São ainda consideradas cessações por acordo aquelas que assentarem nos fundamentos de despedimento colectivo ou de extinção de postos de trabalho, sendo que, nestes casos, o acesso às prestações de desemprego passa a ser limitado e os limites fixados de acordo com a dimensão da empresa em número de trabalhadores ao seu serviço, aferidos em cada triénio.

É da responsabilidade das empresas que não respeitem estes limites o pagamento à Segurança Social da verba que a referida entidade pagará ao trabalhador a título de prestação de desemprego.

Por outro lado, nota-se um maior rigor na fixação do conceito de emprego conveniente, com repercussão imediata na diminuição das situações em que o beneficiário pode recusar uma proposta de trabalho.

Constata-se, relativamente aos períodos fixados no regime anterior, uma diminuição nos prazos de garantia para ter acesso às prestações de desemprego.

No que tange ao período de concessão de duração das prestações, passa a ser relevante para a fixação do mesmo a idade e a carreira contributiva do beneficiário.

Determina-se ainda, a obrigatoriedade de elaboração de um PPE para cada beneficiário, o qual deve conter o conjunto de medidas personalizadas com vista à obtenção de emprego.

De notar igualmente o aumento dos deveres do beneficiário para com as entidades responsáveis, quer no que toca à obrigação de comunicar factos relevantes, quer das acções de fiscalização e controlo previstas, cujo objectivo é eliminar as situações de fraude, criando uma série de mecanismos de controlo efectivo do beneficiário.

As consequências decorrentes do incumprimento das obrigações aparecem apoiadas num sistema de penalização imediata do beneficiário, o qual integra a possibilidade de anular a inscrição no Centro de Emprego, a aplicação de coimas e sanções acessórias, como a impossibilidade de requerer prestações de desemprego por um período máximo de dois anos.

Concluimos que das decisões das entidades com competência nesta matéria, Centros de Emprego e Segurança Social, não há lugar a qualquer reclamação.

Foi criada uma nova entidade - a comissão de recursos - para apreciar as situações de anulação da inscrição no Centro de Emprego, facto que determina automaticamente a cessação das prestações.

Por fim, e pelo atrás exposto, pode afirmar-se que genericamente o regime agora em vigor apresenta-se algo mais exigente para os trabalhadores e, ao mesmo tempo, no momento da cessação dos contratos de trabalho, de maior responsabilização para as empresas.

Bibliografia

CONCEIÇÃO, Apelles. *Legislação da Segurança Social sistematizada e anotada*, 4.º edição. Editora Rei dos Livros, 2000.

NETO, Abílio. *Código do Trabalho e Legislação Complementar*, anotados, 2.ª edição. Ediforum, Lisboa, 2005.

NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social. Princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra Editora, Coimbra, 1996

A protecção social da parentalidade

Luísa Andias Gonçalves

Mestre em Direito

Bolseira de Investigação da FCT

*Docente da Escola Superior de
Tecnologia e Gestão do Instituto
Politécnico de Leiria*

Sumário: 1. Observações introdutórias; 2. Modalidades de protecção social; 3. Sistema Previdencial; 3.1. Modalidade e Prestações; 3.2. Âmbito pessoal de protecção; 3.3. Condições de atribuição; 3.3.1. Condições de atribuição comuns a todos os subsídios; 3.3.1.1. Gozo das respectivas licenças, faltas e dispensas não retribuídas ou de períodos equivalentes; 3.3.1.2. Prazo de garantia; 3.3.2. Condições de atribuição específicas; 3.4. Montante dos subsídios; 3.4.1. Remuneração de referência; 3.4.2. Taxa; 3.4.3. Montantes mínimos e máximo; 3.5. Período de concessão; 4. Subsistema de solidariedade; 4.1. Finalidade e prestações; 4.2. Âmbito pessoal de protecção; 4.3. Condições de atribuição; 4.3.1. Condições de atribuição comuns; 4.3.1.1. Residência em território nacional; 4.3.1.2. Condição de recursos; 4.3.2. Condições de atribuição específicas; 4.4. Montante dos subsídios; 4.5. Períodos de concessão.

1. Observações introdutórias

A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes, cabendo ao Estado promover a protecção do exercício da

parentalidade – artigo 68.º da Constituição da República Portuguesa (doravante designada de CRP) e artigo 33.º do Código do Trabalho (doravante designado de CT)²⁹⁸.

A segurança social, por seu lado, é um direito constitucionalmente reconhecido a todos os cidadãos. Também aqui são assacadas responsabilidades ao Estado, desta feita para que organize, coordene e subsidie um sistema de segurança social unificado e descentralizado que proteja os cidadãos nas situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho (cfr. artigo 63.º da CRP).

Em consonância com o predito, a Lei de Bases da Segurança Social²⁹⁹ engloba a maternidade, a paternidade e a adopção no leque das eventualidades protegidas pelo sistema de segurança social [artigo 52.º, n.º 1, alínea b)]³⁰⁰.

O concreto regime de protecção social dessas eventualidades, no âmbito do sistema de segurança social, encontra-se, actualmente, no Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de Abril³⁰¹.

O que nos propomos de seguida é analisar, de forma sucinta e sem pretensões de exaustão, o regime vertido naquele diploma.

²⁹⁸ Aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 21/2009, de 18 de Março, e alterado pela Lei n.º 105/2009, de 14 de Setembro.

²⁹⁹ Aprovada pela Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro.

³⁰⁰ As eventualidades maternidade, paternidade e adopção estão expressamente previstas no elenco das eventualidades abrangidas pelo sistema previdencial [assenta no princípio de solidariedade de base profissional, pretende garantir prestações pecuniárias substitutivas de rendimentos do trabalho e o acesso ao mesmo depende do prévio cumprimento da(s) obrigação(ões) contributiva(s)], o que não quer dizer que não possam constituir também situações protegidas pelo subsistema de solidariedade (assenta na solidariedade de toda a comunidade, pretende prevenir e erradicar situações de pobreza e de exclusão e garantir prestações em situações de comprovada necessidade pessoal ou familiar, não incluídas no sistema previdencial), como de seguida esclareceremos – cfr. artigos 36.º e ss e 50.º e ss da Lei de Bases da segurança social.

³⁰¹ Este diploma, em vigor desde o dia 1 de Maio de 2009, veio revogar o Decreto-Lei n.º 154/88, de 29 de Abril, bem como o Decreto-Lei n.º 105/2008, de 25 de Junho (este último responsável pela instituição, entre nós, dos subsídios sociais relacionados com estas eventualidades).

2. Modalidades de protecção social

O sistema de segurança social português está dividido em sistemas e subsistemas. Com efeito, a Lei de Bases da segurança social decompõe o sistema de segurança social em três grandes sistemas:

1) Sistema de protecção social de cidadania: tem por objectivos garantir direitos básicos dos cidadãos e a igualdade de oportunidades, bem como promover o bem-estar e a coesão sociais; inclui o subsistema de acção social, o subsistema de solidariedade e o subsistema de protecção familiar; o acesso às prestações deste sistema não depende do cumprimento de obrigações de carácter contributivo;

2) Sistema de previdencial: tem por objectivo substituir rendimentos do trabalho perdidos em função da ocorrência de determinadas eventualidades protegidas; o acesso às prestações deste sistema depende do prévio cumprimento da(s) obrigação(ões) contributiva(s), dentro de uma lógica sinalagmática.

3) Sistema complementar: tem por objectivo promover uma protecção social facultativa adicional.

As eventualidades maternidade, paternidade e adopção estão expressamente incluídas no âmbito de protecção do sistema previdencial (contributivo). Mas não só. Tais eventualidades são susceptíveis de se enquadrar, também, no elenco das situações protegidas pelo subsistema de solidariedade. De facto, este último abrange, entre outras, a eventualidade “insuficiência das prestações substitutivas dos rendimentos do trabalho ou da carreira contributiva dos beneficiários”, pelo que nada impede que sejam atribuídas

prestações do âmbito do subsistema de solidariedade (não contributivo) em situações de maternidade, paternidade e adopção não cobertas (ou insuficientemente protegidas) pelo regime previdencial.

Com efeito, o Decreto-Lei n.º 91/2009 regula ambas as modalidades de protecção social – a do sistema previdencial e a do subsistema de solidariedade –, fazendo depender o acesso a cada uma delas do preenchimento de requisitos díspares, de acordo com a natureza do sistema/subsistema em causa.

3. Sistema previdencial

3.1. Finalidade e prestações

A finalidade deste sistema é, como vimos, garantir prestações substitutivas dos rendimentos de trabalho perdido em consequência da verificação de eventualidades protegidas, *in casu* a maternidade, a paternidade ou a adopção.

Com efeito, no seio do regime laboral de protecção da parentalidade, previsto no CT, está previsto o direito ao gozo de vários tipos de licenças, faltas e dispensas por motivos associados à concepção, gestação, adopção ou cuidado de filhos ou equiparados.

A verdade é que, na generalidade dos casos, o gozo desses direitos tem como consequência a perda de retribuição pelo período que lhes corresponde, situações em que urge substituir a retribuição perdida por prestações sociais a cargo do Estado.

Há, portanto, neste âmbito, uma estreita conexão entre o regime laboral e o regime social de protecção da parentalidade.

Cumpre, então, antes de mais, enumerar os momentos da vida laboral em que, como consequência da fruição dos direitos previstos no regime de protecção da parentalidade, o trabalhador perde o direito à sua retribuição.

Os artigos 65.º, n.ºs 1 e 6 do CT enunciam as licenças, faltas e dispensas que implicam, para o trabalhador, a perda da retribuição. São elas:

- a) A licença em situação de risco clínico durante a gravidez, prevista no artigo 37.º do CT;
- b) A licença por interrupção da gravidez, prevista no artigo 38.º do CT;
- c) A licença parental, em qualquer das modalidades, prevista nos artigos 39.º a 43.º do CT;
- d) A licença por adopção, prevista no artigo 44.º do CT;
- e) A licença parental complementar, em qualquer das modalidades, prevista no artigo 51.º do CT;
- f) A licença para assistência a filho, prevista no artigo 52.º do CT;
- g) A licença para assistência a filho com deficiência ou doença crónica, prevista no artigo 53.º do CT;
- h) A falta para assistência a filho, prevista no artigo 49.º do CT;
- i) A falta para assistência a neto, prevista no artigo 50.º do CT;
- j) A dispensa de prestação de trabalho no período nocturno, prevista no artigo 60.º, n.º 3, do CT;
- k) A dispensa de prestação de trabalho por parte de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, por motivo de protecção da sua segurança e saúde, prevista no artigo 62.º, n.º 3, alínea c) do CT;

- l) Dispensa para avaliação para adoção, prevista no artigo 45.º do CT;

De entre todas estas situações de ausência a entidade empregadora, fruto do cunho sinalagmático que caracteriza o contrato de trabalho, está dispensada do pagamento da retribuição ao trabalhador. A verdade, no entanto, é que em apenas 2 dessas situações o Estado não conjecturou a existência de rendimentos substitutivos, a saber: na situação de licença para assistência a filho e na situação de dispensa para avaliação para adoção. Em todas as outras situações, para a perda dos rendimentos do trabalho está pensada, no regime previdencial do sistema de segurança social, uma prestação social sucedânea. As designações escolhidas para tais prestações indiciam isso mesmo. São elas (cfr. artigo 7.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 91/2009³⁰²):

- a) Subsídio por risco clínico durante a gravidez (artigo 9.º);
- b) Subsídio por interrupção da gravidez (artigo 10.º);
- c) Subsídio parental, em várias modalidades: subsídio parental inicial; subsídio parental inicial exclusivo da mãe; subsídio parental inicial exclusivo do pai; subsídio parental inicial de um progenitor em caso de impossibilidade do outro (artigo 11.º e seguintes);
- d) Subsídio parental alargado;
- e) Subsídio por adoção;
- f) Subsídio por riscos específicos (trabalho nocturno e outros agentes, processos ou condições de trabalho);
- g) Subsídio por assistência a filho;

³⁰² Doravante, todos os artigos mencionados sem indicação de origem devem ter-se por referentes ao Decreto-Lei n.º 91/2009, de 9 de Abril.

- h) Subsídio por assistência a filho com deficiência ou doença crónica;
- i) Subsídio por assistência a neto.

Conhecidas as prestações que integram a protecção do regime previdencial e o *quid* da sua atribuição, vejamos, de seguida, quais os requisitos de acesso àquelas prestações sociais.

3.2. Âmbito pessoal de protecção

Apesar de todo o teor do Decreto-Lei n.º 91/2009 demonstrar a forte conexão com o regime laboral que acabámos de explanar, a verdade é que nem só os trabalhadores dependentes estão abrangidos pelo diploma³⁰³.

Tal como os trabalhadores por conta de outrem, também os trabalhadores por conta própria estão sujeitos às repercussões laborais causadas pelas eventualidades maternidade, paternidade e adopção. Ainda que os trabalhadores independentes não estejam cobertos pelo regime dos artigos 33.º e seguintes do CT (pelo que relativamente a eles não é rigoroso falar em direito ao gozo de licenças, faltas e dispensas) e que a obrigação contratual dos mesmos se materialize mais no resultado da sua actividade do que na sua disponibilidade para o trabalho, o que é certo é que a parentalidade é susceptível de lhes retirar a capacidade/disponibilidade necessária para o exercício normal

³⁰³ Aqueles que, tendo sido trabalhadores por conta de outrem, já não o são fruto da passagem à situação de desemprego subsidiado, poderão aceder às prestações “subsídio por risco clínico durante a gravidez”, “subsídio por interrupção da gravidez”, “subsídio parental”, e “subsídio por adopção”, suspendendo-se o pagamento das prestações de desemprego durante o período de concessão daquele subsídio (artigo 8.º, n.º 2).

da sua actividade. Assim, também eles estão abrangidos pelo regime de protecção social da parentalidade do sistema previdencial (artigo 4.º, n.º 1, *in fine*), muito embora o leque de prestações a que têm acesso seja menor – não engloba o subsídio por assistência a filho nem o subsídio por assistência a neto (artigo 7.º, n.º 3).

Por fim, serão alvo de cobertura social nestas eventualidades os beneficiários do seguro social voluntário que tenham optado por tal (artigo 4.º, n.º 2).

3.3. Condições de atribuição

3.3.1. Condições de atribuição comuns a todos os subsídios

Para que o direito às prestações supra indicadas constitua um “direito subjectivo concreto” é necessário que se preencham os requisitos legais condicionantes da sua atribuição.

Como requisitos comuns de reconhecimento do direito a qualquer um dos subsídios temos:

- 1) O gozo das respectivas licenças, faltas e dispensas não retribuídas nos termos do CT, ou de períodos equivalentes [artigo 24.º, n.º 1, alínea a)];
- 2) O cumprimento do prazo de garantia [artigo 24.º, n.º 1, alínea b)]

Estas condições devem encontrar-se reunidas na *data do facto determinante de protecção*, que equivale ao primeiro dia de impedimento para o trabalho (artigo 23.º); de notar é que os factos determinantes de protecção são tantos quantos os subsídios a atribuir, ainda que a concessão de dois, ou mais, subsídios, seja consecutiva e à mesma pessoa.

3.3.1.1. Gozo das respectivas licenças, faltas e dispensas não retribuídas ou de períodos equivalentes

A finalidade destas prestações é substituir rendimentos do trabalho perdidos, pelo que o direito àquelas depende, naturalmente, do não pagamento da retribuição no decurso dos períodos de ausência ao trabalho que lhes correspondem. Consequentemente, se a entidade empregadora, por algum motivo, mantiver o pagamento da retribuição durante uma licença, falta ou dispensa, não deverá esse concreto período de ausência ser subsidiado pela segurança social.

Para os trabalhadores independentes e beneficiários com desemprego subsidiado, ao gozo das licenças, faltas e dispensas não retribuídas previstas no CT são equiparados os períodos de tempo equivalentes àquelas. Não se podendo falar, em rigor, no gozo daqueles direitos – no primeiro caso pela natureza específica da actividade por conta própria e no segundo pela inexistência de actividade profissional –, para efeitos de atribuição das prestações sociais faz-se equivaler aquele gozo ao período de tempo que lhe corresponderia, caso dele beneficiassem (artigo 24.º, n.º 2).

3.3.1.2. Prazo de garantia

Quando caracterizámos o sistema previdencial apontámos como sua nota identificadora a sinalagmaticidade entre o cumprimento da obrigação contributiva e acesso a prestações. Quer isto então dizer que o reconhecimento do direito às prestações deste sistema depende da prévia entrada de contribuições a favor do beneficiário, durante um

determinado período de tempo³⁰⁴. A este requisito damos o nome de *prazo de garantia*.

Para aceder aos subsídios previstos no regime de protecção da maternidade, paternidade e adopção foi fixado o prazo de garantia de 6 meses civis, seguidos ou interpolados, com registo de remunerações (requisito este que deve estar preenchido à data do facto determinante de protecção, como já havíamos referido, admitindo-se, se necessário, a contabilização dos registos do mês em curso) – artigo 25.º, n.ºs 1 e 2.

O legislador optou, *in casu*, por fixar um prazo de garantia em meses civis com registos de remunerações (e não em dias), bastando para o preenchimento deste requisito que o beneficiário tenha registo de remunerações em 6 meses civis (independentemente do número de dias registados em cada um desses seis meses), meses estes que podem ser seguidos ou interpolados³⁰⁵. Contudo, é importante fazer aqui uma chamada de atenção para o seguinte: apesar de esses meses com registos de remunerações poderem ser interpolados, nunca o espaço de tempo que os medeia pode ser igual ou superior a seis meses, sob pena de todo o período de registos anterior perder utilidade para estes

³⁰⁴ Em rigor o reconhecimento do direito às prestações não depende da prévia entrada de contribuições, mas sim de um determinado período de **registo de remunerações** em seu nome. De facto, várias são as circunstâncias em que este registo pode ter lugar sem que lhe corresponda a efectiva entrega das contribuições respectivas, como por exemplo nos casos em que a entidade empregadora proceder ao envio da declaração de remunerações mas não efectivar a entrega das contribuições correspondentes, como é sua obrigação. Ou, por exemplo, quando o registo de remunerações é feito por equivalência à entrada de contribuições, como acontece durante a concessão de várias prestações (doença, maternidade, desemprego...).

³⁰⁵ Tais registos não têm obrigatoriamente de ser reportados ao sistema de segurança social. São também considerados (desde que não se sobreponham) “os períodos de registo de remunerações em quaisquer regimes obrigatórios de protecção social, nacionais ou estrangeiros, que assegurem prestações pecuniárias de protecção na eventualidade, incluindo o da função pública” – artigo 26.º.

efeitos³⁰⁶. Ou seja, para atribuição de um subsídio parental no mês de Dezembro de 2009, admite-se que o prazo de garantia se preencha com registos de remunerações nos meses de Janeiro, Março, Junho, Julho, Outubro e Novembro (todos de 2009), por exemplo, mas já não se aceita o seu preenchimento com registos nos meses de Janeiro, Fevereiro, Setembro, Outubro, Novembro e Dezembro, pois tendo em conta que entre Fevereiro e Setembro mediam 6 meses, os registos efectuados nos meses de Janeiro e Fevereiro não podem, já, ser contabilizados para este efeito.

3.3.2. Condições de atribuição específicas

O direito a certas prestações depende, ainda, de um requisito específico adicional – o nascimento de nado vivo (artigo 24.º, n.º 3).

Referimo-nos:

- a) ao direito ao subsídio parental inicial por 150 dias;
- b) ao direito ao acréscimo de subsídio parental inicial em 30 dias consecutivos, nas situações de partilha de licença, no caso de um dos progenitores gozar, em exclusivo, um período de 30 dias consecutivo, ou dois períodos de 15 dias consecutivos, após o gozo de licença parental inicial exclusiva da mãe;
- c) ao direito ao acréscimo de subsídio parental inicial em 30 dias por cada gémeo além do primeiro;
- d) ao direito ao subsídio parental inicial de um progenitor em caso de impossibilidade de outro;
- e) ao direito ao subsídio parental inicial exclusivo do pai correspondente à parte facultativa da licença;

³⁰⁶ É o que resulta do disposto no artigo 25.º, n.º 3 – “Na ausência de registo de remunerações durante seis meses consecutivos, a contagem do prazo de garantia tem início a partir da data em que ocorra um novo registo de remunerações”.

- f) ao direito ao acréscimo da licença parental inicial exclusiva do pai em 2 dias por cada gémeo além do primeiro;
- g) ao direito ao subsídio parental alargado.

Para além disso, o subsídio parental alargado só é concedido nas situações em que a licença parental alargada para assistência a filho integrado no agregado familiar seja gozada imediatamente após o período de concessão do subsídio parental inicial ou subsídio parental alargado do outro progenitor (artigo 16.º, *in fine*).

Por fim, no que respeita ao subsídio para assistência a filho com deficiência ou doença crónica, para além dos outros requisitos que já são inerentes ao gozo da própria licença, a sua concessão depende de o filho viver em comunhão de mesa e habitação com o beneficiário (artigo 20.º, n.º 2).

3.4. Montantes dos subsídios

Segundo o artigo 27.º, o montante do subsídio é o resultado da aplicação de uma percentagem ao valor da remuneração de referência do beneficiário.

Desta forma, são dois os elementos que temos de conhecer para podermos calcular o montante de um concreto subsídio: i) a remuneração de referência; ii) a taxa.

Pode suceder, porém, que o produto da remuneração da referência pela taxa não corresponda ao montante do subsídio a pagar, o que acontecerá sempre que o resultado daquela operação não atinja ou exceda o valor fixado pelo legislador como sendo, respectivamente, o montante mínimo ou máximo do subsídio (quando o exista), caso em que será este o valor a pagar.

3.4.1. Remuneração de referência

A remuneração de referência corresponde a uma média de remunerações registadas a favor do beneficiário, relativa a um determinado período de tempo fixado pelo legislador.

Para a base de cálculo dos subsídios previstos no regime de protecção da maternidade, paternidade e adopção o legislador determinou como relevante a média diária da totalidade dos registos existentes em seis meses civis³⁰⁷, sendo certo que para efeitos de registos se considera que um mês completo equivale a 30 dias.

Quanto ao grupo de seis meses a seleccionar para o efeito, devem ser os últimos seis, mas desprezando o mês da eventualidade e os dois meses anteriores à mesma; a desconsideração deste período de tempo pretende garantir o cumprimento do princípio da eficácia, pois tenta assegurar que um eventual atraso no processamento dos registos de remunerações não implique o retardamento do processamento da prestação.

Dá a fórmula da remuneração de referência prevista no artigo 28.º: “a remuneração de referência a considerar é definida por $R/180$, em que R representa o total das remunerações registadas nos primeiros seis meses civis que precedem o segundo mês anterior ao da data do facto determinante da protecção”³⁰⁸.

³⁰⁷ Incluindo as importâncias relativas a subsídios de férias, de Natal ou outros de natureza análoga (artigo 28.º, n.º 3).

³⁰⁸ Pode acontecer que, fruto da totalização de períodos contributivos, os beneficiários não apresentem, neste período de referência, seis meses com registos de remunerações no sistema de segurança social. Nesses casos, “a remuneração de referência é definida por $R/(30 \times n)$, em que R representa o total das remunerações registadas desde o início do período de referência até ao início do mês em que se verifique o facto determinante da protecção e n o número de meses a que as mesmas se reportam” (artigo 28.º, n.º 2).

3.4.2. Taxa

A percentagem a aplicar à remuneração de referência varia tendo em conta vários factores, entre eles o tipo de subsídio a atribuir.

Assim (artigos 29.º a 37.º):

1) **Subsídios por risco clínico durante a gravidez e por interrupção da gravidez:** 100 %;

2) **Subsídio parental inicial:**

2.1) No período correspondente à *licença de 120 dias*: 100%;

2.2) No caso de opção pelo período de *licença de 150 dias*: 80%;

2.3) No caso de opção pelo período de *licença de 150 dias nas situações em que cada um dos progenitores goze pelo menos 30 dias consecutivos, ou dois períodos de 15 dias igualmente consecutivos*: 100%;

2.4) No caso de opção pelo período de *licença de 180 dias, nas situações em que cada um dos progenitores goze pelo menos 30 dias consecutivos, ou dois períodos de 15 dias igualmente consecutivos*: 83%;

2.5) No período de *acrécimo por nascimento de gémeos*: 100%;

3) **Subsídio parental exclusivo do pai**, incluindo o período de *acrécimo por nascimento de gémeos*: 100%

4) **Subsídio parental alargado**: 25%

5) **Subsídio por adopção**: igual às modalidades do subsídio parental inicial

6) **Subsídios por riscos específicos e para assistência a filho**: 65%

7) **Subsídios para assistência a filho com deficiência ou doença crónica**: 65%;

8) **Subsídio para assistência a neto:**

8.1) Em caso de *assistência por nascimento*: 100%;

8.2) Restantes casos de *assistência*: 65%.

3.4.3. Montantes mínimos e máximo

No artigo 38.º estão fixados dois montantes mínimos – o geral e o específico do subsídio parental alargado.

A generalidade dos subsídios não pode ter o valor diário inferior a 80% do montante diário (um 30 avos) do Indexante dos Apoios Sociais (IAS).

Exceptua-se, porém, o caso do subsídio parental alargado, em que o montante mínimo do subsídio é de apenas 40% do valor diário do IAS.

Por sua vez, o subsídio para assistência a filho com deficiência ou doença crónica tem um limite máximo mensal – o dobro do IAS (artigo 36.º, *in fine*).

3.4.4. Período de concessão

Em consonância com finalidade que visam cumprir, os subsídios em questão têm início no 1.º dia de impedimento para o trabalho a que não corresponda retribuição e prolongam-se durante os períodos de duração das licenças, faltas e dispensas previstas no CT a que correspondem (no caso dos trabalhadores dependentes) ou durante o período de impedimento para o trabalho equivalente (para os trabalhadores independentes ou beneficiários enquadrados no regime do seguro social voluntários) – artigos 39.º e 40.º.

Os desempregados subsidiados vêm suspensa a atribuição das prestações de desemprego pelo período de concessão dos subsídios previstos no artigo 8.º.

4. Subsistema de Solidariedade

4.1. Finalidade e prestações

A finalidade da protecção conferida por este subsistema é garantir rendimentos *substitutivos* de rendimentos de trabalho num sentido e em condições diferentes do sistema previdencial. Por um lado, quando se fala em garantir rendimentos *substitutivos* do trabalho, tanto se abrangem as situações em que os mesmos existiam como aquelas em que os mesmos eram inexistentes. Por outro lado, essa *substituição* apenas terá lugar em situações de carência económica.

Pode dizer-se, por conseguinte, que a finalidade em causa é mais a de assegurar montante mínimo de rendimentos nas situações das eventualidades protegidas, do que substituir rendimentos do trabalho no verdadeiro sentido do termo.

São candidatos a aceder às prestações da protecção da parentalidade deste subsistema aqueles que não têm uma carreira contributiva ou possuem uma carreira contributiva insuficiente para acederem à protecção de regime de protecção social obrigatório ou no seguro social voluntário, ou pela exclusão da atribuição dos correspondentes subsídios no âmbito do sistema previdencial (artigo 3.º, n.º 1).

O legislador entendeu que às pessoas nessas circunstâncias, em situação de carência económica, deve garantir-se um *rendimento mínimo* nas hipóteses de risco clínico durante a gravidez, de interrupção da gravidez, de parentalidade e de riscos específicos.

Sendo menor o leque de situações protegidas, menor é, naturalmente, o elenco de subsídios previsto, que se reduz a³⁰⁹:

³⁰⁹ Os desempregados subsidiados apenas terão direito ao reconhecimento dos subsídios social parental e social por adopção.

- a) Subsídio social por risco clínico durante a gravidez;
- b) Subsídio social por interrupção da gravidez;
- c) Subsídio social parental, em várias modalidades: subsídio social parental inicial; subsídio parental inicial exclusivo da mãe; subsídio parental inicial a gozar por um progenitor em caso de impossibilidade do outro; subsídio parental inicial exclusivo do pai;
- d) Subsídio social por adopção;
- e) Subsídio social por riscos específicos.

4.2. Âmbito pessoal de protecção

Diferentemente do que vimos no regime de protecção do sistema previdencial, o subsistema de solidariedade abarca todos os cidadãos nacionais e estrangeiros, refugiados e apátridas: i) não abrangidos por qualquer sistema de protecção social de enquadramento obrigatório (artigo 45.º, n.º 1), bem como; ii) abrangidos por regime de protecção social de enquadramento obrigatório ou pelo seguro social voluntário cujo esquema de protecção integre a eventualidade, sem direito às correspondentes prestações.

4.3. Condições de atribuição

As condições de atribuição são, também, diversas das atrás vistas para o sistema previdencial, desde logo porque aqui se dispensa a existência de uma carreira contributiva como requisito de acesso às prestações.

As condições de atribuição devem encontrar-se reunidas na data do facto determinante de protecção, aqui identificadas como o parto, a ocorrência de risco clínico durante a gravidez, a interrupção da gravidez, a interrupção da gravidez, o risco específico e a confiança judicial ou administrativa com vista à adopção (artigo 50.º).

4.3.1. Condições comuns

A residência em território nacional e o preenchimento da condição de recursos constituem, nos termos do artigo 51.º, as condições comuns de atribuição dos subsídios sociais.

4.3.1.1. Residência em território nacional

Considera-se residente em território nacional o cidadão nacional que ali possua domicílio habitual, bem como o cidadão estrangeiro, refugiado ou apátrida habilitado com título válido de autorização de residência ou em situação equiparada.

Para estes efeitos são equiparados a residentes: i) os refugiados e apátridas portadores de títulos de protecção temporária válidos; ii) os estrangeiros portadores de títulos válidos de autorização de residência ou de prorrogação de permanência, nos termos e condições a definir em portaria conjunta dos ministros responsáveis pelas áreas da administração interna e do trabalho e da solidariedade social (artigo 52.º, n.º 2).

4.3.1.2. Condição de recursos

A condição de recursos é um requisito vulgar na atribuição de prestações do subsistema de solidariedade. Serve o mesmo para assegurar que só são subsidiadas as pessoas cujos rendimentos (ou os dos agregados familiares em que estão inseridas) são tidos por reduzidos.

Para o preenchimento deste requisito no concreto regime da protecção da maternidade, paternidade e adopção exige-se que os rendimentos mensais³¹⁰ *per capita* do agregado familiar³¹¹ sejam iguais ou inferiores a 80% do IAS.

4.3.2. Condições específicas

Tratando-se dos subsídios sociais por risco clínico em caso de gravidez, por interrupção da gravidez e por riscos específicos exige-se um requisito adicional – o exercício de actividade profissional determinante de enquadramento obrigatório em regime de segurança social ou no seguro social voluntário.

No fundo parece que o legislador entendeu que nestes casos concretos só deveriam ser protegidas as situações de rendimentos de trabalho perdidos na verdadeira acepção do termo. A solução para a hipótese de riscos específicos sempre seria essa, por natureza, uma vez que a especificidade dos riscos está relacionada com a especialidade dos agentes/condições de trabalho da trabalhadora. Mas uma resposta diferente poderia ser pensada para as situações de risco clínico e interrupção da gravidez, que muitas vezes coarctam a capacidade para o exercício de qualquer espécie de actividade.

³¹⁰ Os n.ºs 2 e 3 do artigo 53.º esclarecem quais os rendimentos relevantes para este efeito.

³¹¹ As pessoas que integram o agregado familiar são as que constam do artigo 54.º.

4.4. Montantes das prestações

O montante dos subsídios sociais resulta de uma operação distinta da apresentada para o cálculo dos subsídios do sistema previdencial.

O valor de referência ao qual se aplica uma percentagem variável não é, já, a média das remunerações registadas num determinado lapso temporal, mas sim o montante diário (um 30 avos) do IAS.

É, com efeito, ao valor diário do IAS que aplicamos uma das seguintes taxas para obtermos o valor da prestação:

1) **Subsídios sociais por risco clínico em caso de gravidez, por interrupção da gravidez e por riscos específicos:** 80 %;

2) **Subsídio social parental inicial:**

2.1) No período de 120 dias: 80 %;

2.2) No caso de opção pelo período de 150 dias: 64 %;

2.3) No caso de opção pelo período de 150 dias nas situações em que cada um dos progenitores goze pelo menos 30 dias consecutivos, ou dois períodos de 15 dias igualmente consecutivos: 80 %;

2.4) No caso de opção pelo período de 180 dias, nas situações em que cada um dos progenitores goze pelo menos 30 dias consecutivos, ou dois períodos de 15 dias igualmente consecutivos: 66 %;

2.5) Nos períodos de acréscimo por nascimento de gémeos: 80%;

3) **Subsídio social parental inicial exclusivo do pai, incluindo acréscimos por nascimento de gémeos:** 80 %;

4) **Subsídio social por adoção:** igual às modalidades de subsídio parental.

4.5. Períodos de concessão

Os subsídios sociais são devidos a partir do dia em que ocorre o facto determinante de protecção respectivo e o seu pagamento prolonga-se pelo mesmo período de tempo previsto para o correspondente subsídio no sistema previdencial (artigo 61.º).

Benefícios fiscais em matéria de protecção social

José de Campos Amorim
Professor Coordenador
do Instituto Superior de
Contabilidade e Administração
do Porto

Introdução

Os governos utilizam com frequência os instrumentos fiscais para assegurar uma forma de protecção social ao nível da saúde, educação, formação, reforma e habitação, e incentivar, ao mesmo tempo, a prática de comportamentos económicos, sociais e culturais. Um dos principais instrumentos fiscais são os benefícios fiscais, plasmados no Estatuto dos Benefícios Fiscais, nos diversos Códigos Tributários e nos Orçamentos do Estado, que incidem sobre o investimento, os bens, os serviços, as pessoas e os rendimentos.

Estes benefícios fiscais dizem respeito, nomeadamente, ao sujeito passivo titular de acções, de fundos de investimento, de planos e contas poupança, de crédito para aquisição de habitação, de regimes complementares de segurança social, e aos contribuintes portadores de deficiência.

Os benefícios fiscais constituem um instrumento privilegiado de actuação no domínio da política social, nomeadamente no que diz respeito à atribuição de benefícios fiscais de natureza social (fundos de pensões e equiparáveis, regime público de capitalização, contribuições das entidades patronais para regimes de segurança

social, e criação de emprego), de benefícios fiscais à poupança (conta poupança-reformados, fundos de poupança-reforma e planos de poupança-reforma), de benefícios fiscais relacionados com despesas de saúde, educação, prémios de seguros, e de outras prestações sociais (subsídio de doença, subsídio de desemprego ou rendimento mínimo de inserção social), que não são objecto de tributação em sede de IRS.

Os benefícios fiscais contribuem também para a sustentabilidade dos regimes obrigatórios e facultativos de protecção social, com a possibilidade de deduzir ao rendimento bruto as contribuições que as entidades empregadoras e os beneficiários efectuem nos regimes obrigatórios de protecção social, e a atribuição de incentivos específicos às contribuições efectuadas pelas entidades empregadoras e beneficiários nos regimes facultativos de protecção social.

Alguns dos benefícios fiscais adoptados, para além de garantir uma real protecção social aos beneficiários, constituem um verdadeiro estímulo ao desenvolvimento dos produtos que lhes estão associados, influenciado por um conjunto de reduções, isenções e deduções fiscais. Estes benefícios fiscais têm contribuído para o sucesso dos produtos de poupança, pensões, seguros e outros produtos financeiros, e servido igualmente de meio para o Estado arrecadar mais receitas fiscais.

Por exemplo, os incentivos fiscais à constituição de planos poupança-reforma suscitam nos agregados familiares atitudes de planeamento da poupança a longo prazo e asseguram, por um lado, rendimentos complementares às pessoas, mas, por outro lado, representam uma despesa para o Estado.

É com base nestes pressupostos que nos propomos avaliar os efeitos positivos e negativos dos produtos em causa, e analisar as suas implicações fiscais para as famílias, as empresas e o Estado.

1 – Protecção social

O Estado criou um sistema de protecção social que assegura um conjunto de prestações integradas nos vários sistemas e subsistemas públicos e privados. Estes sistemas visam proteger as pessoas na doença, velhice, desemprego, pobreza, invalidez, maternidade, acidentes de trabalho, morte e encargos familiares.

Além das medidas constantes nos sistemas de protecção social, pública ou privada, o Estado utiliza certos tipos de instrumentos fiscais como forma de protecção social subsidiária³¹², que consistem, fundamentalmente, na atribuição de benefícios fiscais em sede de IRS, IRC, e IVA e impostos patrimoniais.

Em sede de IRS, destacam-se, nomeadamente, as deduções à colecta relativas aos sujeitos passivos, seus dependentes e ascendentes, as deduções relativas às despesas de saúde, de educação e formação, as deduções relativas às importâncias respeitantes a pensões de alimentos, aos encargos com lares, aos encargos com prémios de seguros e às pessoas com deficiência, bem como se deve igualmente incluir os subsídios de desemprego, abonos de família e outras prestações complementares.

Em sede de IRC, identificam-se um conjunto de incentivos fiscais no domínio da protecção social, e que consistem, por exemplo, nas realizações de utilidade social efectuadas em benefício dos trabalhadores ou dos reformados da empresa e respectivos familiares, as quais englobam a manutenção de creches, jardins de infância ou cantinas. Incluem-se também as coberturas providenciais em matéria de seguros de doença, de acidentes pessoais, de vida, as contribuições para fundos de pensões e equiparáveis, etc.

Em sede de IVA, encontram-se um conjunto de isenções ou taxas reduzidas em matéria de prestações de serviços médicos, de prestações no âmbito de actividades ligadas às creches, lares de

³¹² José C. Gomes Santos e Carla Rodrigues, “A Fiscalidade Enquanto Instrumento de Protecção Social – Avaliação de Resultados no Caso do Imposto Pessoal sobre o Rendimento (IRS)”, in *Protecção Social, Cadernos Sociedade e Trabalho*, n.º 7, 2006, pp. 105-118.

idosos, ATL, etc., mas também em relação aos medicamentos e outros produtos farmacêuticos³¹³.

Este conjunto de benefícios fiscais de natureza social e benefícios fiscais à poupança acabam por ter um efeito relativo na medida em que dependem dos rendimentos e da dimensão dos agregados fiscais, e não prosseguem necessariamente os objectivos de protecção social para certas categorias de pessoas³¹⁴.

2 - O conceito de benefício fiscal

2.1. Definição

A matéria dos benefícios fiscais apresenta uma certa complexidade ao nível da definição, desde logo, do conceito de benefício fiscal, consagrado no artigo 2.º, n.º 1 do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 215/89, de 1 de Julho. Vários são os elementos que podem contribuir para esta definição.

Um dos elementos que caracteriza o conceito de benefício fiscal é a extrafiscalidade, dado que determinados benefícios são criados para atingir certos objectivos económicos e sociais, como é o caso dos benefícios ao investimento, à poupança, à constituição de seguros de saúde, etc.

O conceito de benefício fiscal geralmente adoptado compreende os benefícios fiscais em sentido estrito e os incentivos fiscais, mas deve distinguir-se dos desagravamentos fiscais e demais formas de desoneração fiscal de natureza contratual. Por exemplo, a não tributação em IRS das mais-valias provenientes da alienação de acções detidas pelo seu titular a mais de 12 meses (artigo 10.º, n.º 2 do

³¹³ Idem, pp. 108-109.

³¹⁴ Idem, p. 117.

CIRS) não corresponde a um benefício fiscal mas a uma situação de exclusão de incidência fiscal ou de não sujeição tributária.

Por outro lado, o benefício fiscal representa uma derrogação ao princípio da capacidade contributiva, na medida em que desconsidera a situação económica e social dos contribuintes, e constitui um incentivo económico, social e cultural, destinado a provocar um determinado comportamento. Neste sentido, Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins considera que “o benefício fiscal representa todo o desagravamento fiscal derogatório do princípio da igualdade tributária, instituído para a tutela de interesses extrafiscais de maior relevância”³¹⁵.

Também constitui uma despesa fiscal para o Estado que acaba por renunciar a uma receita tributária originariamente pertencente ao Estado³¹⁶, mas que dificilmente pode ser quantificável, por não existir qualquer exercício contabilístico que permita determinar precisamente o seu montante.

Esta despesa fiscal resulta mais concretamente de isenções tributárias, deduções à matéria colectável, deduções à colecta, diferimento da tributação, taxas preferenciais, ou exclusões tributárias e outras medidas fiscais previstas no artigo 2.º, n.º 2 do EBF.

2.2. Natureza dos benefícios fiscais

Nos termos do n.º 2 do artigo 2.º do EBF, são benefícios fiscais as isenções, as reduções de taxas, as deduções à matéria colectável e à colecta, as amortizações e reintegrações aceleradas e outras medidas fiscais que obedecem às características do conceito legal de benefício fiscal.

³¹⁵ Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins, Os benefícios fiscais: Sistema e Regime, Cadernos do Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal, n.º 6, Almedina, 2006, p. 15.

³¹⁶ Artigo 2.º, n.º 3 do EBF.

Os benefícios fiscais enquadram-se numa noção mais ampla, a noção de desagravamentos fiscais, que integra as não sujeições tributárias ou exclusões tributárias (desagravamentos fiscais *stricto sensu*), e os benefícios fiscais³¹⁷. Mas enquanto que as não sujeições são “medidas fiscais estruturais de carácter normativo que estabelecem delimitações negativas expressas da incidência” (art. 3.º, n.º 2), os benefícios fiscais são “medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem” (art. 2.º, n.º 1). Por outro lado, os desagravamentos fiscais constituem medidas de natureza estável e duradoura, ao passo que os benefícios fiscais são medidas de carácter conjunturais e temporárias³¹⁸.

Vejamos algumas das modalidades técnicas de concretização dos benefícios fiscais:

a) As isenções tributárias

A isenção tributária impede a produção dos efeitos do facto constitutivo da obrigação de imposto³¹⁹, e pode ser temporária ou permanente, total ou parcial³²⁰. Esta última não obsta à constituição da obrigação de imposto ao contrário da isenção total que obriga a que o sujeito passivo realize a relação jurídica de imposto e cumpre, entre

³¹⁷ José Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, Almedina, 2003, p. 408.

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹ Alberto Xavier, *Manual de Direito Fiscal*, Lisboa, 1974, pp. 281-282.

³²⁰ Nuno Sá Gomes expõe as várias concepções doutrinárias sobre a natureza jurídica das isenções: a isenção tributária como dispensa legal do pagamento do tributo devido, após a verificação do respectivo facto gerador, a isenção tributária como delimitação negativa da hipótese de incidência fiscal, a isenção como autolimitação do poder de tributar, a isenção como renúncia ao poder de tributar, a isenção como favor ou liberalidade fiscal, a isenção como privilégio fiscal, e a isenção como facto impeditivo do nascimento de obrigação tributária. Cf. Nuno Sá Gomes, *Teoria Geral dos Benefícios Fiscais*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 165, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1991, pp.55-71.

outras, as obrigações declarativas³²¹, de liquidação, e de cobrança do imposto³²². Verificam-se, por exemplo, situações de isenção parcial no caso das pessoas colectivas de utilidade pública e das instituições particulares de solidariedade social (artigo 10.º, n.º 1 do CIRC).

b) As deduções à matéria colectável

As deduções à matéria colectável consistem em deduzir ou abater uma certa fracção de matéria colectável que, em circunstâncias normais, seria objecto de tributação³²³. As deduções antecedem a liquidação do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares ou o lucro das pessoas colectivas.

As deduções à matéria colectável visam “beneficiar fiscalmente certa categoria de operações ou valores”³²⁴, incidindo directamente sobre o rendimento, a propriedade ou o consumo do contribuinte. Podemos citar, a título de exemplo, as deduções previstas no artigo 25.º do CIRS.

As deduções à matéria colectável permitem que as classes menos favorecidas não sejam submetidas à mesma tributação que as classes mais favorecidas. Mas, paradoxalmente, são as classes com rendimentos mais elevados que mais beneficiam com as deduções à matéria colectável. Quanto maiores forem os rendimentos dos contribuintes, maior é a taxa marginal aplicável ao rendimento correspondente, e maior é o benefício concedido pelo Estado³²⁵. Assim, com a progressividade do imposto, o contribuinte com maiores

³²¹ Artigos 112.º e 113.º do CIRS e artigo 109.º, n.º 1 do CIRC.

³²² Artigo 53.º do CIVA.

³²³ Amável Sílvia da Costa, J. H. Paulo Rato Rainha e M.H. de Freitas Pereira, *Benefícios Fiscais em Portugal*, Almedina, 1977, p. 17.

³²⁴ Alberto Xavier, *op. cit.*, p. 291.

³²⁵ A Reavaliação dos Benefícios Fiscais, Relatório do Grupo de Trabalho criado por Despacho de 1 de Maio de 2005 do Ministro de Estado e das Finanças, sob a direcção de Luís Máximo dos Santos, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, Almedina, 2005, p. 103.

rendimentos acaba por receber uma maior ajuda do Estado, o que contraria o princípio da equidade fiscal.

c) As deduções à colecta

As deduções à colecta visam beneficiar fiscalmente certas categorias de operações ou valores através de créditos de impostos que os contribuintes podem deduzir ao próprio imposto³²⁶. Trata-se de deduzir à própria colecta do imposto uma certa parcela ou crédito de imposto, tal como se verifica no caso do crédito de imposto por investimento, previsto no art. 41.º, n.º 2, al. a) do EBF.

As deduções à colecta obtêm-se subtraindo um determinado montante à colecta do imposto, implicando assim uma redução quantitativa da obrigação de imposto. Essa dedução efectua-se subtraindo directamente determinadas quantias, como é o caso, por exemplo, das despesas e dos custos suportados pelos sujeitos passivos em matéria de saúde e educação (artigo 78.º, n.º 1 do CIRS). As deduções à colecta prevêm assim determinadas reduções a serem efectuadas após a liquidação do imposto.

Ao contrário das deduções à matéria colectável que incidem sobre o rendimento, a propriedade e o consumo, as deduções à colecta são descontadas directamente do próprio imposto, como sucede nas situações de dupla tributação internacional e de dupla tributação económica, e beneficiam, regra geral, os titulares de rendimentos mais elevados³²⁷. As deduções à colecta dependem, também, do nível de desenvolvimento de cada país e do grau de cobertura das necessidades sociais básicas.

d) O diferimento da tributação

³²⁶ Alberto Xavier, op. cit., p. 292.

³²⁷ A Reavaliação dos Benefícios Fiscais, Relatório do Grupo de Trabalho criado por Despacho de 1 de Maio de 2005 do Ministro de Estado e das Finanças, sob a direcção de Luís Máximo dos Santos, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Almedina, 2005, p. 105.

O diferimento da tributação consiste no atraso no pagamento do imposto, motivado pelo facto de não coincidir no tempo com alguns custos e proveitos³²⁸. Trata-se de uma “técnica sofisticada de redução do facto tributário contabilisticamente determinado, pela aceitação em matéria de custos, de elementos nos quais o factor tempo assume relevância”³²⁹.

Este deferimento acontece nos casos de encargos diferidos, isto é, quando um proveito ou um custo é tributado ou dedutível fiscalmente num exercício anterior ao da sua contabilização ou dedutibilidade fiscal, ou no caso de lucro diferido, isto é, quando um proveito ou um custo é contabilizado ou dedutível fiscalmente num exercício anterior ao da sua tributação ou contabilização³³⁰.

O deferimento de encargos ou de lucro num exercício anterior ao da sua contabilização ou tributação constitui uma redução quantitativa da tributação e, por conseguinte, um benefício fiscal para o contribuinte.

e) As taxas preferenciais ou reduzidas

As taxas preferenciais reportam-se precisamente ao momento em que o imposto é liquidado, e têm em conta a taxa aplicável ao rendimento ou lucro obtido. Essas taxas representam uma renúncia do Estado à tributação-regra ou, mais concretamente, uma derrogação às taxas normalmente aplicáveis aos contribuintes. É o caso das taxas liberatórias do artigo 71.º do CIRS.

f) As exclusões tributárias

³²⁸ Freitas Pereira, A Periodização do Lucro Tributável, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1988, p. 101.

³²⁹ Guilherme Waldemar d'Oliveira Martins, Os benefícios fiscais: Sistema e Regime, Cadernos do Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal, n.º 6, Almedina, 2006, p. 59.

³³⁰ Freitas Pereira, op. cit., p. 105. Ver o artigo 47.º, n.º 1 do CIRC.

As exclusões tributárias reportam-se às situações de não sujeição tributária. É o que sucede com a exclusão da tributação do “mínimo de existência”, previsto no artigo 70.º do CIRS. Os motivos que determinam esta exclusão são de “natureza intrinsecamente fiscal”, ao passo que as isenções tributárias visam “o prosseguimento de interesses públicos extra-fiscais”³³¹.

g) As amortizações e reintegrações aceleradas

As amortizações e reintegrações aceleradas são medidas estruturais que visam apurar o lucro real dos contribuintes, e que dão lugar a desagravamentos de carácter excepcional. É assim permitida a amortização acelerada dos imóveis novos ou reabilitados, das máquinas, dos equipamentos industriais, agro-industriais, hoteleiros e turísticos.

2.3. Os desagravamentos estruturais

Tal como já foi referido, os desagravamentos estruturais reportam-se às situações de não sujeição tributária ou de exclusão tributária a título definitivo ou temporário. Como exemplos de desagravamentos estruturais, temos as indemnizações recebidas ao abrigo de um contrato de seguro – artigo 12.º, n.º 1 do CIRS -, as deduções à colecta previstas nos artigos 78.º e seguintes do CIRS, as despesas com energias renováveis, previstas no artigo 85.º do CIRS.

Os desagravamentos estruturais estão associados ao princípio da capacidade contributiva do contribuinte ou decorrem de obrigações assumidas no âmbito das convenções de dupla tributação³³². As deduções à colecta identificadas nos artigos 79.º a 86.º do CIRS e 15.º,

³³¹ José Luís Saldanha Sanches, *Manual de Direito Fiscal*, 2ª ed., Almedina, 2002, p. 193.

³³² A Reavaliação dos Benefícios Fiscais, op. cit., pp. 112-113.

22.º, 35.º, e 38.º do EBF representam desagravamentos estruturais em sede de IRS e de EBF e dizem respeito, mais concretamente, às deduções pessoais (art. 79.º do CIRS), à dupla tributação internacional (art. 81.º do CIRS), às despesas de saúde (art. 82.º do CIRS), às despesas de educação e formação (art. 83.º do CIRS), aos encargos com lares (art. 84.º do CIRS), aos encargos com imóveis (art. 85.º do CIRS), aos prémios de seguros (art. 86.º do CIRS), às contribuições para a Segurança Social (art. 15.º do EBF), aos Fundos de investimento (art. 22.º do EBF), às missões diplomáticas (art. 35.º do EBF), ao Tratado NATO (art. 38.º do EBF). Estas deduções à colecta constantes do CIRS são os mais importantes desagravamentos estruturais.

Em sede de IRC, encontramos um conjunto significativo de deduções à colecta de natureza subjectiva, previstas nos artigos 10.º (pessoas colectivas de utilidade pública), artigo 11.º (actividades culturais recreativas e desportivas), artigo 12.º (sociedades transparentes), artigo 13.º (entidades de navegação marítima e aérea), artigo 14.º (outras isenções), artigo 69.º (transmissibilidade de prejuízos), artigo 85.º (crédito de imposto por dupla tributação internacional), artigo 22.º (fundos de investimento), artigo 28.º (serviços financeiros de entidades públicas), artigo 31.º (SGPS), artigo 49.º (Comissões vitivinícolas regionais), artigo 50.º (entidades gestoras de sistemas de embalagem de resíduos), artigo 52.º (colectividades desportivas, de cultura e recreio), artigo 53.º (associações e confederações).

Em termos quantitativos, os montantes dos desagravamentos estruturais em sede de IRC são bastantes menos precisos do que os do IRS, para além de que as deduções à colecta em sede de IRC não relevam da capacidade contributiva dos sujeitos passivos, o que gera alguma confusão em termos de identificação dos benefícios fiscais e dos desagravamentos estruturais³³³.

³³³ Idem, p. 119.

3. Os benefícios fiscais de natureza social

O Estatuto dos Benefícios Fiscais previu um conjunto de benefícios fiscais de natureza social relativamente aos fundos de pensões e equiparáveis, ao regime público de capitalização, às contribuições das entidades patronais para regimes de segurança social, e à criação de emprego.

Em relação aos fundos de pensões e equiparáveis, o EBF isenta de IRC e de IMT os rendimentos dos fundos de pensões e equiparáveis, que se constituam e operem de acordo com a legislação nacional (art. 16.º, n.ºs 1 e 2). As contribuições para fundos de pensões e outros regimes complementares de segurança social que garantam exclusivamente o benefício de reforma, complemento de reforma, invalidez ou sobrevivência são dedutíveis à colecta do IRS, nas condições previstas no n.º 6 do art. 16.º do EBF.

O regime público de capitalização beneficia dum incentivo fiscal no sentido de que, nos termos do artigo 17.º, n.º 1 do EBF, passam a ser “dedutíveis à colecta de IRS, nos termos e condições previstos no artigo 78.º do respectivo Código, 20 % dos valores aplicados, por sujeito passivo não casado, ou por cada um dos cônjuges não separados judicialmente de pessoas e bens, em contas individuais geridas em regime público de capitalização, tendo como limite máximo 350 euros por sujeito passivo”.

No tocante às contribuições das entidades patronais para regimes de segurança social, são isentos de IRS, nos termos do artigo 18.º, n.º 1 do EBF e dentro de determinados limites, os rendimentos respeitantes a “contratos que garantam exclusivamente o benefício de reforma, complemento de reforma, invalidez ou sobrevivência, desde que sejam observadas, cumulativamente, as condições previstas nas alíneas a), b), d), e) e f) do n.º 4 do artigo 40.º do Código do IRC, na parte em que não excedam os limites previstos nos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, e sem prejuízo do disposto nos seus n.ºs 5 e 6”.

Beneficia desta isenção o montante correspondente a um terço das importâncias pagas ou colocadas à disposição, com o limite de 11 704,70 euros (artigo 18.º, n.º 3 do EBF).

A inobservância de qualquer destas condições determina para o trabalhador “a perda da isenção e o englobamento como rendimento da categoria A de IRS, no ano em que ocorrer o facto extintivo, da totalidade das importâncias que beneficiaram da isenção, acrescidas de 10 %, por cada ano ou fracção, decorrido desde a data em que as respectivas contribuições tiverem sido efectuadas” (artigo 18.º, n.º 2, al. a) do EBF). Para a empresa, a inobservância de qualquer destas condições, determina a tributação autónoma à taxa de 40 % relativamente ao exercício do incumprimento das contribuições, bem como nos dois exercícios anteriores (artigo 18.º, n.º 2, al. b) do EBF).

Quanto aos benefícios fiscais em matéria de criação de emprego, os encargos correspondentes à criação líquida de postos de trabalho para jovens³³⁴ e para desempregados de longa duração³³⁵, admitidos por contrato de trabalho por tempo indeterminado, são considerados em 150 % do respectivo montante e contabilizado como custo do exercício para os sujeitos passivos de IRC e IRS com contabilidade organizada (artigo 19.º do EBF).

4. Os benefícios fiscais à poupança

³³⁴ Consideram-se “jovens”, “os trabalhadores com idade superior a 16 e inferior a 35 anos, inclusive, aferida na data da celebração do contrato de trabalho, com excepção dos jovens com menos de 23 anos, que não tenham concluído o ensino secundário, e que não estejam a frequentar uma oferta de educação-formação que permita elevar o nível de escolaridade ou qualificação profissional para assegurar a conclusão desse nível de ensino (Redacção da Lei n.º 10/2009-10/03)”, (al. a) do n.º 2 do artigo 19.º do EBF).

³³⁵ Os desempregados de longa duração são “os trabalhadores disponíveis para o trabalho, nos termos do Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de Novembro, que se encontrem desempregados e inscritos nos centros de emprego há mais de 9 meses, sem prejuízo de terem sido celebrados, durante esse período, contratos a termo por período inferior a 6 meses, cuja duração conjunta não ultrapasse os 12 meses (Redacção da Lei n.º 10/2009-10/03)”. Cf. a al. b) do n.º 2 do artigo 19.º do EBF.

Alguns benefícios fiscais têm influenciado os hábitos de aforro dos portugueses e contribuído para o desenvolvimento de determinados produtos, como é o caso das contas poupança-habituação ou dos planos poupança-reforma/educação.

4.1. Conta poupança-reformados

A conta poupança-reformados foi criada pelo Decreto-Lei n.º 138/86, de 14 de Junho, com o objectivo de contribuir para o incentivo e o reforço à poupança das famílias, e de beneficiar os reformados mais desfavorecidos.

Benefícios fiscais em matéria de poupança-reforma:

2009	Investimento anual	Poupança em IRS
Dedução à colecta de IRS em 20% do valor aplicado (ver notas)	Por sujeito passivo não casado ou por cada um dos cônjuges não separados judicialmente de pessoas e bens	Por sujeito passivo não casado ou por cada um dos cônjuges não separados judicialmente de pessoas e bens
Até 35 anos de idade	€2.000	€400
Entre 35 e 50 anos de idade	€1.750	€350
Mais de 50 anos de idade	€1.500	€300
Notas:		
- Desde que não haja reembolso do montante aplicado no prazo mínimo de 5 anos a contar da data da entrega ou que o		

levantamento seja por reforma antecipada.

- As entregas efectuadas a menos de 5 anos do vencimento não têm dedução.

- As entregas efectuadas pelos sujeitos passivos após a data da passagem à reforma não têm dedução.

- Os benefícios previstos são cumuláveis com os Fundos de Pensões ou Equiparáveis, não podendo no entanto, no seu conjunto, exceder os limites ora fixados por sujeito passivo, em função da idade.

Considerando o nível das taxas de juro actualmente praticado nos depósitos a prazo e o valor máximo de capital a considerar para efeitos de benefícios, estamos perante um benefício relativamente reduzido. Depois de sucessivas actualizações, o limite do valor da conta poupança-reformados para efeitos de isenção de IRS passou para 10500 euros (artigo 20.º do EBF).

Se considerarmos uma taxa de juro de depósito de 2% e a taxa de retenção na fonte de natureza liberatória de 20%, o benefício para o contribuinte reformado será de apenas 42 euros ($10.500 \times 2\% \times 20\%$). Trata-se, realmente, dum benefício diminuto, que não constitui verdadeiramente um incentivo à poupança dos reformados.

O impacto do benefício fiscal aplicável às contas poupança-reformados não é suficientemente expressivo em termos de desagravamento da tributação individual, justificando-se para tal um aumento deste incentivo para os agregados menos favorecidos. Este incentivo não favorece, de todo, os agregados com menores rendimentos, para os quais o esforço de constituição da poupança é maior.

A acrescentar a este benefício temos a medida de desagravamento fiscal sobre os rendimentos dos reformados, designadamente a dedução específica dos rendimentos da categoria H,

que tem vindo, aliás, a diminuir e a aproximar-se da dedução específica da categoria A do Código do IRS³³⁶.

4.2. Planos poupança-reforma e fundos de poupança-reforma

Os planos poupança-Reforma são geralmente subscritos por pessoas singulares ou por pessoas colectivas, a favor e em nome dos seus trabalhadores, e podem ter a forma de fundo de investimento, de fundo de pensões ou de outros equiparados, sendo também enquadráveis no regime dos PPR, para além destes, os seguros individuais.

Segundo o artigo 1.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 158/2002, de 2 de Julho, os planos poupança-reforma (PPR), bem como os planos poupança-educação (PPE) e os planos poupança-reforma/educação (PPR/E), são constituídos, respectivamente, por certificados nominativos de um fundo de poupança-reforma (FPR), de um fundo de poupança-educação (FPE) ou de um fundo de poupança-reforma/educação (FPR/E).

As entidades competentes para a gestão dos FPR são, nos termos do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 158/2002, as sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliários, as sociedades gestoras dos fundos de pensões e as companhias de seguros que explorem o ramo “Vida”, podendo cada uma destas gerir mais do que um fundo.

A composição do FPR deve observar o princípio da dispersão de riscos, bem como a segurança, o rendimento e a liquidez das

³³⁶ Nos termos do artigo 53.º, n.º 1 do CIRS, aos rendimentos brutos da categoria H de valor anual igual ou inferior a €6 000 deduz-se, até à sua concorrência, a totalidade do seu quantitativo por cada titular que os tenha auferido. Se o rendimento anual, por titular, for superior ao valor referido no número anterior, a dedução é igual ao montante nele fixado (artigo 53.º, n.º 2). Também está previsto no n.º 5 do artigo 53.º que os rendimentos brutos da categoria H de valor anual superior a €30 000, por titular, têm uma dedução de €6 000, abatido, até à sua concorrência, de 13 % da parte que excede aquele valor anual.

aplicações efectuadas (artigo 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 158/2002), e ser constituído, no caso do património dos fundos de poupança, por valores mobiliários, participações em instituições de investimento colectivo, instrumentos representativos de dívida de curto prazo, depósitos bancários ou outros activos de natureza monetária; e ser constituído, no caso de fundo de pensões ou de fundo autónomo de uma modalidade de seguro do ramo «Vida», para além dos activos previstos no património dos fundos de poupança, por terrenos e edifícios e créditos decorrentes de empréstimos hipotecários (artigo 3.º, n.ºs 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 158/2002).

Reconhece-se também, de acordo com o Decreto-Lei n.º 12/2006, de 20 de Janeiro, o direito à transferência da adesão, sem encargos, nos casos de alteração substancial da política de investimentos, de aumento de comissões e de transferência da gestão do fundo para outra entidade gestora.

Quanto à fiscalização dos fundos de poupança e das respectivas entidades gestoras, esta fica sujeita à supervisão da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários ou do Instituto de Seguros de Portugal, consoante a sua natureza (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 158/2002).

4.3. Finalidades dos planos de poupança

Os planos poupança-reforma (PPR), criados pelo Decreto-lei n.º 205/89, de 27 de Junho, destinam-se a “incentivar a poupança de longo prazo completando os esquemas de segurança social proporcionados pelo Estado e os que têm natureza privada, como os derivados de fundos de pensão”.

Os planos são, regra geral, financiados através de fundos de pensões³³⁷, os quais constituem patrimónios autónomos exclusivamente afectos à realização de planos de pensões e/ou planos de benefícios de saúde³³⁸.

Os fundos de pensões desempenham um papel fundamental no modelo de protecção social nacional como instrumentos de poupança, quer ao nível dos esquemas complementares de pensões, quer ao nível dos produtos PPR³³⁹. Os fundos de pensões assumem também as funções de seguro de vida, o que explica a aplicação supletiva das normas que regem a actividade seguradora. Tendo em conta as funções que assumem, o EBF, no seu artigo 16.º, n.ºs 1 e 2, isenta de IRC e de Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas (IMT) os rendimentos obtidos dos fundos de pensões ou equiparados.

Através do Decreto-Lei n.º 158/2002, de 2 de Julho, o legislador português introduziu um novo regime jurídico dos planos de poupança-reforma, dos planos de poupança-educação³⁴⁰ e dos planos de poupança-reforma/educação, e permitiu orientar um volume significativo de capitais para a poupança de médio e longo prazos destinada a satisfazer as necessidades financeiras inerentes à situação

337 Os fundos de pensões podem ser fechados ou abertos, podendo estes últimos permitir adesões individuais ou colectivas. Considera-se que um fundo de pensões é fechado quando respeita apenas a um associado ou quando, existindo vários associados, houver entre estes um vínculo de natureza empresarial, associativo, profissional ou social e a inclusão de novos associados no fundo depender do seu acordo. Um fundo de pensões será considerado aberto quando não for exigida a existência de qualquer vínculo entre os diferentes aderentes ao fundo e as novas adesões dependerem apenas da aceitação por parte da entidade gestora.

³³⁸ Maria Inês V. de Oliveira Martins, “Regime de tributação dos planos de pensões “qualificados”, no momento da atribuição de rendimentos aos participantes beneficiários de direitos adquiridos”, in Estudos de Direito Fiscal, Coordenador Diogo Leite de Campos, Almedina, 2007, p. 144.

³³⁹ V. Arnoldo Filipe da Costa Oliveira, Fundos de pensões. Estudo jurídico, Almedina, 2003, pp. 109-112.

³⁴⁰ O Decreto-Lei n.º 357/99, de 15 de Setembro, instituiu os planos de poupança-educação (PPE) vocacionados para a capitalização de poupanças destinadas a fazer face a despesas com educação em curso do ensino profissional ou do ensino superior do participante ou dos membros do seu agregado familiar.

de reforma e, bem assim, para o desenvolvimento do mercado de capitais.

Não só não foi intenção do legislador que o conjunto de poupanças em PPR e PPE pudesse beneficiar de mais vantagens fiscais do que o investimento em um só daqueles produtos financeiros, como também se entendeu que não havia motivos para impedir que montantes detidos em PPR pudessem vir a ser empregues para fins de educação.

Neste sentido, possibilitou-se a criação de fundos mistos — fundos de poupança-reforma/educação (FPR/E) — e consagrou-se a possibilidade de se proceder à transferência de valores detidos em fundos de poupança-reforma (FPR) para fundos de poupança-educação (FPE), ou para fundos de poupança-reforma/educação, e ainda a própria transformação de FPR em FPR/E.

Os fundos de poupança-reforma (FPR), os fundos de poupança-educação (FPE) e os fundos de poupança-reforma/educação (FPR/E) podem assim assumir a forma de fundo de pensões, nos termos do n.º 3 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 158/2002.

Esta possibilidade faz com que a cada fundo possam ser aplicadas as disposições pertinentes dos regimes dos fundos de pensões, dos fundos de investimento ou dos seguros do ramo «Vida», consoante os casos, o que cria um sistema ainda mais complexo.

Por outro lado, admite-se a possibilidade de transferência entre planos de natureza idêntica ou diferente, embora só se possa verificar o reembolso do montante capitalizado no plano que seja resultante de entregas efectuadas antes da transferência, desde que tenha decorrido pelo menos cinco anos após as respectivas datas de aplicação pelo participante. Existe, efectivamente, um prazo mínimo de cinco anos de indisponibilidade das entregas, muito embora se continue a prever a possibilidade de reembolso sem penalização fiscal nas situações em que o participante ou algum dos membros do seu agregado familiar experimente situações de especial dificuldade. Mas em nenhum caso poderá ser recusado o reembolso, ainda que com perda de benefícios fiscais.

O que é exclusivamente próprio dos PPR é apenas a possibilidade de reembolso em caso de reforma por velhice do participante, ou a partir dos seus 60 anos de idade, consistindo a particularidade dos PPE na possibilidade de reembolso para fazer face a certas despesas de educação.

Em relação à possibilidade de transferência entre planos, o artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 158/2002, de 2 de Julho, determina que “[o] valor de um plano de poupança pode, a pedido expresso do participante, ser transferido, total ou parcialmente, para um fundo de poupança diverso do originário, não havendo lugar, por esse facto, à atribuição de novo benefício fiscal”.

No caso de transferências ou reembolsos parciais, é necessário determinar quais as unidades de participação que devem ser transferidas ou reembolsadas. O n.º 3, do artigo 1.º da Norma Regulamentar n.º 6/2003-R, de 12/02/2003, do Conselho Directivo do Instituto de Seguros de Portugal, determina que “o regulamento de gestão do fundo de pensões deve explicitar detalhadamente as condições legais em que a transferência e o reembolso do valor do plano de poupança pode ser efectuado”. “Nos fundos de poupança constituídos sob a forma de fundo de pensões em que a subscrição é efectuada por uma pessoa colectiva a favor e em nome dos seus trabalhadores, o direito à transferência e ao reembolso do valor do plano de poupança cabe ao participante” (n.º 4, do artigo 1.º da Norma Regulamentar n.º 6/2003-R).

Relativamente ao valor do plano de poupança constituído sob a forma de fundo de pensões, este corresponde ao valor das unidades de participação detidas pelo participante (n.º 1 do artigo 3.º da Norma Regulamentar n.º 6/2003-R). O que significa que a transferência do valor do plano de poupança deve ser imputada apenas às unidades de participação detidas pelo participante. Em caso de transferência parcial do valor do plano de poupança, esta deve ser imputada, tal como em matéria de reembolso parcial, às unidades de participação mais antigas.

De salientar, por último, que no momento da transferência dos planos de poupança, será devido uma comissão de transferência contratualmente prevista.

4.4. O reembolso dos planos de poupança

Os PPR beneficiam de um regime fiscal privilegiado que, para além de facilitar a capitalização na fase de poupança, não a penaliza na fase do reembolso. Não quer isto dizer que os rendimentos gerados pelos PPR beneficiam duma total isenção fiscal, mas antes gozam dum diferimento na sua tributação.

Os reembolsos, embora sujeitos a imposto, beneficiam de condições mais favoráveis, designadamente as decorrentes do regime previsto para as pensões, prevendo-se uma regra especial de exclusão de tributação para atenuar o efeito da progressividade em caso de reembolso, parcial ou total.

Como contrapartida das vantagens fiscais, consagraram-se condições específicas de reembolso que impedem pedidos de devolução dos montantes resultantes das entregas efectuadas que não se baseiem nos fundamentos especiais legalmente previstos, propiciando-se assim a poupança de médio e longo prazos.

É assim que, nos termos do artigo 4.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 158/2002, os participantes só podem exigir o reembolso do valor do PPR/E nos seguintes casos:

- “a) Reforma por velhice do participante;
- b) Desemprego de longa duração do participante ou de qualquer dos membros do seu agregado familiar;
- c) Incapacidade permanente para o trabalho do participante ou de qualquer dos membros do seu agregado familiar, qualquer que seja a sua causa;
- d) Doença grave do participante ou de qualquer dos membros do seu agregado familiar;
- e) A partir dos 60 anos de idade do participante;

f) Frequência ou ingresso do participante ou de qualquer dos membros do seu agregado familiar em curso do ensino profissional ou do ensino superior, quando geradores de despesas no ano respectivo”.

O participante pode ainda exigir o reembolso da totalidade do valor do PPR/E, decorrido o prazo de cinco anos após a data da primeira entrega, ao abrigo das alíneas a), e) e f) do n.º 1, se o montante das entregas efectuadas na primeira metade da vigência do contrato representar, pelo menos, 35% da totalidade das entregas (n.º 3 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 158/2002).

Fora destas situações, o reembolso do valor do PPR/E pode ser, porém, efectuado nos termos contratualmente estabelecidos e com as consequências previstas nos n.ºs 4 e 5 do artigo 21.º do EBF, isto é, os benefícios fiscais relativos aos planos de poupança-reforma, previstos no n.º 2 do artigo 21.º do CIRS cessam, devendo as importâncias dedutíveis à colecta do IRS serem majoradas em 10 %, por cada ano ou fracção, se aos participantes for concedido o reembolso dos certificados, salvo em caso de morte do subscritor ou quando tenham decorrido, pelo menos, cinco anos a contar da respectiva entrega e ocorra qualquer uma das situações definidas na lei (n.º 4 do artigo 21.º do CIRS), ou se o reembolso dos certificados ocorrer fora de qualquer uma das situações definidas na lei, devendo o rendimento ser tributado, autonomamente, à taxa de 20 %, de acordo com as regras aplicáveis aos rendimentos da categoria E de IRS (n.º 5 do artigo 21.º do CIRS). Prevê-se a aplicação de uma penalização com perda de benefícios fiscais no caso de reembolso dos planos poupança-reforma.

Mas quando o montante das entregas pagas na primeira metade de vigência do plano representar, pelo menos, 35 % da totalidade daquelas, são excluídos da tributação um quinto do rendimento, se o reembolso ocorrer após cinco e antes de oito anos de vigência do contrato (al. a), do n.º 3.º, do artigo 5.º do CIRS), bem como são excluídos da tributação três quintos do rendimento, se o

reembolso ocorrer depois dos primeiros oito anos de vigência do contrato (al. b), do n.º 3.º, do artigo 5.º do CIRS).

No caso de morte, quando o autor da sucessão tenha sido o participante, o reembolso da totalidade do valor do plano de poupança pode ser exigido pelo cônjuge sobrevivente ou demais herdeiros, independentemente do regime de bens do casal, salvo quando solução diversa resultar de testamento ou cláusula beneficiária a favor de terceiro. Quando o autor da sucessão tenha sido o cônjuge do participante e, por força do regime de bens do casal, o PPR/E seja um bem comum, o reembolso da quota-parte respeitante ao falecido pode ser exigido pelo cônjuge sobrevivente ou demais herdeiros (n.º 7 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 158/2002).

Os participantes, herdeiros ou beneficiários podem optar, de acordo com o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 158/2002, por receber a totalidade ou parte do valor do plano de poupança, de forma periódica ou não ou ainda receber uma pensão vitalícia mensal.

O valor da pensão mensal é aqui determinado, segundo a alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 158/2002, através do prémio único de inventário correspondente ao valor do plano de poupança à data do reembolso, deduzido da eventual comissão de reembolso prevista na alínea j) do n.º 2 do artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 475/99, de 9 de Novembro.

“Nos casos em que por força do regime de bens do casal o plano de poupança seja um bem comum, do pedido de reembolso, quando fundamentado na situação pessoal do cônjuge do participante, deve constar o respectivo consentimento escrito” (n.º 6, do artigo 1.º da Norma Regulamentar n.º 6/2003-R).

Se o plano de poupança for constituído sob a forma de fundo de pensões, nas condições estabelecidas no artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 158/2002, de 2 de Julho, o reembolso do valor do plano de poupança terá por base o valor das unidades de participação detidas pelo participante.

Na eventualidade do participante optar por não exigir a totalidade do valor do plano de poupança que reunia as condições

legais para ser reembolsável, o reembolso do remanescente pode ser livremente exigido pelo participante a qualquer tempo, devendo o reembolso parcial ser imputado às unidades de participação mais antigas (n.ºs 5 e 6 do artigo 2.º da Norma Regulamentar n.º 6/2003-R).

4.5. Os Certificados de Reforma

A acrescentar ao PPR, é possível aderir, desde o mês de Março de 2008, ao chamado “PPR do Estado”. Não se trata de PPR, mas de produtos diferentes de PPR, que funcionam de forma complementar aos próprios PPR e à segurança social. Estes “PPR do Estado” oferecem a possibilidade ao particular de efectuar descontos adicionais ao longo da sua vida activa para além dos descontos para a Segurança Social, que serão contabilizados numa conta em seu nome e convertidos em Certificados de Reforma.

Foi elaborado para o efeito o [Decreto-Lei n.º 26/2008, de 22 de Fevereiro](#), com vista a regular a constituição e o funcionamento do regime público de capitalização, e o respectivo fundo de Certificados de Reforma.

O regime público de capitalização é um novo regime da Segurança Social, de natureza complementar e de adesão voluntária, que oferece a possibilidade de efectuar descontos ao longo da vida activa, e que garante a conversão destes descontos em Certificados de Reforma.

Os Certificados de Reforma são um instrumento de poupança que permitem melhorar o montante da pensão do reformado, cabendo ao aderente deste regime público de capitalização efectuar um desconto mensal em função do seu salário.

Todos os cidadãos inscritos num sistema de protecção social obrigatório podem adquirir Certificados de Reforma.

As entregas efectuadas pelos aderentes são incluídas num fundo autónomo, composto por títulos de rendimento fixo, sendo que 25% têm de ser títulos da dívida pública, e gerido pelo Instituto de Gestão de Fundos de Capitalização da Segurança Social, segundo o artigo 24.º do [Decreto-Lei n.º 26/2008, de 22 de Fevereiro](#).

Os Certificados de Reforma não podem ser transferidos para os PPR, nem os montantes investidos nos Certificados de Reforma podem ser penhorados, ao contrário do que acontece com os PPR.

Os valores investidos nos fundos de capitalização podem ser levantados no momento da reforma, aposentação por velhice, ou invalidez absoluta através da obtenção de um complemento de pensão vitalício ou podem ainda ser levantados em caso de doença grave ou desemprego. O valor acumulado pode ainda ser transferido para reforço de plano de descendentes de 1º grau (filhos) ou cônjuge.

Os trabalhadores com menos de 50 anos terão de descontar todos os meses, no mínimo, 2% do seu salário média anual (14 meses) e no máximo 4%. Os trabalhadores com mais de 50 anos poderão descontar, nas mesmas condições, 6% (artigo 12.º, n.º 1 e 2 do [Decreto-Lei n.º 26/2008, de 22 de Fevereiro](#)).

Por fim, os benefícios fiscais de um PPR podem ser acumulados aos benefícios fiscais de um Certificado de Reforma, mas essa possibilidade é negada no caso de acumulação de dois PPR. O PPR e o Certificado de Reforma são produtos que se complementam, permitindo às pessoas uma diversificação das suas poupanças e o aumento dos seus benefícios fiscais.

4.6. Os Instrumentos de Captação de Aforro Estruturados (ICAE) ou *Unit-linked*

Com a crescente sofisticação dos mercados financeiros e o aumento da concorrência e da internacionalização surgiram os instrumentos de captação de aforro estruturados (ICAE), que combinam as características de um produto clássico — segurador,

bancário ou do mercado de valores mobiliários — com as de outro ou outros instrumentos financeiros, formando assim um produto materialmente novo (Decreto-Lei n.º 60/2004 de 22 de Março).

Os seguros ligados a fundos de investimento (*unit linked*) são os produtos que, no âmbito da actividade seguradora, presentemente, constituem os ICAE. Tais contratos estão integrados no ramo «Vida» nos termos do n.º 3 do artigo 124.º do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 8-C/2002, de 11 de Janeiro. O regime próprio dos contratos de seguro do ramo «Vida» é, assim, aplicável aos ICAE. Os *unit linked* beneficiam assim do mesmo enquadramento fiscal que o dos restantes seguros de poupança, excluindo os PPR.

Aos ICAE está associado um nível de risco que, dependente de variáveis de evolução incerta, poderá implicar a inexistência de remuneração ou até a perda do capital investido. Os *unit linked* não garantem taxas de rentabilidade, podendo mesmo, nos casos em que os fundos têm uma componente accionista mais elevada, o seu resultado ser negativo.

5. O Seguro de Vida

5.1. Noção e modalidades

O seguro de vida está relacionado com a morte ou a sobrevivência da pessoa segura e aplica-se, quer aos seguros complementares dos seguros de vida relativos a danos corporais, incluindo, nomeadamente, a incapacidade para o trabalho e a morte por acidente ou invalidez em consequência de acidente ou doença, quer aos seguros de renda, seguro de nupcialidade e seguro de natalidade (artigos 183.º e 184.º do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril).

Os seguros de vida apresentam várias modalidades, entre as quais se destacam os seguros de vida em caso de vida, os seguros de vida em caso de morte, os seguros de vida mistos, os seguros de renda, os seguros complementares dos seguros de vida, os seguros de vida ligados a fundos de investimento e os seguros de capitalização³⁴¹.

Os seguros de vida em caso de morte, ou seguros de vida risco, obrigam o segurador ao pagamento de um determinado montante a um beneficiário designado em caso de morte da pessoa segura durante a vigência do contrato. Está também previsto a possibilidade de atribuição de uma indemnização em caso de morte da pessoa segura.

Os seguros de vida em caso de vida obrigam o segurador ao pagamento de um capital no final do contrato se a pessoa segura se encontrar viva nessa data. De entre os vários produtos existentes, o Plano Poupança Reforma (PPR) é o mais popular e aquele que apresenta mais benefícios fiscais³⁴².

Os seguros de vida mistos comportam garantias em caso de morte e em caso de vida, que obrigam o segurador ao pagamento de um capital, quer no caso de morte da pessoa segura durante a vigência do contrato, quer no caso de vida desta no termo do contrato ou em vários momentos durante o contrato.

Os seguros de renda são seguros de vida em caso de vida que obrigam o segurador a pagar ao beneficiário um determinado montante, não em capital mas sob a forma de renda, garantindo a este o pagamento de prestações pecuniárias periódicas de acordo com o definido contratualmente.

Os seguros complementares dos seguros de vida estão associados a outros contratos de seguro de vida e consistem numa

³⁴¹ Luís Poças, Estudos de Direito dos Seguros, Almeida e Leitão, Lda, Porto, 2008, pp. 32-53.

³⁴² A outra motivação à subscrição destes produtos advém das pensões de reforma serem cada vez mais reduzidas. O PPR pode ser assim uma alternativa à constituição de uma poupança.

cobertura complementar no caso de morte por acidente, de incapacidade para o trabalho profissional, e de invalidez em consequência de acidente ou doença.

Os seguros de vida ligados a fundos de investimento assumem a qualificação jurídica de contrato de seguro de vida e têm a particularidade de os prémios serem convertíveis em unidades de participação em fundos de investimentos. Este tipo de seguros pode assumir a estrutura dos seguros de vida em caso de morte, seguros de vida em caso de vida, seguros de vida mistos, seguros em caso de vida com contra-seguro e rendas desde que ligados a um fundo de investimento³⁴³.

Os seguros de capitalização constituem uma subcategoria dos seguros de vida, na medida em que visam, por um lado, a realização duma aplicação financeira, e se prevê, por outro lado, a celebração dum contrato entre o tomador do seguro e o segurado e o pagamento da prestação, em caso de morte ou sobrevivência da pessoa segura, a um beneficiário designado para o efeito. Este seguro tem como particularidade o facto de o capital seguro resultar da capitalização dos prémios e dos juros. O rendimento obtido constitui um rendimento da categoria E do IRS, sendo como tal tributado nos termos do artigo 5.º, n.º 3 do Código do IRS³⁴⁴.

O seguro de acidentes pessoais cobre o risco de lesão corporal, invalidez, temporária ou permanente, ou morte da pessoa segura, por causa súbita, externa e imprevisível (artigo 210.º do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril).

O seguro de saúde cobre os riscos relacionados com a prestação de cuidados de saúde (artigo 213.º do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril).

³⁴³ Luís Poças, op. cit., p. 40.

³⁴⁴ Teresa Soares Gomes, “O agravamento crescente da tributação dos seguros de vida com componente de investimento”, Fisco, n.º 103-104, Lisboa, 2002.

5.2. A tributação dos seguros

O Código do IRS exerce uma função reguladora fundamental em matéria de tributação de seguros.

Segundo o artigo 2.º, n.º 3, al. b), n.º 3 do CIRS, são tributáveis em sede de IRS “as importâncias despendidas, obrigatória ou facultativamente, pela entidade patronal com seguros e operações do ramo “Vida”, contribuições para fundos de pensões, fundos de poupança-reforma ou quaisquer regimes complementares de segurança social, desde que constituam direitos adquiridos e individualizados dos respectivos beneficiários”. Esclarece o n.º 9 do artigo 2.º do CIRS que são direitos adquiridos e individualizados aqueles cujo exercício não depende da manutenção do vínculo laboral, ou como tal considerados para efeitos fiscais, do beneficiário com respectiva entidade patronal.

Existem direitos adquiridos, segundo o artigo 9.º, n.º 1 do Decreto-lei n.º 12/2006, de 20 de Janeiro, quando os participantes mantêm o direito aos benefícios consagrados no plano de pensões, de acordo com as regras neste definidas, independentemente da manutenção ou cessação do vínculo existente com o associado. Normalmente, estes direitos formam-se após o decurso de certo período de tempo ou de formação dos direitos.

Nestas situações em que se verifica o pagamento pela entidade patronal de prémios de seguros de vida e em que o direito de resgate³⁴⁵ pertence ao trabalhador - como direito adquirido e individualizado -, o trabalhador é sujeito a retenção na fonte de IRS por parte da entidade patronal, nos termos do artigo 99.º, n.º 1 do CIRS. Este contrato de seguro confere também ao trabalhador um direito ao resgate como

³⁴⁵ O direito de resgate caracteriza-se como “a resolução unilateral do contrato efectuado pelo subscritor da apólice de seguro, impondo ao segurador o dever de lhe entregar o valor da reserva matemática, deduzida das despesas de aquisição e de outras convencionadas na apólice”. Cf. Maria Inês V. de Oliveira Martins, op. cit., p. 155.

mecanismo de garantia de uma certa liquidez dos montantes entregues³⁴⁶.

São ainda tributados em sede de IRS os prémios pagos que não constituem direitos adquiridos e individualizados dos respectivos beneficiários no momento do “resgate, adiantamento, remissão ou qualquer outra forma de antecipação da correspondente disponibilidade, ou, em qualquer caso, de recebimento em capital, mesmo que estejam reunidos os requisitos exigidos pelos sistemas de segurança social obrigatórios aplicáveis para a passagem à situação de reforma ou esta se tiver verificado” (segunda parte do n.º 3, da al. b), do n.º 3 do artigo 2.º do CIRS). Além disso, nas situações em que os prémios pagos não constituem direitos adquiridos e individualizados para os beneficiários, a retenção na fonte é efectuada pelo segurador. Ao contrário das situações com direitos adquiridos, a retenção na fonte é efectuada pela entidade que paga ou coloca à disposição do respectivo beneficiário o rendimento, isto é, o segurador, conforme dispõe o artigo 99.º, n.º 3 do CIRS.

Nos casos em que se regista uma diferença positiva entre os prémios pagos e as importâncias, o rendimento obtido constitui um rendimento da categoria E de IRS, objecto de tributação na qualidade de rendimento de capitais.

No que diz respeito aos benefícios fiscais em matéria de prémios de seguros, o n.º 1 do artigo 86.º do CIRS prevê uma dedutibilidade à colecta de “25 % das importâncias despendidas com prémios de seguros de acidentes pessoais e seguros de vida que garantam exclusivamente os riscos de morte, invalidez ou reforma por velhice, neste último caso desde que o benefício seja garantido após os 55 anos de idade e 5 de duração do contrato, relativos ao sujeito passivo ou aos seus dependentes, pagos por aquele ou por terceiros, desde que, neste caso, tenham sido comprovadamente tributados como rendimento do sujeito passivo, com o limite de 64 euros, tratando-se

³⁴⁶ Maria Inês V. de Oliveira Martins, op. cit., p. 147. De notar que este direito ao resgate não se verifica no caso dos fundos de pensões.

de sujeitos passivos não casados ou separados judicialmente de pessoas e bens, ou de 128 euros, tratando-se de sujeitos passivos casados e não separados judicialmente de pessoas e bens”.

São igualmente dedutíveis à colecta 30% dos prémios de seguros que cubram exclusivamente os riscos de saúde relativamente ao sujeito passivo ou aos seus dependentes, pagos por aquele ou por terceiros, desde que, neste caso, tenham sido comprovadamente tributados como rendimento do sujeito passivo, com o limite de 84 euros, tratando-se de sujeitos passivos não casados ou separados judicialmente de pessoas e bens, o limite de 168 euros, tratando-se de sujeitos passivos casados e não separados judicialmente de pessoas e bens, e o limite de 42 euros por cada dependente a seu cargo (n.º 3 do artigo 86.º do CIRS).

Embora com menor relevância do que o Código do IRS, o Código do IRC também estabelece, nalguns aspectos, um regime tributário relativamente aos seguros de vida, no sentido de que considera como custos os seguros de vida e operações do ramo «Vida», contribuições para fundos de poupança-reforma, contribuições para fundos de pensões e para quaisquer regimes complementares da segurança social (al. d) do n.º 1 do artigo 23.º do CIRC).

Mas já “não são aceites como custos os prémios de seguros de doença e de acidentes pessoais, bem como as importâncias despendidas com seguros e operações do ramo «Vida», contribuições para fundos de pensões e para quaisquer regimes complementares de segurança social que não sejam considerados rendimentos de trabalho dependente, nos termos da primeira parte do n.º 3) da alínea b) do n.º 3 do artigo 2.º do Código do IRS” (n.º 4 do artigo 23.º do CIRC).

São igualmente considerados custos ou perdas do exercício, até ao limite de 15% das despesas com o pessoal escrituradas a título de remunerações, ordenados ou salários respeitantes ao exercício, os suportados com contratos de seguros de doença e de acidentes pessoais, bem como com contratos de seguros de vida, contribuições para fundos de pensões e equiparáveis ou para quaisquer regimes

complementares de segurança social, que garantam, exclusivamente, o benefício de reforma, pré-reforma, complemento de reforma, benefícios de saúde pós-emprego, invalidez ou sobrevivência a favor dos trabalhadores da empresa (n.º 2 do artigo 40.º do CIRC). O limite estabelecido no número anterior é elevado para 25%, se os trabalhadores não tiverem direito a pensões da segurança social (n.º 3 do artigo 40.º do CIRC).

Os prémios assim entregues podem ser considerados para a empresa como custo do exercício ao abrigo do artigo 40.º do CIRC e do artigo 23.º do CIRC. No primeiro caso, a empresa pode deduzir até 15% das despesas com o pessoal, se os prémios entregues não forem considerados rendimento do trabalho dependente para os colaboradores (n.º 1 do artigo 40.º do CIRC), e se os benefícios forem atribuídos à generalidade dos colaboradores, segundo um critério objectivo e idêntico (al. a) e b) do n.º 4 do artigo 40.º do CIRC), e a gestão e a disposição dessas importâncias não pertencer à empresa (al. g) do n.º 4 do artigo 40.º do CIRC).

No segundo caso, a empresa pode, ao abrigo do artigo 23.º do CIRC, assumir como custos a totalidade das entregas efectuadas, se estas forem consideradas para os colaboradores rendimento de trabalho dependente, logo sujeitas a retenção na fonte por parte da empresa. Pois, nos termos do n.º 4 do artigo 23.º do CIRC, são aceites como custos os prémios de seguros de doença e de acidentes pessoais, bem como as importâncias despendidas com seguros e operações do ramo «Vida», contribuições para fundos de pensões e para quaisquer regimes complementares de segurança social que sejam considerados rendimentos de trabalho dependente, nos termos da primeira parte do n.º 3) da alínea b) do n.º 3 do artigo 2.º do Código do IRS.

O que significa que os colaboradores da empresa só podem deduzir à colecta do IRS as entregas efectuadas pela empresa, até aos limites definidos no artigo 86.º do CIRS, quando esses montantes forem considerados rendimento do trabalho dependente, logo sujeito a retenção na fonte. Esta situação só se verifica quando a empresa

contabiliza as entregas efectuadas para o seguro, ao abrigo do artigo 23.º do CIRC. Os colaboradores podem, efectivamente, deduzir à colecta do seu IRS, 30% dos prémios de seguros pagos por si ou pela empresa, desde que tenham sido tributados como rendimento do sujeito passivo, com os limites previstos nas alíneas a), b) e c) do n.º 3 do artigo 86.º do CIRS.

O CIRC acaba assim por criar um regime fiscal favorável à tributação dos seguros de doença e de acidentes pessoais, dos seguros de vida, contribuições para fundos de pensões e equiparáveis ou para quaisquer regimes complementares de segurança social, que garantam a reforma, pré-reforma, complemento de reforma, benefícios de saúde pós-emprego, invalidez ou sobrevivência a favor dos trabalhadores da empresa.

Conclusão

Resulta do exposto que os benefícios fiscais em matéria de protecção social são de um interesse relevante para as famílias, as empresas e o Estado. Vários são os benefícios com carácter estrutural e de natureza temporária destinados às famílias e às empresas. Estes mesmos benefícios são para o Estado um meio de prosseguir objectivos económicos, sociais e culturais, mas também um meio de aliviar parcialmente o Estado de alguns encargos, na medida em que deixa de providenciar rendimentos na velhice.

Uma multiplicidade de benefícios fiscais foram criados em sede de IRS, IRC, IVA e impostos patrimoniais, que acabam, na realidade, por conduzir à diminuição da sua eficácia global, para além de outros efeitos indesejáveis no plano da equidade e da perda de receitas públicas. Por isso, é preciso que se criem condições que promovam a racionalidade dos benefícios fiscais e uma maior simplicidade e transparência do sistema de benefícios fiscais.

Sucedem que os benefícios fiscais de natureza social e os benefícios fiscais à poupança tendem a beneficiar principalmente os agregados familiares com rendimentos médios/altos, constituindo um alívio fiscal para estas categorias de pessoas, pondo em risco uma política diferenciada de protecção social a partir do IRS e do IRC.

Há de facto aqueles grupos populacionais que mais tiram proveito dos benefícios fiscais, que são aqueles que, independentemente dos incentivos fiscais, têm capacidade financeira para contratar esses produtos, e há aqueles que não têm qualquer capacidade financeira de os adquirir e que não alteram o seu comportamento em função das isenções, reduções de taxas, deduções à colecta e outros benefícios fiscais.

Outro aspecto negativo a salientar tem a ver com a dispersão dos benefícios fiscais nos vários códigos tributários e o carácter não sistemático conferido ao conjunto de benefícios fiscais, o que traz consequências negativas no plano da segurança do contribuinte.

Quanto aos benefícios fiscais de natureza social e os benefícios fiscais à poupança, estes acabam por ter uma influência positiva na contratação de planos de poupança e na composição da carteira de activos dos agentes económicos, mas acaba, por outro lado, por favorecer essencialmente as pessoas com maior poder económico, pondo em causa o princípio da equidade fiscal e da redistribuição dos rendimentos.

Acresce que os benefícios fiscais de natureza social e os benefícios fiscais à poupança têm contribuído para o sucesso e o desenvolvimento de alguns produtos de poupança, saúde, reforma e seguro, em detrimento nalguns casos de uma maior efectividade e equidade entre os contribuintes, e têm aumentado os níveis de investimento e de crescimento do país.

Painel III

A relação Jurídica de emprego público

**A participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas
pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas - a co-
gestão no Sector Público -**

Miguel Quental

*Assistente da Faculdade de Direito da
Universidade de Macau*

1. Introdução e apresentação do problema

O tema sobre o qual versa o presente trabalho poderá, em traços largos, ser reduzido à seguinte interrogação: “*terão os trabalhadores das empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas direito a participar nos seus respectivos órgãos sociais*”?

E a questão coloca-se, desde logo, pelo seguinte: dispõe a Constituição da República Portuguesa, desde a sua redacção de 1976, que é assegurado aos trabalhadores portugueses o direito à “*criação de comissões de trabalhadores*” para “*defesa dos seus interesses e intervenção democrática na vida da empresa*”³⁴⁷, conferindo-se às mesmas o direito ao “*controlo de gestão*”³⁴⁸.

Mais tarde, aquando da Revisão Constitucional de 1982, foi aditada uma nova alínea nos termos da qual se passou a dispor que “*constituem direitos das comissões de trabalhadores: promover a eleição de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais de empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas, nos termos da lei*”³⁴⁹.

³⁴⁷ Cfr. n.º 1 do art. 55.º, na redacção de 1976, actual n.º 1 do art. 54.º da CRP.

³⁴⁸ Cfr. al. b) do art. 56.º, na versão de 1976, actual al. b) do n.º 5 do art. 54.º da CRP.

³⁴⁹ Cfr. al. f) do n.º 5 do art. 55.º, actual al. f) do n.º 5 do art. 54.º da CRP.

Depois, com a Revisão Constitucional de 1989, consagrou-se que “*nas unidades de produção do sector público é assegurado uma participação efectiva dos trabalhadores na respectiva gestão*”³⁵⁰.

Por outro lado, a nível infra-constitucional poderá referir-se que ainda antes da entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa de 1976, o Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril – Bases Gerais das Empresas Públicas – dispunha que “*os estatutos deverão prever formas adequadas de intervenção dos trabalhadores no desenvolvimento e contrôle da actividade da empresa, tendo em atenção o disposto na lei sobre o contrôle de gestão pelos trabalhadores*”³⁵¹; sendo que “*o conselho geral é constituído por representantes dos Ministérios interessados, dos trabalhadores da empresa e de organismos ou entidades ligados à actividade desenvolvida pela mesma*”³⁵²; que “*os membros da comissão de fiscalização serão nomeados por despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da Tutela, por períodos de três anos, renováveis, sendo um indicado pelos trabalhadores da empresa*”³⁵³.

Da mesma forma, até recentemente, a Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro – Lei das Comissões de Trabalhadores – dispunha que “*nas empresas pertencentes ao sector empresarial do Estado, as comissões de trabalhadores designarão ou promoverão a eleição de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais da respectiva empresa*”³⁵⁴, adiantando ainda que “*nas empresas do sector empresarial do Estado, os trabalhadores têm*

³⁵⁰ Cfr. art. 90.º, actual art. 89.º da CRP.

³⁵¹ Cfr. art. 6.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril.

³⁵² Cfr. redacção originária do n.º 1 do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril.

³⁵³ Cfr. redacção originária do n.º 5 do art.10.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril.

³⁵⁴ Cfr. n.º 1 do art. 30.º da Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro.

igualmente o direito de eleger, pelo menos, um representante para o respectivo órgão de gestão”³⁵⁵.

Ainda num passado não muito longínquo, cabe dizer que a Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto – Lei das Empresas Municipais, Intermunicipais e Regionais – dispunha que os estatutos das referidas empresas deveriam especificar “*a forma de participação efectiva dos trabalhadores na gestão da empresa, nos termos da lei*”³⁵⁶. Posteriormente, porém, a Lei n.º 53.º-F/2006, de 29 de Dezembro – Lei que aprovou o Regime Jurídico do Sector Empresarial Local e revogou a Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto, – sobre a matéria nada dispõe ou consagra.

De outra forma, na Lei n.º 47/99, de 16 de Julho – Diploma que autorizou o Governo a legislar sobre o «Regime Geral das Empresas Públicas e Sector Empresarial do Estado», impunha-se que a nova legislação deveria estabelecer “*as modalidades e condições de participação dos trabalhadores na gestão ou no controlo da actividade das empresas*”³⁵⁷. Certo é que do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro – Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado e das Empresas Públicas – quer na sua redacção original quer nos termos da republicação operada pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto – não se vislumbra uma qualquer referência quanto à participação dos trabalhadores *na gestão* ou no *controlo* das referidas empresas.

Com especial interesse para o tema objecto do presente Congresso, caberá sublinhar que a Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto – Lei que aprovou o “antigo” Código do Trabalho e que, entre outras, revogou a Lei das Comissões de Trabalhadores – passou a dispor que “*as comissões de trabalhadores têm os direitos que lhes são conferidos na Constituição, regulamentados em legislação especial*”³⁵⁸, sendo que nos termos da Lei n.º

³⁵⁵ Cfr. n.º 1 do art. 31.º da Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro.

³⁵⁶ Cfr. al. g) do n.º 1 do art. 6.º da Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto.

³⁵⁷ Cfr. al. g) do art. 3.º da Lei n.º 47/99, de 16 de Junho.

³⁵⁸ Cfr. n.º 1 do art. 466.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

35/2004, de 29 de Julho – Lei que Regulamenta(va) o Código do Trabalho – era consagrado que “*constituem direitos das comissões de trabalhadores, nomeadamente: (...) promover a eleição de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais das entidades públicas empresariais*”³⁵⁹ e, bem assim, que “*nas entidades públicas empresariais, as comissões de trabalhadores promovem a eleição, nos termos dos artigos 332.º a 336.º e do n.º 1 do artigo 337.º, de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais das mesmas*”³⁶⁰.

De momento, à luz da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro – Lei que aprovou o “novo” Código do Trabalho e revogou os dois últimos diplomas referidos anteriormente – encontra-se consagrado que “*a comissão de trabalhadores tem direito, nomeadamente, a promover a eleição de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais das entidades públicas empresariais*”³⁶¹, mais se adiantando que “*o órgão social em causa e o número de representantes dos trabalhadores são regulados nos estatutos da entidade pública empresarial*”³⁶².

Vejamos então, de seguida, mais de perto cada um dos referidos diplomas.

2. Do regime legal e constitucional da participação dos trabalhadores nas empresas do Sector Empresarial do Estado

2.1. O regime da participação dos trabalhadores no âmbito das Bases Gerais das empresas públicas – Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril

³⁵⁹ Cfr. al. f) do n.º 1 do art. 354.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.

³⁶⁰ Cfr. n.º 1 do art. 362.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.

³⁶¹ Cfr. al. f) do n.º 1 do art. 423.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

³⁶² Cfr. n.º 3 do art. 428.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

Como anteriormente se deixou dito, o Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril³⁶³ foi o primeiro diploma a consagrar legalmente o direito de *participação dos trabalhadores* nos órgãos sociais das chamadas «empresas públicas». Do seu preâmbulo podia ler-se que “*em matéria de intervenção dos trabalhadores na vida das empresas públicas, o diploma consagra uma fórmula muito flexível, com o intuito de evitar que a iniciativa dos trabalhadores seja espartilhada por esquemas rígidos e de permitir a adaptação dos estatutos das empresas às soluções que os seus trabalhadores venham a considerar como mais convenientes para a defesa dos seus interesses (...), ao que acresce que outras disposições do diploma impõem a consulta prévia aos representantes dos trabalhadores aquando da elaboração ou alteração dos estatutos das respectivas empresas e da nomeação dos membros do conselho de gerência e, para além disso, prevêm a representação dos trabalhadores no conselho de fiscalização, bem como no conselho geral, quando exista*”. Em sequência, dispunha-se que o órgão *conselho de gerência* seria formado por três a sete membros, de acordo com a natureza e dimensão da empresa, designados pelo Conselho de Ministros sob proposta do Ministro da Tutela e *ouvidos os trabalhadores da empresa*³⁶⁴. Por seu lado, os membros da *comissão de fiscalização* eram nomeados por despacho conjunto dos Ministros das Finanças e da Tutela, por períodos de três anos, renováveis, sendo um deles revisor oficial de contas e o outro *indicado pelos trabalhadores da empresa*³⁶⁵. Mais se consagrava que o *conselho*

³⁶³ Posteriormente, alterado pelo(s) Decreto-Lei n.º 353-A/77, de 29 de Agosto, Decreto-Lei n.º 25/79, de 19 de Fevereiro, Decreto-Lei n.º 76/79, de 7 de Abril, Decreto-Lei n.º 224/79, de 19 de Julho, Decreto-Lei n.º 519-S/79, de 28 de Dezembro, Decreto-Lei n.º 271/80, de 9 de Agosto, Decreto-Lei n.º 29/84, de 20 de Janeiro, pela(s) Lei n.º 16/90, de 20 de Julho, Lei n.º 14/96, de 20 de Abril, e, finalmente, revogado pelo Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro.

³⁶⁴ Cfr. art. 9.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 29/84, de 20 de Janeiro.

³⁶⁵ Cfr. art. 10.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril.

geral seria constituído por representantes dos Ministérios interessados, ***dos trabalhadores da empresa*** e de organismos ou entidades ligados à actividade desenvolvida pela empresa³⁶⁶.

Neste sentido, os trabalhadores das «empresas públicas» – devendo nestas se incluir quer as «empresas nacionalizadas», as «instituições de crédito», as «seguradoras» e, bem assim as «sociedades de capital integralmente público» – teriam o direito de legalmente se fazer representar (participar) quer no *Conselho Geral*, quer na *Comissão de Fiscalização*, devendo ainda ser *ouvidos* no que respeita à nomeação dos membros do *Conselho de Gerência* das respectivas «empresas públicas». De referir que após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, foram muitas as «empresas públicas» que garantiam nos seus estatutos os *direitos de participação* dos trabalhadores nos seus respectivos órgãos sociais³⁶⁷.

2.2. O regime da participação dos trabalhadores no âmbito da Lei das Comissões de Trabalhadores – Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro

Já depois da entrada em vigor da CRP de 1976, seria publicada a Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro – Lei das Comissões de Trabalhadores – destinada a regular a constituição e funcionamento das comissões de trabalhadores e, bem assim, a oferecer a

³⁶⁶ Cfr. n.º 1 do art. 8.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, posteriormente, alterado pelo DL n.º 29/84, de 20 de Janeiro.

³⁶⁷ Cfr., entre outros, os estatutos da RDP E.P. (Decreto-Lei n.º 274/76, de 12 de Abril), da Rodoviária Nacional, E.P. (Decreto-Lei n.º 427-J/76, de 1 de Junho), da TAP E.P. (Decreto-Lei n.º 471-A/76, de 14 de Junho), da Electricidade de Portugal E.P. (Decreto-Lei n.º 502/76, de 30 de Junho), da Empresa Pública Aeroportos e Navegação Aérea (Decreto-Lei n.º 122/77, de 31 de Março), da Empresa Nacional de Urânio, E.P. (Decreto n.º 67/77, de 6 de Maio), da Empresa Pública Química de Portugal (Decreto-Lei n.º 530/77, de 30 de Dezembro), da União Cervejeira e Central de Cervejas (Decreto-Lei n.º 531/77, de 30 de Dezembro), da Empresa de Electricidade da Madeira (Decreto-Lei n.º 30/79, de 24 de Fevereiro).

regulamentação dos direitos reconhecidos pela Lei Fundamental e onde se incluía, com especial interesse, a regulamentação do exercício do direito ao «controlo de gestão»³⁶⁸.

A verdade, porém, é que o legislador ordinário terá aproveitado para incluir na referida lei um “novo” direito às comissões de trabalhadores, nos termos do qual passou a garantir que: “*Nas empresas do sector empresarial do Estado, as comissões de trabalhadores designarão ou promoverão (...) a eleição de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais da respectiva empresa*”³⁶⁹; aditando-se, ainda, que: “*Nas empresas do sector empresarial do Estado, os trabalhadores têm igualmente o direito de eleger, pelo menos, um representante para o respectivo órgão de gestão*” (itálicos e negritos nossos)³⁷⁰.

Ora, de entre as muitas questões que a redacção dos referidos preceitos suscitou, quiçá a mais importante se traduziu na concreta determinação do sentido que a expressão «Sector Empresarial do Estado» apresentava no referido diploma³⁷¹.

³⁶⁸ Constante da al. b) do art. 56.º, na versão de 1976, actual al. b) do n.º 5 do art. 54.º da CRP.

³⁶⁹ Cfr. n.º 1 do art. 30.º da Lei 46/79, de 12 de Setembro.

³⁷⁰ Cfr. n.º 1 do art. 31.º da Lei 46/79, de 12 de Setembro.

³⁷¹ Sobre a expressão «sector empresarial do Estado», em geral, vd. SIMÕES PATRÍCIO, “Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado”, *BMJ* n.º 321, Dezembro, 1982, p. 94; BRITO CORREIA, “A Lei sobre as comissões de trabalhadores”, *ROA*, 1980, p. 165; SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, vol. I, 4.ª ed., Almedina, 1993, p. 187; COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial* vol. I, Almedina, 1998, p. 229, *Da Empresarialidade – As Empresas no Direito*, Almedina, 1996, p. 117 e *Definição de Empresa Pública, Separata do volume XXXIV do Suplemento ao BFDUC*, 1990, p. 174; ARMINDA ANTÓNIO, A SOUSA MOTA, ADRIANO CARVALHO, *O Sector Empresarial do Estado em Portugal e nos Países da CEE*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Lisboa, 1983, p. 54; MANUEL AFONSO VAZ, *Os Caminhos da Privatização da Administração Pública*, STUDIA IURIDICA 60, BFDUC, p. 112; SÉRGIO GONÇALVES DO CABO, *A Fiscalização Financeira do Sector Empresarial do Estado por Tribunais de Contas ou Instituições Equivalentes – Estudo de Direito Português e de Direito Comparado*, Tribunal de Contas, Lisboa, 1993, p. 53 e MARIA JOÃO ESTORNINHO, *A Fuga para o Direito Privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*, Almedina, 1999, p. 56.

A este respeito, desde cedo, a *doutrina* maioritariamente se pronunciou no sentido de que a expressão «sector empresarial do Estado» contida nos arts. 30.º e 31.º da Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro, pretenderia abarcar no seu seio a totalidade de empresas e sociedades, v.g., *empresas públicas, sociedades anónimas de capitais públicos, sociedades de capitais mistos e empresas controladas*³⁷², nas quais o Estado (em sentido amplo – abrangendo, deste modo, os institutos públicos, Regiões Autónomas e Municípios) detivesse uma participação *maioritária* ou *totalitária* que lhes permitisse assegurar o seu *domínio*, independentemente da sua concreta natureza ou forma jurídica³⁷³. De fora da referida expressão ficariam as empresas/sociedades nas quais o Estado e/ou outras entidades públicas não participassem ou que, embora participando, não detivessem a possibilidade real de as controlar, *i.e.*, de assumir o seu domínio.

Adiante-se, porém, que desde muito cedo, de modo diverso se pronunciou a PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA, no PARECER n.º 177/79, de 15 de Novembro – na linha, aliás, daquilo que pouco tempo antes havia sido traçado pela RESOLUÇÃO n.º 315/79, do CONSELHO DE MINISTROS, de 26 de Outubro – e onde fez vencimento a tese segundo a qual para efeitos do disposto nos arts. 30.º e 31.º da Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro, haveria que atender, fundamentalmente, “*à estrutura orgânica, melhor, à forma jurídica da empresa, que não à titularidade do capital social, ou ao modo social de gestão*”; concluindo-se, deste modo, que as empresas do SEE a que

³⁷² Considerando “empresas controladas” como aquelas em que as entidades públicas detenham mais de 50% do capital social, nos termos quer do n.º 1 do Decreto-Lei n.º 285/77, de 13 de Junho, quer dos Despachos Normativos n.ºs 70/77, de 11 de Março e 370/79, de 17 de Dezembro. Já não seriam controladas, as empresas onde só existisse “um mero controlo *de facto*”. Quer isto dizer que o critério de distinção entre “empresa controlada” e “empresa participada” repousava, essencialmente, num critério de percentagem de capital detido pelos entes públicos.

³⁷³ Cfr. a este respeito, JORGE LEITE / COUTINHO DE ALMEIDA, *Colectânea de Leis do Trabalho*, Coimbra Editora, 1985, p. 359; BRITO CORREIA, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, 1993, p. 587. No mesmo sentido se pronunciaram ARMINDA ANTÓNIO, A. SOUSA MOTA, ROCHA CARVALHO, *O Sector Empresarial do Estado...*, cit., p. 53 e SIMÕES PATRÍCIO, *Regime Jurídico do SEE...*, cit., p. 81.

se referem o n.º 1 do art. 30.º e art. 31.º *seriam apenas as empresas públicas*³⁷⁴. A isto se acrescentou que os referidos preceitos necessitariam (ainda) de ser *regulamentados* por diploma próprio o que, não se verificando, levaria a que os mesmos não pudessem produzir quaisquer efeitos...

E a verdade é que, bem ou mal, foi com base nestes dois fundamentos que se conseguiu fazer com que dezenas de representantes eleitos pelos trabalhadores não pudessem ter sido investidos nos órgãos sociais das empresas pertencentes ao sector empresarial do Estado para os quais haviam sido regularmente eleitos e/ou designados.

Não obstante a justeza e/ou validade dos argumentos *supra* invocados – com vista a travar e impossibilitar o exercício do direito de participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas pertencentes ao Estado – certo é que, ao tempo, à luz da Lei das Comissões de Trabalhadores – Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro –, aos trabalhadores era garantido o direito de estar representados e, bem assim de *participar*, mediante representantes por si eleitos e/ou designados, em *todos* os órgãos sociais de *todas* as empresas, desde que as mesmas fizessem parte do denominado «Sector Empresarial do Estado», *maxime* devendo eleger, pelo menos, *um* representante para o *órgão de gestão* daquelas mesmas empresas³⁷⁵.

Isto dito, e apontadas as primeiras dificuldades, vejamos o que se modificou com o Processo da primeira Revisão Constitucional, operado pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro.

³⁷⁴ Cfr. PARECER DA PGR N.º 177/79, de 15 de Novembro, *in*: *BMJ*, n.º 295, p. 105 ss.

³⁷⁵ Neste mesmo sentido, dispunham, entre outros, os estatutos da Radiotelevisão Portuguesa, E.P. (Decreto-Lei n.º 321/80, de 22 de Agosto); Serviço Açoriano de Transportes Aéreos, (SATA E.P.) (Decreto-Lei n.º 490/80, de 17 de Outubro); Fábrica de Tabaco Micaelense, Empresa Pública Regional (Decreto Regulamentar Regional n.º 29/81/A, de 5 de Maio de 1981); Empresa Pública das Águas Livres, EPAL E.P. (Decreto-Lei n.º 190/81, de 4 de Julho); Serviço Açoriano de Lotas, Lotaçor, E.P. (Decreto Regulamentar Regional n.º 50/81/A); Imprensa Nacional Casa da Moeda E.P. (Decreto-Lei n.º 333/81, de 7 de Dezembro).

3. O Processo de Revisão Constitucional de 1982

3.1. Consagração jurídico-constitucional do direito de participação dos trabalhadores nos órgãos sociais de empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas

É sabido que a revisão operada em 1982, embora bastante extensa³⁷⁶ e, em alguns domínios, profunda, não implicou, todavia, uma lesão na essência nem rompeu com a ordem constitucional constante do texto originário, antes a *flexibilizou* em sentido mais aberto e liberal³⁷⁷. Constitui igualmente lugar comum afirmar-se que com a mesma se iniciou um “processo de neutralização ideológica”³⁷⁸, tendo-se reduzindo-se a manifesta componente *ideológico-programática* de termos e expressões que caracterizavam a versão originária da CRP de 1976 (v.g., «socialismo», «sociedade socialista», «revolução», «classes trabalhadoras» «poder democrático das classes trabalhadoras», etc.). Por outro lado, o processo de revisão foi ainda acompanhado de uma significativa diminuição de algumas *directrizes programáticas* igualmente *ideologicamente marcadas* (v.g., os primitivos arts. 2.º, 50.º, 80.º e 274.º, da CRP de 1976), substituídos pela introdução de novos conceitos (v.g., «democracia económica, social, e cultural», «democracia participativa»).

Ora, de entre as várias modificações/alterações constitucionais operadas, tão só destacaremos aquela que maior significado reveste

³⁷⁶ Neste sentido, por todos e, em especial, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. I, Coimbra Editora, 1982, p. 339.

³⁷⁷ Assim, SOUSA FRANCO / D'OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição Económica Portuguesa – Ensaio Interpretativo*, Almedina, 1993, p. 145.

³⁷⁸ Ou de uma certa “*desideologização*”, isto é, a atenuação, eliminação ou diminuição dos conceitos que eram meras cláusulas de proclamação ideológica; e uma substituição ou atenuação dos preceitos inspirados claramente pela ideologia marxista (*desmarxização*), como lhe preferem chamar SOUSA FRANCO / D'OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição Económica...*, cit., p. 145. JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., vol. I, p. 339, fala de “eliminação quase completa das marcas ou expressões ideológico-conjunturais vindas de 1975 e, em particular, a supressão das referências ao socialismo em todos os artigos”.

para o correcto desenvolvimento do presente trabalho: o reconhecimento a nível constitucional³⁷⁹, do direito anteriormente conferido pela Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro, de as comissões de trabalhadores «*promoverem a eleição de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais de empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas, nos termos da lei*», tal qual passou a dispor a al. f), do art. 55.º da CRP, na versão de 1982³⁸⁰, acrescendo, deste modo, ao direito ao exercício do *controlo de gestão*³⁸¹. Vejamos mais detalhadamente.

³⁷⁹ Nas palavras do, ao tempo, deputado VITAL MOREIRA, DAR, II Série, 2º Supl. ao n.º 12, de 11 de Novembro de 1982, p. 204 “entendeu-se ser vantajoso ou, pelo menos, não ser desvantajoso constitucionalizar explicitamente um direito que já fazia parte da Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro”.

³⁸⁰ A título de direito comparado, recorde-se que ainda antes da publicação da CRP de 1976, já o preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, fazia referência à “participação dos trabalhadores na gestão das empresas” ao dispor que: “*todo o trabalhador participa, por meio dos seus delegados, na determinação colectiva das condições de trabalho assim como na gestão das empresas*”. Também a Constituição Italiana de 1948, dispunha no seu art. 46.º que “*Ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro e in armonia con le esigenze della produzione, la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende*”. No Brasil, o direito de participação dos trabalhadores na gestão das empresas foi consagrado pela primeira vez na Constituição de 1967, pelo art. 158.º, item V, situado no título 111 da Ordem Económica e Social, determinando que: “*a integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos*”. A actual Constituição Brasileira, de 1988, consagra igualmente tal participação no art. 7.º, item XI, assegurando aos trabalhadores urbanos e rurais a possibilidade de “*participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração e, excepcionalmente, participação na gestão na empresa, conforme definido em lei*”. Em Espanha, o n.º 2 do art. 129.º da Constituição, de 27 de Dezembro de 1978, ainda hoje dispõe que “*los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa*”.

³⁸¹ Conforme referem GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, 2.ª ed., Coimbra Editora, p. 301, “o controlo de gestão é, por assim dizer, “externo” aos órgãos de gestão, coexiste (desde a sua consagração na Lei da Comissão de Trabalhadores) com uma participação na própria gestão, que tanto pode assumir a figura da co-gestão, como a de uma espécie de controlo de gestão “interno”, feito por dentro tudo dependente do número e do estatuto dos representantes dos trabalhadores, da relação destes com a comissão de trabalhadores e do próprio papel e função do sector público da economia”.

3.2. Âmbito subjectivo de aplicação da al. f) do art. 55.º da CRP

De entre as várias questões que a introdução do novo preceito colocou, é tão só nossa pretensão determinar quais as concretas «entidades empresariais» que ao tempo – e ainda hoje – se enquadram na sua concreta previsão normativa. Neste sentido, importará, determinar que sentido deverá ser atribuído à expressão «*empresas pertencentes ao Estado e a outras entidades públicas*». A este concreto respeito, desde cedo a doutrina económica e constitucional se mostrou **unânime** em aceitar que o direito de promover eleições para os órgãos sociais, constante da al. f) do art. 55.º da CRP (versão de 1982), se aplica a *todas* as empresas pertencentes ao Estado e demais entidades públicas (v.g., Regiões Autónomas, Municípios, etc.) qualquer que seja o seu concreto estatuto ou forma jurídica (v.g., empresa pública propriamente dita, sociedade de capitais públicos, etc.)³⁸².

³⁸² Cfr. neste sentido, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *CRP Anotada...*, 2.ª ed., cit., p. 302; JORGE LEITE / COUTINHO DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 359; MÁRIO RAPOSO, “Sobre a intervenção dos trabalhadores nos órgãos sociais de sociedades de capital maioritariamente públicos”, *RMP*, n.º 49, ano 13, 1992, p. 105; COUTINHO DE ABREU, *Da Empresariedade...*, cit., p. 160. Mais recentemente, vd., JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 529 e tomo II (2006), p. 128 e PAULO OTERO (Coord.), *Comentário à Constituição da República Portuguesa*, Almedina, 2008, p. 471.

Ademais, a posição da doutrina exposta em texto poderá ser totalmente confirmada pelas declarações proferidas pelo deputado NUNES DE ALMEIDA (PS) (*in*: DAR II Série – Suplemento ao n.º 12, p. 204) segundo o qual, *in tempo* e *in loco*, aquando da discussão dos vários Projectos de Revisão Constitucional de 1982, sublinhou que: “(...) quando se refere que a FRS propõe o aditamento de uma alínea respeitante à eleição de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais de empresas, não se trata de empresas públicas, como aí vem, por lapso, referido, mas sim de **todas** as empresas do sector empresarial do Estado, que é mais vasto”.

Adiante-se, ainda, que a respeito do correcto sentido a atribuir à expressão «*entidades públicas*» (ainda que para efeitos de interpretação do n.º 2 do art. 48.º do Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril), entendeu o TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, no Ac. n.º 1206/96, de 27 de Novembro, que “parece decorrer da mesma noção, no seu inciso final, que o respectivo critério delimitador não será de carácter estritamente “jurídico”

De seguida, vejamos então qual é o alcance objectivo do referido preceito, qual a sua estatuição ou efeitos jurídicos e o modo como os mesmos se produzem.

3.3. Âmbito objectivo de aplicação da al. f) do art. 55.º da CRP

Nesta perspectiva, deveremos começar por averiguar da sua possível natureza de *direito fundamental* para, posteriormente, se determinar se estamos perante um preceito constitucional de *aplicação directa* às relações jurídicas abrangidas na sua previsão e, como tal, se os seus efeitos normativos se produzem independentemente de mediação pelo legislador ordinário; ou se, antes, estamos perante uma norma que só valerá juridicamente na medida da sua *concretização* ou *desenvolvimento* por meio de normas de carácter *infra-constitucional*, designadamente. E a dúvida colocava-se, desde logo, porque não resultava claro, entre os nossos constitucionalistas, qual a concreta natureza da al. f) do art. 55.º da CRP (versão de 1982), tendo ao longo dos tempos sido avançadas várias “teses”: ora propagando tratar-se de uma «*garantia institucional*»³⁸³, ora de um «*direito institucional*»³⁸⁴, ora acolhendo-o enquanto verdadeiro «*direito fundamental*»³⁸⁵ que

– o de tratar-se de uma “pessoa colectiva de direito público” – mas “económico”: assim, ainda aí caberão, não só as “empresas públicas”, *stricto sensu* (mesmo quando não recebam a qualificação legal de “pessoas colectivas de direito público”, ou quando esta qualificação não seja correcta), mas também as próprias “sociedades de capitais públicos (...)”. Ou seja: como tais (“entidades públicas”) deverão considerar-se, não apenas o Estado e as demais pessoas colectivas de direito público (os chamados “entes públicos menores”), mas ainda as empresas públicas, as sociedades de capital público e as próprias sociedades de economia mista com maioria de capital público”.

³⁸³ Cfr. neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Almedina, 1983, p. 78, e 3.ª ed. (2004), p. 145.

³⁸⁴ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual...*, vol. IV, cit., p. 74.

³⁸⁵ Cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, 1.ª ed., cit., p. 75; JOÃO CAUPERS, “Direitos dos Trabalhadores em Geral e de Negociação Colectiva em

comunga do regime dos «*direitos, liberdades e garantias*». Diga-se, aliás, que tem sido esta última a solução mais seguida pela nossa mais alta *jurisprudência* tendo, inclusive, já sido reconhecida pelo TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, em pelo menos três arestos: no AC. N.º 117/86, de 9 de Abril³⁸⁶, no AC. N.º 218/89, de 14 de Fevereiro³⁸⁷ e, mais recentemente, no AC. N.º 47/2006, de 17 de Janeiro³⁸⁸.

Da nossa parte, e abreviando razões que um texto deste teor não permite desenvolver, temos como melhor solução a que qualifica a al. f) do art. 55.º da CRP (actual al. f) do n.º 5 do art. 54.º da CRP) como sendo um verdadeiro direito de cariz *fundamental*, o que julgamos sair reforçado se o preceito for dividindo em três segmentos: (i) *uma norma de reconhecimento de um direito*, porquanto o preceito reconhece de modo explícito às comissões de trabalhadores o *direito de promoção de eleição* de representantes dos trabalhadores, com vista à participação daqueles nos órgãos sociais das empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas; (ii) *uma norma de atribuição de uma competência*, visto não ser a comissão de trabalhadores quem designa ou nomeia os representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais das respectivas empresas, muito menos, é ela mesma que se faz representar. A comissão de trabalhadores *promove*, tão só, *a eleição feita pelos próprios trabalhadores*, sendo os representantes eleitos os representantes de todos os trabalhadores e não da respectiva comissão³⁸⁹; (iii) *uma*

Especial”, *Nos dez anos da Constituição*, JORGE MIRANDA (org.), INCM, 1986, p. 41 a 44, e em *Os Direitos Fundamentais e a Constituição*, Almedina, 1985, p. 108, 122 e 136; M. R. PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Almedina, 1990, p. 985 e JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Estudos sobre o Código do Trabalho – Parecer sobre o Anteprojecto de Código do Trabalho*, Coimbra Editora, 2004, p. 23.

³⁸⁶ In: DR, I Série, n.º 114, de 19 de Maio de 1986, p. 1182 a 1190

³⁸⁷ In: DR, I Série, n.º 57, de 9 de Março de 1989, p. 1062 a 1066.

³⁸⁸ Disponível para consulta em

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060047>.

³⁸⁹ No mesmo sentido, vd. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, cit., 2ª ed., p. 301. Também ANTÓNIO NADAIS / ANTÓNIO VITORINO / VITALINO CANAS, *Constituição da República Portuguesa – Texto e comentários à Lei Constitucional 1/82, reimp.*, AAFDL, 1983, p. 26, referem que “do arquétipo constitucional se pode

norma de garantia de um direito, porquanto é a própria Constituição quem remete para uma lei, *maxime* “*nos termos da lei*”, a concreta regulamentação do exercício de tal direito.

Ora, a aceitação deste último elemento, ou melhor, a necessidade de se concretizar “*nos termos da lei*” o *direito de participação*, oferece-nos a resposta à questão anteriormente formulada: estamos perante uma norma constitucional que, apesar de *perceptiva*, não é *exequível por si mesma*, porquanto não se mostra apta a regular *de per si* as situações que se desenvolvem ao seu abrigo, necessitando de uma *intervenção legislativa* que a concretize. O mesmo é dizer que os seus efeitos normativos tão só se produzem na medida da sua *concretização* ou *desenvolvimento* por meio de normas de carácter *infra-constitucional*, designadamente³⁹⁰. Trata-se, tudo somado, de um *direito* que se acha colocado sob expressa *reserva de lei* ou de uma *tarefa de legislação*³⁹¹.

Antes de se avançar, não deixe, todavia, de se sublinhar dois outros pontos que nos parecem de especial importância: o primeiro, para dizer que o facto de a Lei Fundamental remeter para «uma lei»,

concluir desde já que tais representantes não decorrem de uma designação orgânica das comissões de trabalhadores, cabendo a estas tão só a promoção do respectivo processo de eleição pelo conjunto dos trabalhadores, previsivelmente por sufrágio directo e universal”. Mais sugestivamente ainda, referem ISALTINO MORAIS / M. FERREIRA DE ALMEIDA / R. LEITE PINTO, *Constituição da República Portuguesa Anotada e Comentada*, Lisboa, 1983, p. 112, que “o quadro definido pelo art. 55.º, indicia que as comissões de trabalhadores não participam directamente no exercício de gestão e o seu controlo pressupõe a diferenciação entre as estruturas gestionárias da empresa por um lado e as estruturas representativas dos trabalhadores por outro. Logo, o processo de eleição a que a actual al. f) se refere não deve significar a participação directa na gestão por parte das Comissões de Trabalhadores, nos órgãos sociais das empresas, o que pressupõe que a estas cabe, somente, a iniciativa de escolha que deve incidir sobre o colectivo de trabalhadores de cada empresa”.

³⁹⁰ Sobre classificação de disposições constitucionais, com amplas remissões bibliográficas vd. entre outros, JORGE MIRANDA, *Manual...*, vol. II, cit., p. 238 ss.

³⁹¹ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª ed., Almedina, 2002, p. 1265. Sublinhe-se, no entanto, que o A. distingue entre “conformação, para designar a «intervenção legislativa» no campo de direitos fundamentais carecidos de regulação, e concretização, para qualificar a mediação legislativa no âmbito de direitos que dela não necessitam”.

significa que *explicitamente* está a ordenar ao legislador ordinário que *garanta* efectivamente aquele mesmo direito de eleição e, bem assim, de participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas³⁹². Nesta situação, estará, então, seguramente vedado ao legislador ordinário a possibilidade de *não garantir* ou de *criar obstáculos* desnecessários ou desproporcionados ao exercício do direito³⁹³. Em segundo lugar, estamos em crer ser duvidoso que a referida injunção constitucional se baste com uma qualquer concretização a operar por via ordinária. Pelo contrário, com tal remissão julgamos que se estará a vincular o legislador ordinário em termos específicos e singulares, *i.e.*, mandatando-o para a criação de uma disciplina legal que permita que o direito de promoção de eleição de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais das empresas pertencentes ao «sector empresarial do Estado» possa ser eficazmente exercitável. Assim, estará, deste modo, afastando qualquer hipótese de um qualquer vazio legislativo a este concreto respeito³⁹⁴.

E aqui chegados, a questão que imediatamente se coloca consistirá em determinar se o referido preceito constitucional se encontra já concretizado a nível da legislação ordinária de forma a permitir a sua aplicação às hipóteses que se subsumam na sua concreta previsão normativa. Para o efeito, julgamos imprescindível a

³⁹² No mesmo sentido, entendendo até que a incumbência de leis de garantia do exercício de direitos fundamentais não precisa sequer de ser expressa, bastando, naturalmente, o próprio contexto e conteúdo do direito fundamental, e qualificando o art. 54.º n.º 5 (antigo art. 55.º, na versão da CRP de 1982) enquanto norma de garantia dos direitos das comissões de trabalhadores, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, 3.ª ed., cit., p. 150.

³⁹³ Neste sentido, vd. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, 3.ª ed., cit., p. 297.

³⁹⁴ Na verdade, poderá ser-se levado a crer que a Constituição ao proclamar o direito de promoção de eleição de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais das empresas, «nos termos da lei», estará a abrir portas a alguns equívocos, *v.g.*, sugerir que o direito de participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas será uma espécie de molde vazio que o legislador ordinário, a seu bel-prazer, e a todo o momento, caberia conformar, de tal modo, que, tal direito fosse aquilo que, a todo o tempo, o legislador ordinário quisesse.

convocação do disposto, ao tempo, nas Bases Gerais das Empresas Públicas, bem como na Lei das Comissões de Trabalhadores. Vejamos.

3.4. Concretização legislativa da al. f) do art. 55.º da CRP pelo Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril e pela Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro

Dissemos anteriormente o que Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril – diploma que continha as Bases Gerais das Empresas Públicas – consagrava *expressamente* a participação dos trabalhadores nos órgãos sociais daquele tipo de empresas. Igualmente deixamos dito que os arts. 30.º e 31.º da Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro, tratavam *grosso modo* da participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas do sector empresarial do Estado, remetendo para os concretos estatutos das empresas o *número de trabalhadores a eleger* e o *órgão social* onde tal representação teria lugar. A ser assim, poderemos silogisticamente ser levados a concluir que, quer o Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril, quer a Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro, de certa forma, se mostram aptos a oferecer a *concretização* normativa reclamada pela Constituição devendo, pois, ser em obediência ao seu respectivo conteúdo, bem como ao disposto nos concretos estatutos das empresas que dão corpo ao «Sector Empresarial do Estado» que devemos buscar a *complementaridade* necessária para tornar *exequível* a al. f) do art. 55.º da CRP (versão de 1982). Adiante-se, aliás, que tem sido esta a solução mais adoptada quer pela *doutrina*³⁹⁵ como pela *jurisprudência*³⁹⁶ portuguesas.

³⁹⁵ Neste sentido, fazendo especial alusão aos arts. 30.º e 31.º da Lei das Comissões de Trabalhadores, vd. entre outros, SOUSA FRANCO, *A revisão da Constituição Económica...*, cit., p. 657; MÁRIO RAPOSO, “*Sobre a intervenção dos trabalhadores...*”, cit., p. 98 e 99 e COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade...*, cit., p. 160 e, mais recentemente, em “Sociedade Anónima, a sedutora – [Hospitais S.A., Portugal S.A.]”, *Miscelâneas*, n.º 1, IDET, 2003, p. 35 e em “Privatização de Empresas Públicas e Empresarialização Pública”, *Miscelâneas*, n.º 3, IDET, 2004, p. 72.

³⁹⁶ Cfr. PARECER DA PGR N.º 108/85, de 23 de Outubro de 1986, in: *BMJ* n.º 363, Fevereiro de 1987, p. 70 ss, de onde se pode ler que “é de atentar, que o art. 55.º da lei fundamental, ao nobilitar um elenco de direitos das comissões de trabalhadores, já

E a ser assim, dúvidas não restam para podermos concluir que não obstante a al. f) do art. 55.º da CRP (versão de 1982) jurídico-constitucionalmente se qualificar como sendo uma norma *preceptiva e não exequível por si mesma*, a sua concreta concretização legiferante encontrava-se satisfeita – já a este tempo – quer pelo disposto no Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril – Lei de Bases das Empresas Públicas – quer pelo disposto na Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro – Lei das Comissões de Trabalhadores.

Isto concluído, vejamos, então, de seguida que contributos a segunda Revisão Constitucional, operada em 1989, trouxe para o tema objecto da nossa atenção.

4. O Processo de Revisão Constitucional de 1989

O processo de segunda revisão constitucional de 1989, mais profundo do que o levado a cabo em 1982, procedeu a importantes

reconhecidos na lei ordinária, remeteu a estatuição substantiva e respectiva regulamentação para a lei ordinária” e, como tal, a remissão deve considerar-se feita para a Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro, visto à data já estar a mesma há muito em vigor”. De igual modo, na RECOMENDAÇÃO N.º 2/B/00, do PROVIDOR DE JUSTIÇA, debruçando-se sobre os concretos estatutos da REFER E.P., aprovados pelo Decreto-Lei n.º 104/97, de 29 de Abril, entendeu-se que o facto de aqueles “não preverem a designação de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais da mesma, violava o preceituado no art. 54.º, 5.ª f) da Constituição”, considerando igualmente que “os art.º 30.º e 31.º da Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro, conferiam a suficiente exequibilidade à referida norma constitucional, cabendo, assim, aos referidos estatutos concretizar essa designação de representantes”, e recomendando que os mesmos “fossem alterados no sentido de incluir as disposições necessárias ao pleno exercício do *direito fundamental* previsto no art. 54.º, 5.ª f) da Constituição, nos termos regulados nos arts.º 30.º e 31.º da Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro. Mais decisivamente ainda, no Acórdão do TRIBUNAL CONSTITUCIONAL n.º 415/89, de 14 de Junho, cit., pág. 9251, afirma-se claramente que “(...) o direito consagrado no art. 55.º, alínea f), tem de ser regulado por lei, designadamente para o efeito de determinar quais os órgãos sociais efectivamente abrangidos e qual o número de representantes dos trabalhadores a eleger, sendo certo que (...) *tal lei já existia – artigos 30.º e 31.º da citada Lei n.º 46/79*”.

modificações na chamada “constituição económica”³⁹⁷. Pela sua importância, e à semelhança do que fizemos anteriormente, tão só destacaremos a alteração que maior significado revestiu para o presente trabalho, e que se traduziu na nova redacção conferida ao art. 90.º da CRP (que corresponde, *grosso modo*, ao disposto no n.º 3 do pretérito art. 89.º, com a redacção que lhe havia sido introduzida pela revisão de 1982).

Em concreto, no lugar de se dizer que “*as unidades de produção pertencentes ao Estado e a outras pessoas colectivas públicas devem evoluir para formas de gestão que assegurem uma participação crescente dos trabalhadores*”, o novo preceito passou a dispor que “*nas unidades de produção do sector público é assegurada uma participação efectiva dos trabalhadores na respectiva gestão*”³⁹⁸.

Com tal alteração, tornou-se claro que a *participação dos trabalhadores na gestão* das unidades de produção do Estado, enquanto concretização do princípio fundamental de *organização económico-social* (cfr. al g) do art. 80.º da CRP) constitui igualmente uma manifestação da *democracia participativa* e do próprio *Estado de Direito democrático*³⁹⁹. Neste sentido, a *participação dos trabalhadores* nos órgãos sociais das empresas pertencentes ao Estado

³⁹⁷ «Constituição económica», entendida em sentido amplo, enquanto conjunto de princípios e normas sobre a organização e disciplina social da actividade económica. Sobre o conceito de «constituição económica», vd. SOUSA FRANCO / OLIVEIRA MARTINS, *A Constituição Económica Portuguesa – Ensaio Interpretativo*, cit., p. 11 e ss. Ainda sobre o conceito de «Constituição Económica», vd. VITAL MOREIRA, *Economia e Constituição*, 2.ª ed., Coimbra, 1979, p. 9 ss.

³⁹⁸ No campo do Direito Administrativo, VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, 1997, p. 160 e 161, considera que tal «participação dos trabalhadores na gestão das empresas» constitui uma forma de “descentralização democrática”, entendida enquanto “formas de intervenção dos interessados na direcção de serviços administrativos autonomizados em relação ao Estado”.

³⁹⁹ Isto mesmo foi sublinhado pelo TRIBUNAL CONSTITUCIONAL no Ac. n.º 117/86, de 9 de Abril, *cit*.

constitui um verdadeiro *direito fundamental* e não de qualquer outro tipo⁴⁰⁰.

De seguida, dediquemos a nossa atenção ao âmbito subjectivo e objectivo do “novo” preceito.

4.1. Âmbito subjectivo de aplicação do art. 90.º (versão da CRP de 1989)

No que ao âmbito subjectivo diz respeito, importa começar por dizer que se trata de um *direito* atribuído directamente aos *trabalhadores* e já não às comissões de trabalhadores, tal qual vimos valer na al. f) do art. 55.º da CRP (redacção de 1982). É ainda frequente considerar-se o art. 90.º como sendo uma *concretização* do direito constante do art. 55.º (redacção de 1982)⁴⁰¹.

Por outro lado, a doutrina constitucionalista tem sido unânime em considerar que o preceito abarca *todas as unidades de produção do sector público*, em geral, seja *estadual, regional* ou *autárquico*, sendo irrelevante a forma ou o estatuto com que as mesmas se apresentam (v.g., empresa pública *stricto sensu*, sociedade de capitais públicos)⁴⁰²,

⁴⁰⁰ Assim, PAULO OTERO (Coord.) – RUI GUERRA DA FONSECA –, *Comentário à Constituição da República Portuguesa...*, cit., p. 468. Em sentido nem todo coincidente, no entender de JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada...*, cit., tomo II, p. 145, o direito dos trabalhadores à participação efectiva na gestão das unidades de produção do sector público é um *direito fundamental de natureza análoga*, aos demais «direitos, liberdades e garantias». Para JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, Almedina, 2005, p. 1060 e 1067 trata-se de um «direito fundamental típico não enumerado», isto é, de um tipo de direito ainda assim positivado no texto constitucional documental, mas que por razões várias se localiza fora da arrumação sistemática dos títulos II e III da Parte I da CRP.

⁴⁰¹ Neste sentido, cfr. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, 3.ª ed., cit., p. 297 e JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *ob. cit.*, tomo I, p. 529 e tomo II, p. 127. Na jurisprudência vd. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL N.º 415/89, de 15 de Junho, cit.

⁴⁰² Assim, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, 3.ª ed., cit., p. 426 e JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, cit., p. 128. Mais recentemente, no mesmo sentido, vd., PAULO OTERO (Coord.) – RUI

somente deixando de fora o «sector público administrativo» *i.e.*, todos os serviços que, embora pertencentes ao sector público, não sejam «unidades de produção»⁴⁰³.

4.2. Âmbito objectivo de aplicação do art. 90.º (versão da CRP de 1989)

No que a este outro importante aspecto diz respeito, tendo desde logo em conta a sua concreta localização sistemática (Parte II – Organização Económica), será pacífico afirmar estar-se perante um preceito que só terá *exequibilidade* na medida da sua posterior *concretização* ou *desenvolvimento* por normas *infra-constitucionais*, designadamente. Neste sentido, a forma concreta de operar a *participação na gestão* depende naturalmente *da lei*, sendo que esta não pode deixar de proporcionar uma *participação* que não se revele *efectiva* dos trabalhadores na gestão das referidas empresas/sociedades⁴⁰⁴.

Deste modo, a *participação na gestão* implica, inevitavelmente, a *intervenção dos trabalhadores* nos processos de tomada de decisão do órgão decisor o que, por sua vez, obriga *necessariamente* à presença de representantes daqueles no seio dos próprios órgãos de gestão (conselhos de administração) das unidades de produção do sector público o que não se compadece, *v.g.*, com uma

GUERRA DA FONSECA –, *Comentário à Constituição...*, cit., p. 472, sublinhando o Autor que “estão hoje definitivamente afastadas dúvidas quanto à aplicabilidade de preceito às sociedades de capitais públicos e mistos”.

⁴⁰³ No mesmo sentido, PAULO OTERO (Coord.) – RUI GUERRA DA FONSECA –, *Comentário à Constituição...*, cit., p. 477. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, 3.ª ed., cit., p. 426, vão um pouco mais longe e sufragam que a norma respeita a todas as unidades de produção do sector público, incluindo estabelecimentos públicos empresariais sob forma administrativa.

⁴⁰⁴ Cfr. neste sentido, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, 4.ª ed., cit., p. 1029.

mera representação sem direito de voto⁴⁰⁵. O mesmo é dizer que a *participação* para ser *efectiva* – e o ser efectivamente – há-de ter lugar pela titularidade de mandato de representantes dos trabalhadores no órgão de gestão ou administração, não bastando, por exemplo, a sua presença no órgão de fiscalização⁴⁰⁶.

De onde, também aqui, se conclui que o legislador está vinculado ao estabelecimento de formas e mecanismos adequados a dar implementação ao disposto no art. 90.º da CRP (versão de 1989), em dois momentos: *i*) quando estabeleça normas gerais respeitantes ao estatuto das empresas do sector público ou à posição dos trabalhadores no seu âmbito; *ii*) quando aprove estatutos de empresas de capitais públicos através de acto de natureza legislativa⁴⁰⁷.

Questão pertinente é saber se tais imposições têm sido integralmente cumpridas. Vejamos.

5. Ulteriores Processos de Revisão Constitucional

A mero título complementar, poderá, ainda, referir-se que a Constituição da República Portuguesa, para o que nos importa,

⁴⁰⁵ Isto mesmo é sublinhado por PAULO OTERO (Coord.) *Comentário à Constituição...*, cit., p. 469.

⁴⁰⁶ Assim, PAULO OTERO (Coord.) – RUI GUERRA DA FONSECA –, *Comentário à Constituição...*, cit., p. 471. Na feliz síntese de JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, cit., p. 126, poderá dizer-se que a Constituição *não se basta* com a consagração de um sistema legal em que as decisões empresariais públicas, se bem que sujeitas ao controlo das comissões de trabalhadores, sejam única e exclusivamente tomadas pelo empresário público. Pelo contrário, ao referir-se à *participação efectiva no exercício de gestão*, a Constituição aponta para um papel *mais interventivo* por parte dos elementos designados pelos trabalhadores, que, assim, são chamados a *integrar os próprios órgãos de decisão da empresa*. No mesmo sentido, já anteriormente GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, 3.ª ed., cit., p. 426, admitiam que a participação dos trabalhadores na gestão das unidades do sector público “pressupõe necessariamente a presença de representantes dos trabalhadores nos próprios órgãos de gestão e não apenas nos órgãos de fiscalização da empresa, configurando uma forma de cogestão”.

⁴⁰⁷ Neste mesmo sentido, vd. PAULO OTERO (Coord.) – RUI GUERRA DA FONSECA –, *Comentário à Constituição...*, cit., p. 472.

sofreu posteriormente outros Processos com vista à sua revisão. De entre eles, recorde-se que, em 1997, no Projecto de Revisão Constitucional apresentado pelo PSD e pelo PP, era sugerido a eliminação do art. 90.º da CRP. Posteriormente, em 2004, o PSD voltaria a propor a eliminação quer da al. b) (controlo de gestão), quer da al. f) (promoção de eleição de representantes dos trabalhadores), do n.º 5 do art. 54.º da CRP⁴⁰⁸. Acontece, porém, que em ambos os casos tais propostas não conseguiram obter a maioria de dois terços necessária para a sua alteração, pelo que o conteúdo de ambos os preceitos permanece inalterado, até aos dias de hoje, com excepção da concreta numeração do art. 90.º que, depois da Revisão de 1989, passou a corresponder ao art. 89.º da CRP.

Aqui chegados, se um simples juízo conclusivo é possível retirar de todo este desenvolvimento constitucional, será o de que as sucessivas revisões constitucionais determinaram uma substancial alteração do sentido e alcance dos preceitos relativos aos direitos reconhecidos quer aos trabalhadores quer às suas respectivas comissões de trabalhadores e, em especial, no que se refere ao exercício do direito ao *controlo de gestão* e, bem assim, ao direito de

⁴⁰⁸ Da proposta, justificada pelo deputado JOSÉ FRANCISCO MARTINS (PSD), DAR n.º 9, de 16 de Abril de 2004, p. 278, podia ler-se que: “(...) não negamos a importância das comissões de trabalhadores e o que elas representam enquanto órgão representativo dos trabalhadores, mas formulamos alterações subjacentes à ideia de que se deve evidenciar, isso sim, e cada vez mais, os direitos de participação e de consulta na vida da empresa, através das comissões de trabalhadores, em detrimento do que consideramos serem normas que não têm sentido no actual quadro de relações de trabalho. É esse motivo que nos leva a propor a eliminação das alíneas b) e f) do n.º 5 deste artigo 54.º, bem como o n.º 3 do art. 56.º e do próprio artigo 89.º. Entendemos que, no actual quadro de relações de trabalho na empresa, estas normas não têm sentido. Pugnamos, isso sim, pela defesa dos direitos efectivos e reais, mas não pelos direitos que, ao fim e ao cabo – quem conhece o dia-a-dia das empresas e aquele que é o papel desempenhado pelos trabalhadores que integram as comissões de trabalhadores sabe que é assim – são direitos não exequíveis, sem expressão no dia-a-dia e, por conseguinte, não vemos que se possa justificar a tutela constitucional. Sublinhamos, uma vez mais, que entendemos que aqui se devem acentuar os direitos de informação, os direitos à participação e consulta, com isso fomentando e apostando seriamente no diálogo social dentro das empresas”.

participação dos trabalhadores na vida e decisões das empresas. Certo é que, como de seguida melhor veremos, todo este crescimento legislativo consagrador, a nosso ver, de uma cada vez maior e mais *efectiva* participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas iria – se é que algum dia deixou de estar (?) – entrar em crise! Voltemos aos anos oitenta e vejamos o que se seguiu.

6. O início da crise: a “extinção” da participação dos trabalhadores

No final da década de oitenta, sobretudo após a eliminação do princípio da «irreversibilidade das nacionalizações», operado pela Revisão de 1989, assistiu-se em Portugal a um intenso movimento de «privatização»⁴⁰⁹ ou «reprivatização»⁴¹⁰ dos meios de produção integrados no sector público empresarial, assistindo-se à *transformação* em massa de empresas e estabelecimentos públicos em sociedades comerciais, *maxime* em sociedades anónimas de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos⁴¹¹.

⁴⁰⁹ Sobre a expressão «privatização», vd., PAULO OTERO, *Privatizações, Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Sector Público*, Coimbra Editora, 1999, p. 11 ss, *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, 1998, p. 24, e SOUSA FRANCO, Prefácio a “*A Fiscalização Financeira do Sector empresarial do Estado por Tribunais de Contas ou Instituições Equivalentes – Estudo de Direito Português e de Direito Comparado*”, CABO, SÉRGIO GONÇALVES DO, Lisboa, 1993, p. 15 a 17.

⁴¹⁰ Conforme é posto em destaque por PAULO OTERO, *Privatizações Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Sector Público...*, cit., p. 24, haverá «reprivatização» “quando o capital social, apesar de se encontrar na esfera jurídica pública, já permaneceu anteriormente a entidades privadas”.

⁴¹¹ Sobre a possibilidade de transformação de empresas públicas em sociedades anónimas ainda antes da Lei n.º 84/88, de 20 de Julho, vd. JORGE MIRANDA / VASCO PEREIRA DA SILVA, “*Problemas Constitucionais de Transformação de Empresas Pública*”, *O Direito*, n.º 120, 1988, p. 45 a 83 e RAÚL VENTURA, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, 1990, p. 428 a 430.

Antes de se avançar, importa, desde já, sublinhar que o processo de *transformação* (*simples transformação/privatização formal*⁴¹²) de *empresas públicas* em *sociedades anónimas* de capitais maioritariamente públicos, em caso algum modifica a sua natureza *jurídico-pública*, enquanto continuar a ser assegurado ao Estado ou a outra entidade pública *idêntico* âmbito de intervenção económica, mudando apenas a «forma» ou a «roupagem» com que o faz⁴¹³. O mesmo só assim não sucederá quando o Estado atribua a *gestão* de tais sociedades a *entidades privadas* ou aliene a *entidades privadas* a maioria ou totalidade do capital que dispõe em tais sociedades. Neste sentido, em rigor, a operação jurídica de *conversão* de uma *empresa pública* numa *sociedade anónima* de capitais públicos ou mistos maioritariamente públicos, meramente implica uma *reestruturação* da Administração indirecta do Estado que pode ser tida por mais adequada à actividade empresarial, sem colocar tais «sociedades» fora do denominado *sector público empresarial*⁴¹⁴. De onde se retira que, tais *unidades de produção* continuam, pois, vinculadas à aplicação dos preceitos legais e constitucionais destinados às empresas do Estado: em concreto, à al. f) do n.º 5 do art. 54.º e art. 89.º da CRP e, bem assim ao disposto nos arts. 30.º e 31.º da Lei das Comissões de Trabalhadores, ao tempo plenamente em vigor.

⁴¹² No sentido de se operar uma *simples transformação formal*, cfr., entre outros, PAULO OTERO, *Vinculação...*, cit., p. 83 e 190; MÁRIO RAPOSO, *Sobre a intervenção dos trabalhadores...*, cit., p. 100 e COUTINHO DE ABREU, *Privatizações de Empresas Públicas...*, cit., p. 60.

⁴¹³ Cfr. PAULO OTERO, *Vinculação...*, cit., p. 190. O mesmo Autor, ob. cit., p. 191 e 192, vai ainda mais longe e afirma que “em termos *irónicos*, pode dizer-se que um processo de *fuga para o Direito Privado* da forma de organização do sector empresarial do Estado, *transformando* as empresas públicas em sociedades anónimas, sem uma correspondente abertura do seu capital social ao investimento privado, isto é, em termos de transferir tais empresas para o âmbito do sector privado dos meios de produção, comporta um verdadeiro fenómeno de Estado *«travesti»*: veste-se de formas privadas para disfarçar o prosseguir de uma real actividade de intervenção económica pública directa, senão mesmo para a ampliar”.

⁴¹⁴ No mesmo sentido, MANUEL AFONSO VAZ, “Os Caminhos da Privatização da Administração Pública”, *Stydia Iuridica* n.º 60, Coimbra Editora, 2001, p. 113.

Destarte, e descurando necessariamente no presente trabalho as razões e os (in)sucessos dos planos re-privatizadores ocorridos nas últimas duas décadas, tão só nos importa apurar até que ponto é que o recurso pelo Estado a formas *jurídico-privadas* **negativamente** se reflectiu nos direitos e interesses dos trabalhadores das unidades de produção do sector público. Na verdade, em caso algum se poderá olvidar que constituía uma obrigação constitucional para o Estado Português garantir que as *sociedades anónimas* resultantes de *transformação* de *empresas públicas* devessem dar *continuidade* à personalidade jurídica das primeiras⁴¹⁵, devendo os seus respectivos *trabalhadores* manter ***todos os direitos e obrigações*** de que nas naquelas fossem titulares, tal qual assegurava a al. c) do art. 296.º da CRP⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Cfr. n.º 3 do art. 4.º da Lei n.º 11/90, de 5 de Abril – *Lei-Quadro das Privatizações*.

⁴¹⁶ Repetido *ipsis verbis* pelo art. 19.º da Lei n.º 11/90, de 5 de Abril. A respeito da apreciação de tais preceitos, vd. o Ac. do TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, n.º 71/90, de 21 de Março de 1990, *in*: DR, n.º 164, II Série, de 18 de Julho de 1990, p. 7989 ss, onde se entendeu que o princípio constante da al. c) do art. 296.º da CRP constitui “simultaneamente uma *garantia* dos direitos dos trabalhadores no processo de privatização e uma *proibição* de, no mesmo processo, poderem ser adoptados regimes excepcionais *derrogatórios dos direitos dos trabalhadores legal ou contratualmente assegurados* aos mesmos no momento do início desse referido processo”. Mais se concluiu que “deste dispositivo, por si só, decorre já que os *direitos e obrigações* dos trabalhadores perante a empresa pública ou nacionalizada onde trabalham como que *se transferem* para a sociedade anónima criada no quadro do processo de reprivatização, resultando assim também deste princípio da continuidade da personalidade jurídica da empresa a reprivatizar a garantia da subsistência de todos os direitos e obrigações dos seus trabalhadores, como pretende o preceito da alínea c) do art. 296.º da Constituição”. A mesma posição seria adoptada no ACÓRDÃO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA n.º 1/2000, da SECÇÃO SOCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *in*: DR, I Série, de 2 de Fevereiro de 2000, tendo aí feito vencimento a tese segundo a qual, “o processo de reprivatização de empresas públicas em sociedades anónimas de capitais públicos em nada poderá afectar os direitos e expectativas adquiridas pelos respectivos trabalhadores, uma vez que tais direitos e regalias já adquiridos integram a esfera jurídica privada dos trabalhadores, sendo assim intangíveis; o mesmo é dizer que parece inquestionável que o processo de reprivatização não suprime quaisquer posições laborais e que essas mesmas posições se transmitem para as empresas originadas por cisões dentro da antiga empresa pública”.

Ora – já se deixa adivinhar – que de entre os direitos que deveriam ser salvaguardados aos trabalhadores nos processos de *privatização de empresas públicas* se deveria contar o direito de *representação e participação* nos seus respectivos órgãos sociais.

A verdade, porém, é que tal garantia constitucional se veio a revelar de muito pouco... E, uma vez *transformadas* dezenas de *empresas públicas* em *sociedades anónimas* (ainda que de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos) os trabalhadores foram pura e simplesmente impedidos e/ou impossibilitados de se fazer participar nos órgãos sociais das mesmas. Do mesmo modo, e conforme tem sido sublinhado por COUTINHO DE ABREU, surpreendentemente (ou não...), os actos legislativos pelos quais foram (e continuam a ser...) constituídas as *sociedades de capitais públicos* e de *economia mista* com capitais maioritariamente públicos ***nada dizem a respeito da participação dos representantes dos trabalhadores nos órgãos sociais de tais sociedades***, limitando-se eles e os respectivos estatutos sociais a dispor, por via de regra, que os membros dos conselhos de administração e fiscal são eleitos pela assembleia geral⁴¹⁷. *Quid Iuris?*

6.1. Uma questão de (in)constitucionalidade

Não dispondo os diplomas legislativos pelos quais são *transformadas* e/ou *constituídas sociedades anónimas* de capitais maioritária ou exclusivamente públicos quaisquer normas a despeito da possibilidade de *participação dos trabalhadores nos seus respectivos órgãos sociais*, serão os mesmos, nesta medida, ***inconstitucionais***⁴¹⁸, por manifesta *oposição* com o disposto na Constituição da República Portuguesa.

⁴¹⁷ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade...*, cit., p. 160.

⁴¹⁸ Neste mesmo sentido, cedo se pronunciaram MÁRIO RAPOSO, *Sobre a intervenção dos trabalhadores...*, cit., p. 103 e COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade...*, cit., p. 161.

A este concreto respeito julgamos, todavia, possível levar a cabo uma *distinção* entre dois tipos de situações: *i)* o das *empresas públicas* que independentemente da sua concreta transformação em sociedades anónimas de capitais públicos *nada* consagravam nos seus estatutos a respeito do direito de participação dos seus trabalhadores nos seus respectivos órgãos sociais; *ii)* o das *empresas públicas* que anteriormente aos respectivos processos de *transformação* em sociedades anónimas de capitais maioritária ou exclusivamente públicos fizessem constar nos seus estatutos concretas disposições a respeito do exercício de tal direito e que depois de transformadas deixaram de o fazer. Vejamos cada uma das hipóteses separadamente.

6.2. Inconstitucionalidade por omissão

Quanto ao primeiro tipo de situações apontado – o das *empresas públicas* que independentemente da sua concreta transformação em sociedades anónimas de capitais públicos dos seus diplomas *nada* constava a respeito da possibilidade de participação dos trabalhadores nos seus respectivos órgãos sociais – existirá, de plano, uma situação de *inconstitucionalidade por omissão*, traduzida numa *ausência* de normas que a Constituição impõe e sem as quais não poderá ser cumprida. Ao que acresce que, em tais situações, tal *omissão* tão só se fica a dever à *inércia* ou *falta de vontade* do Estado (legislador) e único ou maioritário accionista das sociedades em não consagrar estatutariamente regras com vista à efectiva participação dos trabalhadores nos seus concretos órgãos sociais, tal qual o determina a Lei Fundamental.

O mesmo é dizer que, nestas situações, mais do que um simples *não fazer*, existirá antes uma situação em que *não se faz* algo que por imposição constitucional se estava juridicamente obrigado; ou, o que vai dar ao mesmo, que *não se faz* algo que era esperado que se fizesse, visto tal ser *jurídico-constitucionalmente* devido ou

imposto⁴¹⁹. Em tais casos, restará ao TRIBUNAL CONSTITUCIONAL dar conhecimento ao órgão legislativo competente da situação *de incondicionalidade por omissão* para que lhe seja o mais rapidamente possível posto cobro.

6.3. Possibilidade de a inconstitucionalidade por omissão ser controlada por via de acção

Do mesmo modo, para o segundo grupo de situações apontado – o das *empresas públicas* que anteriormente aos respectivos processos de *transformação* em sociedades anónimas de capitais maioritária ou exclusivamente públicos contivessem nos seus estatutos disposições específicas relativas ao direito de participação dos trabalhadores nos seus órgãos sociais – em plena obediência, aliás, quer com o disposto na lei ordinária, quer na Constituição – e nada dispondo sobre tal matéria, após a sua *transformação*, existirá uma situação de *inconstitucionalidade*, porquanto os mesmos constituem uma situação de *carência normativa* também ela *incompatível* com a Lei Fundamental.

Acontece, porém, que neste segundo grupo de situações, ao contrário do primeiro, a concreta situação de *ausência* não se fica a dever a uma simples *omissão*; mas antes a uma *acção*, *i.e.* a um *comportamento positivo* do Estado em substituir mediante legislação

⁴¹⁹ As expressões em itálico pertencem a GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra Editora, 1982, p. 331 e *Direito Constitucional...*, cit., p. 1003 e GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, 3.^a ed., cit., p. 1047. Para mais desenvolvimentos sobre «inconstitucionalidade por omissão», vd. PEDRO NUNES DE CARVALHO, *Omissão e dever de agir em Direito Civil*, Coimbra, 1999, p. 115 ss; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, Almedina, 200, p. 1372 a 1383 e JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de legislar e protecção contra omissões legislativas – Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2003, p. 11 ss. A propósito de inconstitucionalidade por omissão, vd., entre outros, os ACÓRDÃOS N.ºs 638/95, de 15 de Novembro, 182/98, de 11 de Fevereiro, 424/2001, de 9 de Outubro 474/2002, de 19 de Novembro, todos do TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

revogatória outra que anteriormente se mostrava apta a conferir *exequibilidade* prática ao direito de *participação dos trabalhadores* nos órgãos sociais das empresas pertencentes ao Estado, tal qual o determina a Constituição da República Portuguesa.

Como se faz ver, nestas outras situações, o legislador não estará apenas a *não fazer algo* que é imposto pela Constituição, como é regra na inconstitucionalidade por omissão; antes está a *desfazer* e, mais precisamente, a *desfazer algo* que era e que continua a ser prescrito pela Lei Fundamental; e, então a censura constitucional já se deverá colocar no plano da própria *inconstitucionalidade por acção* fazendo assim que tal situação de *omissão* possa ser controlada *por via acção*⁴²⁰.

Por outras palavras, o não cumprimento da al. f) do n.º 5 do art.º 54.º e do art. 89.º da CRP, verifica-se não propriamente por haver *omissão* de medidas legislativas necessárias para tornar *exequíveis* tais preceitos de natureza constitucional, mas antes existe na medida em que os estatutos das “novas” sociedades anónimas de capitais exclusiva ou minoritariamente públicos revoguem os anteriores – na parte em que nestes se consagravam normas destinadas a permitir o exercício do direito de participação dos trabalhadores nos seus respectivos órgãos sociais – e que, deste modo, deixam de conferir *exequibilidade* aos referidos preceitos constitucionais.

De onde se retira que, com os processos de *transformação* de *empresas públicas* em *sociedades anónimas* de capitais exclusiva ou minoritariamente públicos se faz emergir uma situação de *inconstitucionalidade por omissão*, mas que se mostra passível de ser apreciada em sede de fiscalização concreta, porquanto se trata de uma questão de *inconstitucionalidade por acção*.

⁴²⁰ Cfr., ainda que não para o exacto contexto expresso em texto, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de Legislar...*, cit., p. 16 ss. O A. refere, ainda, que “também por isso, esta fiscalização de inconstitucionalidade omissiva por via de acção é, de certa forma, uma fiscalização preventiva, na medida em que uma decisão invalidante da lei revogatória evita automaticamente que a situação de inconstitucionalidade por omissão se (re)instale”.

Em resultado e, face a uma possível recusa do tribunal em aplicar normas, dada a sua *inconstitucionalidade*, tal conduzirá naturalmente à *repristinação* dos preceitos que os “novos” diplomas pretendiam revogar; desde logo, por manifesta *falta de apetência* das *normas inconstitucionais* em produzir os efeitos revogatórios pretendidos, tal qual preceituado no n.º 1 do art. 282.º da CRP.

Neste sentido, para este outro grupo de situações, deverá aplicar-se às *sociedades anónimas* de capitais exclusiva ou minoritariamente públicos resultantes da *transformação* de antigas *empresas públicas*, desde logo o disposto nos seus “antigos” estatutos, na parte em que nestes se consagrava a participação dos trabalhadores nos seus respectivos órgãos sociais, complementados, designadamente, caso assim seja necessário, pelo disposto nos arts. 30.º e 31.º da Lei n.º 46/79, de 12 de Setembro, ao tempo (ainda) plenamente em vigor. Prossigamos para a actualidade.

7. A Lei das Empresas Municipais, Intermunicipais e Regionais – Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto, revogada pela Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro – Aprovou o novo Regime do Sector Empresarial Local

Mais recentemente, foi aprovado o Regime Jurídico destinado às Empresas Municipais, Intermunicipais e Regionais (Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto) – entretanto revogado pela Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro – que aprovou o novo Regime do Sector Empresarial Local. Com especial interesse, do primeiro diploma resultava que os estatutos das empresas municipais deveriam “*especificar a forma de participação efectiva dos trabalhadores na gestão da empresa, nos termos da lei*”⁴²¹.

⁴²¹ Cfr. al f) do n.º 1 do art. 6.º da Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto.

Não obstante, bastava um rápido olhar pelos estatutos das dezenas de empresas municipais entretanto criadas⁴²², para se concluir que os mesmos *nada* dispunham a respeito da possibilidade do exercício do direito de participação *efectiva* dos representantes dos trabalhadores nos seus respectivos órgãos sociais⁴²³.

Neste sentido, a *falta de previsão* específica consagrada do direito de participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das respectivas empresas consubstanciava desde logo, uma situação de *ilegalidade*, visto ser a própria Lei n.º 58/98, de 18 de Agosto a determinar tal *participação*.

7.1. Uma questão de inconstitucionalidade por omissão

Mais grave ainda, a *ausência* de disposições estatutárias que permitissem uma participação *efectiva* dos trabalhadores nos órgãos sociais de tais empresas consubstanciava, igualmente, uma situação de *inconstitucionalidade por omissão*; porquanto, uma vez mais, o órgão legislativo *nada fazia* ou *dispunha* no sentido de tornar possível a participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas Municipais, Intermunicipais e Regionais quando juridicamente e constitucionalmente era imposto que fizesse ou dispusesse⁴²⁴.

Ademais, tal juízo de *inconstitucionalidade por omissão* deverá, igualmente, valer a respeito da recente Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro – que aprovou o novo Regime do Sector Empresarial Local – visto na mesma não se encontrar uma qualquer disposição atinente a tornar possível a *participação dos trabalhadores nos órgãos*

⁴²² Para uma lista completa e actualizada das empresas Municipais e Intermunicipais criadas, vd. site da Direcção-Geral das Autarquias Locais, em www.dgaa.pt.

⁴²³ Isto mesmo é confirmado por COUTINHO DE ABREU, *Privatizações de Empresas Públicas...*, cit., p. 73.

⁴²⁴ No sentido da existência de uma inconstitucionalidade por *omissão* tanto na Lei das Empresas Municipais, Intermunicipais e Regionais, como nos concretos estatutos destas novas empresas públicas, pronuncia-se COUTINHO DE ABREU, *Privatizações de Empresas Públicas...*, cit., p. 73.

sociais de tais sociedades. Com a agravante de, neste particular caso, se poder afirmar que o novo regime representa um verdadeiro *retrocesso* relativamente ao seu antecessor⁴²⁵. Mas não desistamos.

8. Novo Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado e das Empresas Públicas – Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, com republicação operada pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto

Na sequência das profundas alterações de que temos vindo a dar conta – verificadas sobretudo na composição e nas regras de funcionamento do sector público empresarial, *maxime* pelo recurso sistemático à criação de *sociedades anónimas* de capitais públicos – aos poucos foi sendo colocado a descoberto uma actuação pública sob formas empresariais à margem de um regime geral disciplinador de tal actuação⁴²⁶. Exactamente com este propósito, seria publicada a Lei n.º 47/99, de 16 de Junho, que autorizou o Governo a legislar sobre as “Bases Gerais do Estatuto das Empresas Públicas e sobre o Regime das Entidades com natureza empresarial integrantes do Sector Público de propriedade dos meios de produção”. Da referida autorização legislativa constava, com especial interesse, que o “novo” regime deveria consagrar as “*modalidades e condições da participação dos trabalhadores na gestão ou no controlo da actividade das empresas*”⁴²⁷.

Estranhamente, porém, da redacção originária do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro (entretanto alterado e mandado republicar nos termos do Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto) não se vislumbrava (e ainda hoje não se vislumbra) – ao menos de

⁴²⁵ No mesmo sentido, PAULO OTERO (Coord.) – RUI GUERRA DA FONSECA –, *Comentário à Constituição...*, cit., p. 474.

⁴²⁶ Neste sentido, RUI GUERRA DA FONSECA, *Autonomia Estatutária das Empresas Públicas e Descentralização Administrativa*, Almedina, 2004, p. 112.

⁴²⁷ Cfr. al. g) do art. 3 da Lei n.º 47/99, de 16 de Junho.

forma *expressa* – uma qualquer referência à possibilidade de participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das “novas” «empresas públicas» compreendidas em duas “novas” grandes espécies: *i*) as «sociedades de capitais públicos» nas quais o Estado detenha a maioria do capital ou os direitos de voto ou o direito de designar ou destituir a maioria dos membros dos órgãos sociais⁴²⁸; *ii*) as «entidades públicas empresariais»⁴²⁹ sucessoras legais das antigas «empresas públicas» (*stricto sensu*) e anteriormente reguladas pelo Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril.

8.1. Uma questão de inconstitucionalidade por omissão

Ora, ninguém duvida que as «sociedades de capitais públicos» enquanto “unidades de produção do sector público” e, como tal, “empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas” deveriam *de per si* conter nos seus respectivos estatutos disposições concretas que oferecessem *exequibilidade* quer à al. *f*) do n.º 5 do art. 54.º, quer ao art. 89.º da CRP⁴³⁰.

Certo é que, uma fugaz leitura aos estatutos sociais das dezenas de *empresas públicas*, entretanto criadas, deixa ver que nem uma singela linha se tem dedicado à matéria objecto do presente trabalho, nascendo os mesmos *claramente* feridos de *inconstitucionalidade por omissão*, no pressuposto de que o Estado, e único detentor das mesmas empresas/sociedades, estava sujeito a uma obrigação específica de *legislar positivamente* de forma a respeitar a letra dos arts. 54.º, n.º 5 al. *f*) e 89.º da Constituição da República Portuguesa⁴³¹.

⁴²⁸ Cfr. art. 3.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro.

⁴²⁹ Cfr. Capítulo III do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro.

⁴³⁰ Neste mesmo sentido, COUTINHO DE ABREU, *Privatização de Empresas...*, cit., p. 73.

⁴³¹ Chegando a idêntica conclusão, COUTINHO DE ABREU, *Privatização de Empresas...*, cit., p. 73 e em *Sociedade Anónima, a sedutora...*, cit., p. 34 ss e RUI GUERRA DA FONSECA, *Autonomia Estatutária...*, cit., p. 192. A este respeito,

E a situação de *ausência* parece-nos ainda mais gravosa no que respeita à *falta de consagração* legal do direito de participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das “novas” «entidades públicas empresariais», “descendentes legais” das antigas «empresas públicas» *stricto sensu* e, em especial, no que concerne, também aqui, à *total ausência* de concretas disposições estatutárias que tornem possível tal participação. Na verdade, passados em revista o conjunto de estatutos das «entidades públicas empresariais» que vão sendo constituídas, em regra por decreto-lei⁴³², salta à vista que os mesmos *nada* dispõem ou consagram a respeito do direito de participação dos trabalhadores nos seus respectivos órgãos sociais. Nesta medida, tais diplomas surgem claramente feridos de *inconstitucionalidade* por violação à Constituição da República Portuguesa⁴³³.

8.2. Uma questão de inconstitucionalidade por acção

Antes de se concluir esta breve análise ao “novo” Regime Jurídico do Sector Empresarial do Estado importa, por outro lado, sublinhar que o n.º 1 do art. 40.º do Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de

BERNARDO XAVIER, “A Matriz Constitucional do Direito do Trabalho”, III Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Memórias, António Moreira (coord.), Almedina, 2000, p. 103, nota 19, refere mesmo que “a última legislação sobre empresas públicas nem toca na co-gestão constitucionalmente obrigatória...”.

⁴³² Cfr. entre outras, a EGREP (Empresa de Gestão de Reservas Estratégicas de Produtos Petrolíferos), EPE, constituída pelo Decreto-Lei n.º 339-D/2001, de 28 de Dezembro; a API (Agência Portuguesa para o Investimento), EPE, criada pelo Decreto-Lei n.º 225/2002, de 30 de Outubro; a EP (Estradas de Portugal) EPE, resultante da transformação do antigo IEP, pelo Decreto-Lei n.º 239/2004, de 21 de Dezembro, o CARAM (Centro de Abate da Região Autónoma da Madeira) EPE, criado pelo DLR n.º 6/2006/M, de 14 de Março.

⁴³³ No mesmo sentido, COUTINHO DE ABREU, *Privatização de Empresas...*, cit., p. 73 e em *Sociedade Anónima, a sedutora...*, cit., p. 34; PAULO OTERO (Coord.) – RUI GUERRA DA FONSECA – *Comentário à Constituição...*, cit., p. 474, e RUI GUERRA DA FONSECA, *Autonomia Estatutária...*, cit., p. 192 e SOFIA TOMÉ D’ ALTE, *A Nova Configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos Serviços Públicos*, Almedina, 2007, p. 247.

Dezembro na medida em que *expressamente* revogou o Decreto-Lei n.º 260/76, de 8 de Abril (Bases Gerais das Empresas Públicas) e, em especial, aquilo em que neste último diploma se dispunha a respeito da *participação dos trabalhadores* nos órgãos sociais das *empresas públicas*, se terá igualmente por manifestamente *inconstitucional*. Mas, porque, neste específico caso, se está perante a publicação de legislação *revogatória* de uma outra que anteriormente oferecia *concretização*, ou melhor, *exequibilidade* quer à al. f), do n.º 5, do art. 54.º, quer ao art. 89.º da CRP, tal se traduzirá numa situação de *inconstitucionalidade por acção* e já não numa simples *inconstitucionalidade por omissão*⁴³⁴. Isto mesmo foi, aliás, recentemente, confirmado pelo TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, no ACÓRDÃO N.º 47/2006, de 17 de Janeiro.

⁴³⁴ Neste sentido, conforme tem vindo a ser salientado por JORGE MIRANDA, *Manual...*, vol. II, 4.ª ed., cit., p. 254 e 255, “as normas constitucionais não exequíveis uma vez concretizadas através de normas legais, não podem ser, pura e simplesmente revogadas, retomando-se à situação anterior”; quer isto dizer que “o legislador tem, certamente, a faculdade de modificar qualquer regime jurídico, o que não tem é a faculdade de subtrair supervenientemente a uma norma constitucional a exequibilidade que esta tenha, entretanto, adquirido”. Do mesmo modo, para GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, 3.ª ed., cit., p. 1050, “uma vez satisfeita a incumbência constitucional, o legislador, não pode voltar atrás, revogando a lei e criando desse modo, de novo, uma inconstitucionalidade por omissão, pois a lei revogatória configuraria uma inconstitucionalidade por acção”. Estes autores sublinham mesmo que “se o Tribunal Constitucional não pode suprir as omissões do legislador, já pode impedi-lo de criar situações de omissão inconstitucional, por que tal se enquadra na sua tarefa «negativa» de anular as acções inconstitucionais”. Com interesse, no Acórdão do TRIBUNAL CONSTITUCIONAL n.º 39/84, de 11 de Abril de 1984 (*in*: DR, I Série, n.º 104) pode ler-se que “quando o Estado não dê devida realização às tarefas constitucionais concretas e determinadas, que lhe são cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas, quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então, a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção”.

9. A Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto – Código do Trabalho – e a Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho – Lei que Regulamenta o Código do Trabalho – entretanto revogadas pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro – Lei que aprovou o “novo” Código do Trabalho

A finalizar o presente trabalho cabe fazer uma referência à legislação especificamente respeitante ao Direito do Trabalho. A este respeito, importa começar por recordar que a Lei das Comissões de Trabalhadores foi *expressamente revogada* pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto – Lei que Aprovou o “anterior” Código do Trabalho –; e que nos termos da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho – Lei que Regulamentava o Código do Trabalho – se dispunha que “*constituem direitos das comissões de trabalhadores, nomeadamente: (...) promover a eleição de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais das entidades públicas empresariais*”⁴³⁵.

Mais recentemente, pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro – foi aprovado o “novo” Código do Trabalho e revogado quer o anterior, quer a sua concreta regulamentação. Sobre a matéria em análise, o recente diploma consagra que “*a comissão de trabalhadores tem direito, nomeadamente, a promover a eleição de representantes dos trabalhadores para os órgãos sociais das entidades públicas empresariais*”⁴³⁶; mais se determinando que “*O órgão social em causa e o número de representantes dos trabalhadores são regulados nos estatutos da entidade pública empresarial*”⁴³⁷.

Ora, entre muitos outros aspectos de relevo que a redacção dos referidos preceitos poderia merecer, sublinhe-se tão só o facto de o direito de participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas pertencentes ao Estado *apenas* ser reconhecido às comissões

⁴³⁵ Cfr. al. f) do n.º 1 do art. 354.º da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho.

⁴³⁶ Cfr. al. f) do n.º 1 do art. 423.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

⁴³⁷ Cfr. n.º 3 do art. 428.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro.

de trabalhadores das «entidades públicas empresariais», nada se consagrando a despeito do mesmo dever igualmente ser exercido no conjunto das demais «empresas públicas» que actualmente formam o denominado «sector empresarial do Estado», o que deixa adivinhar um conjunto de problemas.

Na verdade, a redacção do “novo” Código do Trabalho (o mesmo se verificava no “antigo” e na sua lei de “regulamentação”) quando comparada com o disposto na Lei das Comissões de Trabalhadores procedeu – propositadamente – a uma *limitação* ou *restrição* ao âmbito *subjectivo* do direito de participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas pertencentes ao Estado, tal qual vimos o mesmo estar assegurado pela Lei Fundamental.

9.1. Uma questão de inconstitucionalidade por omissão parcial

Ora, a limitação do exercício do direito de participação dos trabalhadores nos órgãos sociais *tão só e apenas* às denominadas «**entidades públicas empresariais**» (*ex* «empresas públicas» *stricto sensu*) excluindo-se, nesta medida, *todas* as demais *empresas públicas* (*lato sensu*) e, em especial, as *sociedades anónimas de capitais públicos*, faz com que a al. f) do n.º 1 do art. 423.º e, bem assim o n.º 3 do art. 428.º do “novo” Código do Trabalho não se mostrem em total concordância com a abrangência subjectiva reclamada quer pela al. f) do n.º 5, do art. 54.º, quer do art. 89.º da CRP, consubstanciando assim uma situação de *inconstitucionalidade* das normas em causa⁴³⁸.

Por outras palavras, poderá dizer-se que o legislador do “Código do Trabalho” na sua *concreta* obrigação de *conferir exequibilidade* aos arts. 54.º, n.º 5, al. f) e 89.º da CRP, terá

⁴³⁸ No mesmo sentido, GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *CRP Anotada*, 4.ª ed., cit., p. 1030 e, mais recentemente, RUI GUERRA DA FONSECA, *Comentário à Constituição...*, cit., p. 475.

pecado *por defeito*, visto que limitou o exercício do direito de participação dos trabalhadores nos órgãos sociais somente às denominadas *entidades públicas empresariais*, deixando de fora as restantes *empresas públicas* que hoje maioritariamente formam o denominado *sector empresarial do Estado*.

Assim, no âmbito dos direitos conferidos pelo “novo” Código do Trabalho às comissões de trabalhadores existe uma situação de *inconstitucionalidade por omissão parcial*, porquanto as medidas tomadas pelo legislador ordinário existem mas são *insuficientes, inadequadas ou inexecutáveis por si mesmas* para conferir a *exequibilidade máxima* reclamada pelos preceitos constitucionais consagradores do direito de *participação* dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas pertencentes ao Estado⁴³⁹.

A este concreto respeito, importa, igualmente, sublinhar que, também aqui, a situação de *inconstitucionalidade (por omissão)* criada não é resultado de uma qualquer *inércia* ou fala de vontade do legislador ordinário em não adoptar as medidas legislativas impostas pela Lei Fundamental; pelo contrário, a mesma tão só se deve a uma *acção*, a um *comportamento positivo* do mesmo legislador em *revogar* preceitos que anteriormente ofereciam *na íntegra* a *exequibilidade* reclamada pelas mesmas

⁴³⁹ Diz-se “*omissão parcial*” atendendo a um critério de “*natureza quantitativa*”, tal qual o faz, JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de legislar...*, cit., p. 89. A respeito de inconstitucionalidade por omissão parcial, vd. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 1006. Na feliz expressão de JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de legislar...*, cit., p. 89, dir-se-á que o legislador *já actuou* em cumprimento do seu dever, mas, por alguma razão, *não levou a sua tarefa até ao fim*, sendo indiferente que tal incumprimento se tenha ficado a dever a uma errada interpretação das normas constitucionais que estabelecem o dever de actuação legislativa, a uma deficiente avaliação das circunstâncias factuais, ou à não consideração de certos grupos ou categorias de pessoas. O importante é que existe lei, mas que essa lei não exonera por completo o legislador do seu dever de actuação, estando assim obrigado a nova intervenção”.

normas constitucionais⁴⁴⁰. Neste sentido, a situação de *inconstitucionalidade por omissão parcial* deverá ser sindicável em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, já que a mesma se configura como uma questão de *inconstitucionalidade por acção*, tomando por objecto de controlo a *lei revogatória* e já não a concreta *omissão* legislativa da mesma resultante⁴⁴¹.

Do exposto resulta que, de momento, impendem sobre o legislador ordinário dois deveres específicos de actuação:

- i) por um lado, o dever de efectiva *concretização* das normas constitucionais – em concreto, da al. f), do n.º 5, do art. 54.º e art. 89.º da CRP – visto a *concretização* operada pela al f), do n.º 1 do art. 423.º e n.º 3 do art. 428.º da Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, ter ficado *imperfeita, por incompleta*;

- ii) por outro lado, o dever de *reposição da igualdade violada*, porquanto o regime ora positivado se revela *discriminatório* relativamente a certa categoria de sujeitos, *maxime* trabalhadores e respectivas comissões de trabalhadores de empresas pertencentes ao Estado ou demais entidades públicas que não apresentem a concreta forma jurídica de *entidades públicas empresariais*.

10. Conclusão

De todo este aparatoso desenvolvimento legislativo é possível retirar uma primeira conclusão: no ordenamento jurídico português a consagração e regulamentação do direito de

⁴⁴⁰ Neste sentido, e como sublinha JORGE PEREIRA DA SILVA, cit., p. 286 “embora tenha sido a lei revogatória a desencadear uma situação de vazio normativo constitucionalmente inadmissível, do ponto de vista dos valores jurídicos negativos, tudo se passa em sentido inverso, assumindo a inconstitucionalidade da lei revogatória (*inconstitucionalidade por acção*) natureza consequente em relação à referida situação de vazio normativo (*inconstitucionalidade por omissão*)”.

⁴⁴¹ É esta ainda que não para o específico contexto tratado em texto a posição de JORGE PEREIRA DA SILVA, ob. cit., p. 18.

participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas e, em especial, das pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas nunca foi objecto de um projecto que se pudesse dizer claro, uno e coerente, tanto a nível constitucional, como ao nível da legislação ordinária.

Quiçá por esta razão, ao longo de todos estes anos, assiste-se a um sistemático incumprimento da Constituição da República Portuguesa em matéria de «co-gestão» no Sector Público; levando a que, desde muito cedo, grande parte da *doutrina* portuguesa tenha vindo a sustentar que a participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas “*não é conhecida do direito português vigente*”⁴⁴², que “*nunca foi concretizada até hoje*”⁴⁴³; que constitui “*cada vez mais letra morta*”⁴⁴⁴; que “*em Portugal, tem contra si o óbice do radicalismo sindical latino e um certo incentivar ideológico da luta de classes, ainda há pouco dotado de consagração constitucional*”⁴⁴⁵, ou que “*o envolvimento dos trabalhadores, apesar das regras constitucionais e legais que o consagram, nunca teve, sociologicamente falando, uma base consensual*”⁴⁴⁶.

Estejamos ou não de acordo, certo é que a participação dos trabalhadores nos órgãos sociais das empresas pertencentes ao Estado ou a outras entidades públicas tem natureza de *direito* fundamental, enquanto manifestação do valor da *democracia participativa* inscrito na Constituição, do mesmo modo que

⁴⁴² Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, Almedina, 1993, p. 187, nota 406.

⁴⁴³ Cfr. MÁRIO PINTO, *Direito do Trabalho*, Universidade Católica Editora, 1996, p. 261 e 262. No mesmo sentido, MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 11.ª ed., Almedina, 1999, p. 687.

⁴⁴⁴ Cfr. BERNARDO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho, I – Introdução, Quadros Organizacionais e Fontes*, 2.ª ed., Verbo, 1992, p. 230.

⁴⁴⁵ Assim, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, 2.ª ed., Almedina, 1997, p. 507.

⁴⁴⁶ Cfr. RUI PINTO DUARTE, “A Sociedade (anónima) europeia – uma apresentação”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 6, Abril/Junho de 2004, p. 14.

constituiu uma manifestação do próprio Estado de Direito democrático.

A ser assim, resta tão só aos trabalhadores portugueses exigir o seu reconhecimento e procurar assegurar a sua concreta execução num futuro que se acredita próximo.

Externalización del empleo público y degradación de los principios de mérito y capacidad

Susana Rodríguez Escanciano

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de León (ESPAÑA)

Acreditada a Cátedra de Universidad

Sumario: 1.- La progresiva privatización de quehaceres públicos. 2.- Los principios rectores de los procesos de selección de empleados públicos. 2.1.- Su formulación legal. 2.2.- La aplicación práctica de la igualdad, el mérito y la capacidad. 3.- El reclutamiento de personal laboral como expediente al servicio del clientelismo. 3.1.- Posibilidades. 3.2.- La importancia cuantitativa de este tipo de mano de obra. 3.3.- Contratación irregular: evolución jurisprudencial. 3.3.1.- Primera etapa: primacía de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad sobre la presunción de estabilidad en el empleo. 3.3.2.- Segunda etapa: la transformación en indefinida de la relación en supuestos de incumplimientos especialmente cualificados. 3.3.3.- Tercera etapa: la primigenia distinción entre el trabajador fijo de plantilla y el trabajador temporalmente indefinido o indefinido no fijo. 3.3.4.- Cuarta etapa: la prolongación del contrato temporal ilícito únicamente hasta la provisión definitiva o amortización de la vacante correspondiente. 3.3.5.- La solución de compromiso de los “trabajadores temporalmente indefinidos”. 4.- La descentralización productiva en el empleo público. 4.1.- La novación subjetiva del adjudicatario del contrato administrativo. 4.1.1.- El principio de continuidad en la prestación del servicio público. 4.1.2.- Requisitos para la subrogación empresarial. 4.1.3.- Reversión a manos de la

Administración de una actividad previamente exteriorizada. 4.2.- Subcontratación de contratos y concesiones administrativas. 4.2.1.- La permisividad de la Ley de Contratos del Sector Público. 4.2.2.- La responsabilidad solidaria de la Administración en materia salarial y de Seguridad Social. A) La doctrina de los Tribunales del orden social. B) Dificultades para su aplicación. C) Sobre el concepto “propia actividad”. D) La exoneración de responsabilidad de la Administración prevista en los pliegos de condiciones. 4.3. - El recurso a las empresas de trabajo temporal. 4.4.- El uso desviado del contrato de servicios. 5.- Conclusión.

1.- La progresiva privatización de quehaceres públicos

Los contornos del sector público, sobre todo cuando los órganos gubernativos intervienen en el mundo de lo económico gestionando servicios para la comunidad y realizando actividades semejantes a las desempeñadas por los particulares, no están ni mucho menos definidos. Antes al contrario, partiendo de que la Administración se encuentra inmersa en un proceso de transformación, uno de cuyos efectos es la “desburocratización” de muchos de sus quehaceres, la consecuencia a seguir es una cascada de supuestos de privatización total o parcial de sus cometidos⁴⁴⁷.

Las exigencias de mayor competitividad derivadas del actual modelo mundial o globalizado inducen así, por una parte, a reducir el peso de lo público en el conjunto de la Economía y, por otra, a aumentar significativamente la eficacia y eficiencia de la Administración, de la cual se reclaman estándares de funcionamiento similares a los de la empresa ordinaria⁴⁴⁸. “Un dogma ha sido

⁴⁴⁷ VILLAR ROJAS, F.J.: *Privatización de servicios públicos*, Madrid, 1993, pág. 336.

⁴⁴⁸ VILLAR PALASI, J.L.: *La intervención administrativa en la industria*, Madrid, 1964, pág. 262.

expulsado por otro. Ayer el control público de los servicios esenciales se consideraba como una condición *sine qua non* de la contratación del interés general. Hoy es en nombre de éste (la razón por la) que se quiere dar el control de aquéllos al sector privado”⁴⁴⁹.

Se trata de una de las muestras de la denominada “huida del Derecho Administrativo”⁴⁵⁰, conseguida a través de la sustitución de las estructuras tradicionales de gestión directa por otras indirectas a través de las cuales los Entes públicos transmiten a entidades de Derecho privado tareas o actividades con el fin de conseguir la oportuna “optimización del bienestar social”⁴⁵¹. “Modernizar”, e ahí la clave; éste es el contexto adecuado para hacer florecer la privatización de actividades administrativas⁴⁵².

A partir del norte trazado por la eficacia, no se trata de cuestionar la posible existencia de una reserva al sector público de recursos esenciales (el hecho de que el Estado deba recurrir a la propia sociedad para garantizar funciones propias del mismo convierte la cuestión en un “encuentro de paradojas”)⁴⁵³, ni menos aún de un servicio público (profundamente vinculado a la “reserva de Administración” y a la iniciativa gubernativa en la actividad

⁴⁴⁹ SUPIOT, A.: “Prólogo”, a la obra de GOMEZ ALVAREZ, T.: *La transformación de las Administraciones Públicas. Aspectos laborales y perspectivas de futuro*, Madrid, 2004, pág. 17.

⁴⁵⁰ Entre muchos, MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: “Reflexiones sobre la ‘huida’ del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 140, 1996, págs. 25 y ss.; BORRAJO INIESTA, I.: “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78, 1993, págs. 233 y ss. ó DEL SAZ CORDERO, S.: “La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones, aplausos y críticas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995, págs. 201 y ss.

⁴⁵¹ MARTIN MATEO, R.: *Liberalización de la Economía. Más Estado, menos Administración*, Madrid, 1988, págs. 154 y ss.

⁴⁵² PAREJO ALFONSO, L.: “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *Documentación Administrativa*, núms. 218-219, 1989, pág. 23.

⁴⁵³ GOMEZ-FERRER MORANT, R.: “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”, en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, T. V, Madrid, 1991, pág. 3840.

económica)⁴⁵⁴, sino de adentrarse en los márgenes adjudicados a la gestión para descubrir cómo “podrá hacerlo indirectamente mediante contrato, siempre y cuando el cometido tenga un contenido económico susceptible de explotación por empresarios particulares”⁴⁵⁵. El límite quedará fijado en una frontera inamovible (aun cuando en algunos supuestos su oscuridad, buscada a propósito, obligará también aquí a “levantar el velo”⁴⁵⁶): “en ningún caso podrán prestarse mediante gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos”, situados por los estudios más acabados de la doctrina en las actividades de policía; legislar, juzgar y ejecutar lo juzgado; Seguridad Social; medios de comunicación y centros educativos (en estos dos últimos casos, por cierto, los arts. 20.3 y 27 de la Constitución Española –CE-- impedirán su privatización absoluta)⁴⁵⁷.

De este modo, cuanto queda extramuros de la reserva de autoridad no deja de ser servicio público, en tanto responda a un interés merecedor de igual calificativo (si aquél desaparece entrará a formar parte de las mencionadas “actividades en nada diferentes a las realizadas por los particulares”, y cualquier cupo previo podrá ser abandonado a la dirección bajo forma privada)⁴⁵⁸, pero sí admitirá técnicas de llevanza indirecta mediante contrato o de gestión pública sometida al mercado y sus leyes, en virtud de las cuales la

⁴⁵⁴ LOPEZ GUERRA, L.: “Funciones de gobierno y dirección política”, *Documentación Administrativa*, núm. 215, 1988, págs. 15 y ss.

⁴⁵⁵ TRONCOSO REIGADA, A.: *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid, 1997, pág. 272.

⁴⁵⁶ GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: “Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local”, *Revista Española de la Administración Local y Autonómica*, núms. 274-275, 1997, págs. 380 y ss.

⁴⁵⁷ SORIANO GARCIA, J.E.: *Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo*, Bolonia, 1993, págs. 35 y ss.

⁴⁵⁸ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, pág. 20.

Administración proporciona prestaciones a los administrados a través de empresas especializadas⁴⁵⁹.

Tal fenómeno, creciente en los últimos tiempos, no puede ser planteado como una mera alternativa del ordenamiento público frente al Derecho Civil-Mercantil-Laboral, habida cuenta sería encerrar la polémica en un prurito academicista difícil de resistir. Consiste más bien en medir la verdadera dimensión de reacción a la que conduce el movimiento pendular desde un sector del sistema jurídico hacia otro, para tratar de averiguar el eje justo de la rotación sin caer en los extremos de una extensión incontrolada del primero capaz de ahogar la iniciativa privada, o de una restricción de aquél a partir del cual impedir a la Administración desempeñar eficazmente la labor social a la que está llamada⁴⁶⁰.

En este contexto, la externalización comprende las más diversas técnicas operativas que permitan a la Administración contratar con otras personas ajenas a ella y a sus estructuras organizativas, servicios propios y muy especialmente los de carácter instrumental y secundario pero necesarios o convenientes para el cumplimiento de sus funciones o actividades principales. Puede aplicarse incluso a los supuestos en los que ésta encomienda contractualmente a una empresa, no ya tales servicios complementarios sino —siempre bajo su supervisión—la gestión en bloque de determinados esenciales al conjunto de los administrados⁴⁶¹. En esta tensión patente tercia de manera decisiva y decisoria un quehacer necesitado de urgente recuperación frente al desconcierto y desmoronamiento en que la Administración se va sumiendo, fragmentaria y asistemáticamente, al compás de contrarias reacciones

⁴⁵⁹ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 11ª edición, Madrid, 2002, pág. 647.

⁴⁶⁰ MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: “Reflexiones sobre las privatizaciones”, *Revista de Administración Pública*, núm. 144, 1997, pág. 14.

⁴⁶¹ MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L.: “Servicios públicos y papel del particular entre instancias de solidaridad y mercado competitivo”, en AA.VV.: *Le esternalizzazioni. Tai del XVI Convengo degli amministratori italo-spagnoli*, Genova, 25-27 maggio 2006, Bolonia, 2007, pág. 87.

y adaptaciones frente a los problemas; con expansión, en todo caso, del paradigma privado (de naturaleza económica) hasta el reducto nuclear del Estado-poder, no en vano los Entes públicos necesitan “justificarse permanentemente en la adecuada utilización de los medios puestos a su disposición y la obtención de resultados reales, es decir, precisan la legitimación proveniente de la eficiencia en la resolución de los problemas sociales”⁴⁶², siempre y cuando se reserve a la titularidad pública la capacidad de control global de todo tipo de actuaciones que afecten al reconocimiento o limitación de derechos de los ciudadanos.

En definitiva, la externalización de servicios públicos consiste en la transferencia de una actividad pública a una organización especializada mediante un proceso competitivo que se formaliza en un acuerdo. Su éxito se hace descansar en dos argumentos. El primero consiste en la mayor eficiencia en la prestación de servicios de interés general que aporta el recurso a la empresa privada. El segundo alude, no ya al menor coste económico que representa frente al mantenimiento de personal y medios propios, sino a la mayor capacitación e idoneidad de los recursos que proceden de las organizaciones privadas, en un mundo como el actual, en el que el conocimiento a menudo ya no se encuentra dentro sino fuera de la Administración pública. Surge, así, una alternativa a los clásicos modos de acción de una Administración burocrática, incapaz de cumplir eficazmente los fines que la justifican, máxime cuando, junto a la aplicación de otras técnicas propias del “*management*”, contribuye a solucionar los problemas a los que se enfrentan nuestras Administraciones, necesitadas de acomodarse a la nueva sociedad, bien distinta de aquella en la que se conformaron y consolidaron⁴⁶³.

⁴⁶² PAREJO ALFONSO, L.: “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, núms. 218-219, 1989, págs. 16 y ss.

⁴⁶³ ORTEGA ALVAREZ, L. y ARROYO JIMÉNEZ, L.: “La externalización de los servicios públicos económicos. Formas, principios y límites”, en AA.VV.: *Le*

Bajo tales premisas, la aparición en el horizonte de la idea de sostenibilidad económica hace que la Administración encauce sus actuaciones dentro de una política de marcada contención del déficit pero sin descuidar los estándares de eficacia, marco en el cual el contrato administrativo pasa a ser un instrumento indispensable⁴⁶⁴. También lo es, y no en menor medida, la necesidad de incrementar el número de empleados públicos sometidos al régimen laboral en detrimento de los funcionarios, no en vano este sector del ordenamiento aporta una gran variedad de técnicas, caracterizadas por su flexibilidad y ductilidad en la gestión de la mano de obra, capaces de contribuir a acentuar la denominada “crisis del modelo burocrático”⁴⁶⁵. Buena muestra de ello son, de un lado, las manifestaciones de laboralización en determinados ámbitos relativos a la función pública profesional con una legislación específica, como sucede en el sanitario –personal médico en formación—o en el universitario –personal docente e investigador laboral—y, de otro, la existencia de numerosos organismos autónomos, entidades públicas empresariales, agencias o fundaciones públicas, nutridas por personal contratado según el Derecho del Trabajo⁴⁶⁶. Todo ello ha motivado que la contratación laboral en las Administraciones públicas sea tan frecuente que, en determinados contextos, este tipo de personal –tanto indefinido como a término— supere en número al funcional.

esternalizzazioni. Tai del XVI Convengo degli amministrativistiitalo-spagnoli, Genova, 25-27 maggio 2006, Bologna, 2007, págs. 123 y ss.

⁴⁶⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Contratación pública y condiciones de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2008, pág. 3.

⁴⁶⁵ MARTINEZ DE PISON APARICIO, I.: *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, Madrid, 1995, pág. 487.

⁴⁶⁶ MONEREO PEREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: “Art. 11”, en AA.VV (MONEREO PEREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, M.P. Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Granada, 2008, pág. 176 ó BOLTAINA BOSCH, J.: “Clases de personal (arts. 8 a 12)”, en AA.VV (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2008, pág. 205.

2.- Los principios rectores de los procesos de selección de empleados públicos

No cabe duda de que una Administración, capaz de servir con objetividad los intereses generales, precisa de unos servidores que sean seleccionados, igualmente, conforme a unos criterios no subjetivos o arbitrarios⁴⁶⁷, no en vano la eficacia y calidad de los servicios públicos prestados a los ciudadanos dependen de que se produzca la elección del personal más preparado⁴⁶⁸. Así, para acceder a la condición de funcionario, a través de una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el Derecho Administrativo, es imperativo superar un proceso selectivo efectuado a partir de criterios objetivos, no en vano todos los ciudadanos son iguales ante la ley y ante su aplicación, de manera que los poderes públicos no pueden expresar preferencias discriminatorias o fundadas en razones subjetivas de unos sobre otros. Dichas pautas neutras deben fundarse, además, en los parámetros de mérito y capacidad, verdaderos índices de una gestión eficaz del interés de la comunidad⁴⁶⁹.

Estos principios reconocidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE y, con la importancia que merecen, en el art. 55.1 de la actual Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), son, por tanto, "los pilares de la configuración de una función pública profesional, imparcial en sus actuaciones y siempre orientada al servicio, con probidad, de los intereses generales"⁴⁷⁰. Adoptada la decisión, dotados los medios para proveer nuevos puestos de funcionarios y efectuada la convocatoria por el órgano competente, es en la selección de quienes van

⁴⁶⁷ LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, 2ª edición, Pamplona, 2009, pág. 55.

⁴⁶⁸ MARINA JALVO, B.: "Consideraciones para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público", *Justicia Administrativa*, núm. 29, 2005, pág. 19.

⁴⁶⁹ GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E.: "Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública", *Revista de Administración Pública*, núm. 121, 1990, pág. 249.

⁴⁷⁰ PUERTA SEGUIDO, F.: *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, 2003, pág. 84.

a merecer tal condición donde actúan, sin exclusión alguna posible (ni siquiera en el caso de la especie atípica de los funcionarios interinos, a pesar de que excepcionalmente y con carácter transitorio haya sido modalizado y moderado su rigor)⁴⁷¹, las exigencias constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (*merits system*), a las cuales el Tribunal Constitucional ha unido otra más, la de publicidad⁴⁷², y el art. 55.2 EBEP adiciona, también, las de “transparencia, imparcialidad, profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones a desarrollar y originalidad, sin perjuicio de la objetividad”⁴⁷³.

2.1.- Su formulación legal

La importancia de este último precepto estatutario, en cuanto añade, a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, otros que son instrumentales a ellos y están destinados a garantizar su efectividad, exige abrir un breve paréntesis para hacer referencia –siquiera breve– al contenido de los mismos⁴⁷⁴:

a) El principio de publicidad de las convocatorias y de sus bases supone la difusión efectiva de unas y otras por los medios de adecuados y legalmente previstos de manera que se haga posible su conocimiento por cualquier candidato potencial. Se satisface, de una parte, con las ofertas de empleo público que anualmente son publicadas por las respectivas Entidades administrativas, y, de manera más específica, con la publicación de la convocatoria de cada proceso selectivo en los

⁴⁷¹ STCo 27/1991, de 14 de febrero.

⁴⁷² STCo 85/1983, de 25 de octubre.

⁴⁷³ Llama la atención que entre los principios rectores no aparezca el de libre concurrencia, que ha sido relegado a una característica de los procesos selectivos (art. 61.1 EBEP). LAZARO, J.L.: “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en AA.VV (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2008, pág. 677.

⁴⁷⁴ SANCHEZ MORON, M.: “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, en AA.VV (SANCHEZ MORON, M., Coord.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, 2008, págs. 398 y ss.

Boletines Oficiales de las Administraciones correspondientes. Ello no impide que dichas convocatorias puedan ser difundidas también en periódicos y otros medios de comunicación, si bien esta forma de publicidad debe ser complementaria y no sustitutiva de la oficial⁴⁷⁵.

b) El principio de transparencia se refiere más bien a la práctica del procedimiento en todos sus trámites, de modo que: 1) los criterios que se utilicen para la selección, incluso si no están pautados o baremados previamente, sean claros y conocidos; 2) el proceso de designación de los miembros del órgano calificador sea diáfano; 3) los actos de trámite sean conocidos por los afectados; 4) las decisiones aparezcan suficientemente motivadas, sin perjuicio del carácter reservado de las deliberaciones internas; y 5) la revisión de las pruebas realizadas sea facilitada.

c) El principio de imparcialidad y profesionalidad de los miembros del órgano de selección significa: en primer lugar, que éstos deben ser ecuanímes, quedando excluidas aquellas personas en las que concurren determinadas circunstancias que, desde el punto de vista subjetivo u objetivo, hagan perder la probidad de criterio, ya se traten de relaciones previas inconvenientes con los candidatos, ya de vínculos estrechos y regulares con alguno de ellos; y, en segundo término, que cada uno de los componentes del tribunal ha de tener conocimientos sobrados que les permitan valorar los méritos y capacidad de los aspirantes⁴⁷⁶. Esta exigencia es incompatible, además, con la presencia en el órgano de selección de cargos políticos o sindicales (o personas designadas por éstos) que no posean la especialización necesaria para valorar la aptitud de los candidatos. Repárese en que la exigencia de profesionalidad se predica no del órgano en su conjunto sino de cada uno de sus miembros. En su caso, la falta de profesionalidad de algunas de

⁴⁷⁵ PEREZ GOMEZ, J.M.: “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en AA.VV (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Pamplona, 2008, pág. 492.

⁴⁷⁶ SSTCo 5/2004, de 16 de enero; 240/2005, de 10 de octubre; 306/2005, de 12 de diciembre y 55/2007, de 12 de mayo.

esas personas podría determinar la nulidad del proceso selectivo, al menos en los casos en que su intervención haya sido decisiva⁴⁷⁷.

d) La independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección supone, de un lado, que éstos no pueden estar sujetos a injerencias, presiones externas, ni a instrucciones de ningún tipo y, de otro, que su valoración o juicio no puede ser sustituida por ningún otro órgano, administrativo o judicial, en vía de recurso o revisión de oficio, salvo que se constate algún vicio de procedimiento o de formación de la voluntad del órgano o de la libertad de decisión de sus miembros o –cómo no– la existencia de desviación de poder.

Según ha reconocido el propio Tribunal Constitucional, “ni el art. 24 ni el art. 23.2 CE incorporan en su contenido un pretendido derecho de exclusión del control judicial de la llamada discrecionalidad técnica, pues debe recordarse que, frente a esta cualidad que ha de reconocerse a los órganos de selección en el marco de un ‘prudente y razonable’ arbitrio, nunca excesivo”⁴⁷⁸, “las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican, en una ‘presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación; una presunción *iuris tantum*, por cierto, de ahí que siempre quepa desvirtuarla ‘si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justificación del criterio adoptado’, entre otros motivos por fundarse en patente error debidamente acreditado por la parte que lo alega”⁴⁷⁹.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha considerado que “la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control de la

⁴⁷⁷ CAVAS MARTINEZ, F.: “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en AA.VV (MONEREO PEREZ, J.L. et alii): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático a la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Granada, 2008, pág. 590.

⁴⁷⁸ STCo 138/2000, de 29 de mayo.

⁴⁷⁹ SSTCo 353/1993, de 29 de noviembre; 34/1995, de 6 de febrero y 73/1998, de 16 de marzo.

actividad evaluadora, que prácticamente quedarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados – cuando éstos existan--, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulen una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto”⁴⁸⁰.

e) La adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones y tareas a desarrollar queda garantizada por la fiabilidad y la validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad de los aspirantes, teniendo en cuenta su identidad para evaluar las competencias que forman parte del perfil previamente definido, y por la eficacia de los procesos de selección previa limitación de las pruebas de conocimientos generales y meramente memorísticas a favor de un incremento de las de tipo práctico⁴⁸¹.

f) La pretendida agilidad, sin perjuicio de la objetividad, tiende a salvaguardar la eficiencia del proceso selectivo sobre todo si el número de aspirantes fuera elevado. Medidas como la creación de varios tribunales que actúan de manera paralela, la introducción de exámenes preeliminares tipo test, que permiten una corrección rápida, la utilización de medios informáticos para el procesamiento de los ejercicios, etc., son instrumentos a utilizar para conseguir la celeridad perseguida. De todas formas, difícilmente se podrá anular un proceso de selección por falta de agilidad a menos que exista una norma expresa de caducidad por el transcurso de un determinado plazo.

g) En fin, la libre concurrencia, aunque no ha sido proclamada en el art. 55 EBEP, ha de entenderse plenamente aplicable, pues el art. 61 EBEP alude a ella como criterio configurador de los procesos selectivos, presidiendo su regulación, al disponer que dichos “procesos

⁴⁸⁰ STS, Cont-Admtivo, 14 julio 2000 (RJ 7714).

⁴⁸¹ SSTCo 47/1990, de 20 de marzo; 353/1993, de 29 de noviembre; 193/1997, de 4 de junio ó 30/2008, de 25 de febrero.

tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto”⁴⁸².

2.2.- La aplicación práctica de la igualdad, el mérito y la capacidad

El art. 23.2 CE ampara el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, a los empleos públicos con las condiciones que establezcan las leyes. La igualdad (que sirve fielmente a las ideas de integración y actuación democrática en lo público, garantía de la necesaria imparcialidad en los elegidos y eficacia administrativa⁴⁸³) no otorga, *ex art. 23.2 CE*, el derecho a ocupar o desempeñar tareas específicas, sino simplemente a participar (cuando proceda) bajo las mismas condiciones en las pruebas de selección⁴⁸⁴; lo hace, además, de forma concluyente, concediendo un derecho subjetivo de carácter fundamental y contenido específico ("no, por tanto, uno más, sino la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado"⁴⁸⁵), "y

⁴⁸² LOPEZ GOMEZ, J.M.: *La relación laboral especial de empleo público*, Madrid, 2009, pág. 155.

⁴⁸³ AGUILAR LUQUE, L. y GONZALEZ AYALA, M^a.D.: "El art. 23.1 y 2. El derecho a participar en los asuntos públicos", en AA.VV (ALZAGA VILLAAMIL, O., Dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*, Madrid, 1985, págs. 649 y ss.; PALOMAR OLMEDA, A.: "La configuración constitucional del derecho de acceso a las funciones públicas", *Revista de las Cortes Generales*, núm. 25, 1992, págs. 87-132; LOPEZ FRIA, A.: "El derecho de acceso a las funciones y cargos públicos", en AA.VV.: *Los derechos fundamentales y libertades públicas. XIII Jornadas de Estudio. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado*, T. II, Madrid, 1993, págs. 1607-1631; MARI, A.: *Accesso e carriera nelle pubbliche amministrazioni*, Milán, 1996, especialmente págs. 72 y ss. ó PULIDO QUECEDO, M.: *El acceso a los cargos y funciones públicas (Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución)*, Madrid, 1991, págs. 42-52.

⁴⁸⁴ SSTCo 50/1986, de 23 de abril; 67/1989, de 18 de abril; 200/1991, de 28 de octubre; 217/1992, de 1 de diciembre; 293/1993, de 18 de octubre; 38/2004, de 11 de marzo ó 31/2006, de 1 de febrero. En el mismo sentido, STS, Cont-Admtivo, 14 febrero 2003 (Ar. 911).

⁴⁸⁵ SANTAMARIA PASTOR, J.A.: "Comentario al art. 23 de la Constitución", en

diferente al reconocido en el mismo precepto a los cargos públicos"⁴⁸⁶. Así, lejos de poderlo considerar una mera especificación del art. 14 CE, lleva a una relación regla general/particular en la cual precisamente lo primero va a ser el respeto a las condiciones del art. 23.2 CE, mientras el art. 14 sólo actúa como referente especial sobre el número de supuestos tasados que expresamente contempla⁴⁸⁷: "aun cuando el derecho consagrado en el art. 23.2 es una especificación del derecho a la igualdad (art. 14 CE), es incuestionable el mayor alcance y operatividad de aquél en su proyección al régimen jurídico funcional"⁴⁸⁸. Así, si no se alega ninguno de los motivos de discriminación específicamente previstos en el art. 14 CE, es doctrina constitucional reiterada que, al concretar el art. 23.2 el derecho a la igualdad en relación con el acceso a la función pública, la genérica invocación del art. 14 debe entenderse comprendida en la más específica del art. 23.2⁴⁸⁹.

El compromiso enunciado en el art. 23.2 CE va a encontrar traducción, por ende, en la exigencia de unas condiciones objetivas iguales para que todos los ciudadanos puedan acceder a esa situación (también en momentos posteriores relativos a la provisión de un cargo o puesto de trabajo, singularmente en los concursos de traslado⁴⁹⁰ y en la permanencia sin perturbaciones ilegítimas en el desempeño de su plaza, de conformidad con lo dispuesto en las leyes⁴⁹¹), llevando a excluir o

AA.VV (ALZAGA VILLAAMIL, O., Dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, cit., pág. 293.

⁴⁸⁶ Anticipando el sentido último y verdadero del precepto, por su claridad y la contundencia de sus argumentos, SANCHEZ MORON, M.: "Comentario al art. 23.2 de la Constitución", en AA.VV (ALZAGA VILLAAMIL, O., Dir.): *Comentario a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*, cit., págs. 673-674.

⁴⁸⁷ ARROYO YANES, L.M.: *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Valencia, 1994, pág. 200.

⁴⁸⁸ FERNANDEZ FARRERES, G.: "El principio de igualdad en el acceso a la función pública y en la provisión de puestos de trabajo", en AA.VV.: *Función pública*, Madrid, 1993, págs. 56-57.

⁴⁸⁹ SSTCo 363/1993, de 13 de diciembre; 60/1994, de 28 de febrero; 16/1998, de 26 de enero y 83/2000, de 27 de marzo.

⁴⁹⁰ SSTCo 75/1983, de 3 de agosto; 15/1988, de 10 de febrero; 47/1989, de 21 de febrero ó 4/1991, de 14 de enero.

⁴⁹¹ SSTCo 76 y 133/1989, de 29 de abril y 19 de julio.

admitir determinadas conductas en atención a la arbitrariedad o razonabilidad --respectivamente-- de las pautas de conexión eventualmente fijadas para atender como conviene a la diversidad de tareas a realizar por la Administración⁴⁹² (con carácter general, pero también en cada una de sus especies⁴⁹³), las cuales admiten el trato diferenciado de unos aspirantes frente a otros siempre y cuando no conduzca a la discriminación; circunstancia que por sí sola no puede ser presumida, en tanto no parece desproporcionado pensar en el establecimiento de determinados requisitos previos en atención a aquella diversidad funcional significada⁴⁹⁴.

Formulado de otra manera, y a partir de dicho referente, "exige permitir la participación de todo ciudadano en los procedimientos selectivos para el empleo público, sin establecer requisitos o condiciones subjetivas, irrazonables o desproporcionadas capaces de generar discriminación (igualdad de oportunidades); [también, y] en segundo término, que los elegidos sean los candidatos más capacitados y meritorios (no en cambio, que éstos lo sean necesariamente, pues el proceso puede quedar desierto sin merma del principio, sino tan sólo su no preterición)"⁴⁹⁵. "El art. 103.3 no significa que todos cuantos se consideren capaces y con méritos puedan pretenderse aspirantes a una cierta función o la provisión de una vacante, sino que, delimitado el círculo de candidatos por una norma no disconforme con el art. 23.2 CE,

⁴⁹² GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E.: "Consideraciones en torno al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública", cit., pág. 524.

⁴⁹³ Baste remitir a las apreciaciones formuladas por CARRILLO BARROSO, E.: *Gestión de recursos humanos, presupuestación y Hacienda Local en España*, Madrid, 1991, pág. 78 ó CASTILLO BLANCO, F.A.: *Acceso a la función pública local (políticas selectivas y control jurisdiccional)*, Granada, 1993, pág. 17.

⁴⁹⁴ SANCHEZ BLANCO, A.: "La discrecionalidad técnica de los tribunales de oposiciones y concursos", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 30, 1981, págs. 206-207 ó PULIDO QUECEDO, M.: "Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, 1990, págs. 176 y ss.

⁴⁹⁵ SANCHEZ MORON, M.: *Derecho de la Función Pública*, 4ª edición, Madrid, 2004, pág. 124.

la resolución del procedimiento de selección habrá de guiarse sólo por aquellos criterios de mérito y capacidad"⁴⁹⁶.

Así, y como con acierto se ha dicho, "el mérito y la capacidad son los principios jurídicos que están incorporados al derecho fundamental de acceso a la función pública en condiciones de igualdad... Para la Administración son los únicos criterios de selección utilizables, debiendo concretar su contenido en cada caso con el objetivo de dar cumplimiento a la doble finalidad de escoger a los más idóneos y garantizar la igualdad en el proceso. Y para los Tribunales son conceptos jurídicos indeterminados, cuyo control es obligado a la hora de dilucidar si ha sido lesionado o sacrificado indebidamente un derecho fundamental"⁴⁹⁷.

En definitiva, el art. 23.2 CE no confiere derecho alguno a desempeñar funciones determinadas, ni siquiera el derecho a proponerse como candidato a las mismas, sino que garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio, y otorga una prerrogativa de carácter puramente reaccional para impugnar ante la justicia ordinaria y, en último extremo, ante el Tribunal Constitucional toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad⁴⁹⁸. Así, en cuanto derecho fundamental, goza de la tutela judicial reforzada a que se refiere el art. 53.2 CE, pudiendo ser defendido ante los tribunales de justicia frente a las decisiones administrativas que lo conculquen mediante el procedimiento especial en materia de derechos fundamentales, regulado en los arts. 114 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso Administrativo (o, si se prefiere,

⁴⁹⁶ STCo 148/1986, de 25 de noviembre.

⁴⁹⁷ FEREZ FERNANDEZ, M.: "Reflexiones sobre la necesaria renovación del modelo de selección en las Administraciones Públicas", en AA.VV.: *Jornadas sobre la selección de personal en las Administraciones Públicas* (Vitoria-Gasteiz, 1996), Oñati, 1997, pág. 57.

⁴⁹⁸ SSTCo 56/1986, de 23 de abril; 148/1986, de 25 de noviembre; 193/1987, de 9 de diciembre; 200/1991, de 13 de mayo; 293/1993, de 18 de octubre; 353/1993, de 29 de noviembre; 99/1999, de 31 de mayo ó 166/2001, de 16 de julio.

mediante el procedimiento ordinario) y, en último término, agotados todos los recursos en la vía judicial, mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁴⁹⁹. Desde luego –y como ya consta–, la igualdad no otorga el derecho a que los participantes sean necesariamente elegidos, pues el proceso de selección puede quedar desierto sin merma de la misma⁵⁰⁰.

Las relaciones descubiertas --y antes descritas-- entre los arts. 23.2 y 103.3 CE forzarían todavía más a una "interpretación integradora de la Constitución"⁵⁰¹, a partir de la cual descubrir que la publicidad, mérito y capacidad están presentes como elementos esenciales dentro de la igualdad en aquella proclamada, por ser la base común a todos los sectores de la Administración en la primera fase del acceso a la condición de empleado público, sin distinción de ninguna clase; llevando a insistir, en última instancia, sobre la necesidad de "normalización del personal laboral"⁵⁰², de armonizar los principios constitucionales del art. 103.3 CE con otros también reconocidos en la Carta Magna como el de tutela efectiva --art. 24.1 CE-- e igualdad ante la ley⁵⁰³ --arts. 14 y 23.2 CE--⁵⁰⁴.

Tal y como ha reconocido el máximo intérprete de la Norma Fundamental –y se ha dejado cumplida constancia en las páginas precedentes--, el derecho del art. 23.2 CE "entronca válidamente en el

⁴⁹⁹ SANCHEZ MORON, M.: *Derecho de la función pública*, 5ª edición, Madrid, 2008, pág. 114.

⁵⁰⁰ CAVAS MARTINEZ, F.: "Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio", en AA.VV (MONEREO PEREZ, J.L. et alii, Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Granada, 2008, pág. 586.

⁵⁰¹ MARTIN PUEBLA, E.: "Trabajadores al servicio de la Administración (la problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública)", *Relaciones Laborales*, 1990, T. I, págs. 28-30.

⁵⁰² MOLERO MARAÑON, M^a.L.: *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Valencia, 1999, pág. 45.

⁵⁰³ JIMENEZ ASENSIO, R.: "Selección, formación y carrera administrativa en la función pública vasca", *Documentación Administrativa*, núm. 204, 1985, págs. 66 y ss.

⁵⁰⁴ En tal sentido, y por todas, la continuada sucesión de pronunciamientos contenida en las SSTC 11 febrero, 22 marzo, 12 abril, 10 mayo, 1 julio y 4 octubre 1988 (Ar. 1394, 2060, 2754, 3640, 4182 y 6463).

principio general de igualdad ante la ley reconocido en el art. 14 CE⁵⁰⁵, lo cual implica que "la referencia al art. 14 como manifestación general, del que el citado art. 23.2 sólo sería una concreción para la función pública, permite sostener que la igualdad, mérito y capacidad deben ser predicables, y así se recoge expresamente en la normativa legal y reglamentaria vigente, tanto para los accesos de laborales como obviamente para cuantos se produzcan en el ámbito funcional" ⁵⁰⁶. De no ocurrir así quedaría muy mal parada la regla destinada a garantizar la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.2 CE), pues se estaría tratando de forma distinta a quienes desean incorporarse a la Administración como trabajadores⁵⁰⁷.

Es más, "en la materia rige un principio de igualdad absoluta de trato referido a todos los ciudadanos que limita la libertad de nombrar y contratar a quien se desee, a concretar en la exigencia de objetividad de acuerdo con los principios de mérito y capacidad"⁵⁰⁸. Todo ello sin olvidar cómo "la CE contiene una reserva de Derecho Administrativo capaz de impedir a la Administración convertirse en una persona de Derecho Privado más, evadiéndose de las garantías y controles a cambio de perder sus privilegios...; en consecuencia, el sometimiento al ordenamiento privado no va a hacer decaer ni perder vigor a determinados principios reguladores de la selección de personal"⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ STCo 269/1993, de 20 de septiembre. En el mismo sentido, STS, Cont-Admtivo, 17 febrero 2003 (JUR 2112) y SSTSJ, Cont-Admtivo, Castilla-La Mancha 8 febrero 2003 (JUR 112258), Andalucía/Sevilla 14 febrero 2003 (JUR 911) ó Castilla-La Mancha 5 julio 2004 (JUR 197086).

⁵⁰⁶ ROJO TORRECILLA, E.: "La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2000, pág. 87.

⁵⁰⁷ STCo 83/2000, de 27 de marzo. En la doctrina científica, SANCHEZ ICART, J.: "Contratación laboral por la Administración Pública: consecuencias jurídicas del incumplimiento de la normativa aplicable", *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1994, pág. 36.

⁵⁰⁸ SALA FRANCO, T.: *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, Madrid, 1989, pág. 26.

⁵⁰⁹ DEL SAZ CORDERO, S.: "Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional", en CHINCHILLA MARIN, C.; LOZANO, B. y DEL SAZ

Por tales motivos, resulta preciso aplicar los arts. 23.2 y 103.3 CE también en el caso de los trabajadores, para así evitar que el principio de igualdad quede reducido a la nada, vedando a la Administración "no sólo contratar libre o discrecionalmente los servicios de quien considere más conveniente, sino obligándola a hacerlo respecto de aquel ciudadano que acredite encontrarse con las cualidades objetivas, requeridas para el desempeño de las tareas predichas cuando le hagan acreedor de contraer tal vínculo"⁵¹⁰. Es menester "velar, en última instancia, por la neutralidad, evitando patronazgos políticos, corporativos, familiares o sociales"⁵¹¹ (trasunto fiel de los paradigmas básicos tantas veces mentados⁵¹²); también evitar esa impresión general de "la ausencia de competencia y de lealtad institucional, la preocupante disfuncionalidad, el consecuente desprestigio social y la creencia común en la población de no bastar para ingresar con poseer sólo los méritos necesarios"⁵¹³.

Bajo tales premisas, ya la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), hizo suyos los principios constitucionales de los arts. 23.2 y 103, pretendiendo unificar a estos efectos la selección de funcionarios y laborales. El legislador, consciente de los intereses y problemas presentes, abordó, por tanto, la cuestión con la "originalidad" en su planteamiento de que los preceptos dedicados a la materia abarcaban a todos, poniendo el acento, en ambos casos, en un mismo fin: la identificación creciente entre el tipo de pruebas efectuadas y las tareas a desempeñar⁵¹⁴. Decantó su criterio,

CORDERO, S.: *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1992, pág. 173.

⁵¹⁰ STCo 282/1983, de 27 de septiembre, siguiendo el pronunciamiento de la STCo 181/1991, de 18 de julio.

⁵¹¹ Por todos, ARROYO YANES, L.M.: *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, cit., pág. 193.

⁵¹² LANDA ZAPIRAIN, J.P., et alii: *La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas*, Madrid, 1993, pág. 30 y ALVAREZ DE LA ROSA, M.: "El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector público", *Documentación Administrativa*, núms. 210-211, 1987, pág. 229.

⁵¹³ MARTINEZ MARIN, A.: *Régimen jurídico de los funcionarios*, Madrid, 1999, pág. 51.

⁵¹⁴ ALVAREZ RICO, M. y GONZALEZ-HABA GUIADO, V.Mª.: *Administración y función pública en España*, Madrid, 1992, pág. 383.

pues, por una uniformidad de arranque, sin distinguir de partida entre las especies⁵¹⁵, "funcionarizando" para ello el régimen jurídico de los trabajadores al extender un sustrato básico común; el reclamo de convocatoria pública a través de oposición o concurso-oposición, en los cuales se garantizaran los principios constitucionales (art. 19 LMRFP)⁵¹⁶, lo que constituía --y constituye-- una traslación de la doctrina de los actos separables al ámbito de la contratación laboral por la Administración pública⁵¹⁷. Partiendo de la anteriormente mencionada "normalización del personal laboral", pretendió diseñar un modelo compartido con el propósito de desterrar el margen de discrecionalidad apreciado --y acusado-- sistemáticamente en su proceso selectivo⁵¹⁸.

Como ha reconocido la doctrina jurisdiccional en numerosas ocasiones, este precepto (entonces vigente) resultaba aplicable a todas las Administraciones y a todos sus empleados, incorporando un mandato cuyo carácter imperativo no cabía desconocer⁵¹⁹, con la consecuencia añadida de que en la fase de reclutamiento debía prevalecer la posición de poder público frente al envés de la condición de empleador-patrón⁵²⁰.

Bajo esta misma perspectiva, el actual art. 55.2 EBEP se esfuerza en dejar claro que las "Administraciones públicas seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que

⁵¹⁵ Por extenso, especialmente sugerente la exposición de CASTILLO BLANCO, F.A.: "Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 86, 1995, págs. 187 y ss.

⁵¹⁶ AGRA VIFORCOS, B.: "La homogeneización del régimen jurídico del personal al servicio de la Administración. Aspectos de Derecho individual", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, cit., pág. 304.

⁵¹⁷ QUINTANA LOPEZ, T. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las Administraciones Públicas", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 13, 2001, págs. 9 y ss.

⁵¹⁸ MOLERO MARAÑON, M.L.: *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, cit., pág. 46.

⁵¹⁹ Dada su claridad, STS, Social, 30 marzo 1999 (Ar. 3775); en igual sentido, STSJ, Social, Valencia 10 julio 2001 (Ar. 1682).

⁵²⁰ MOLINA GARCIA, M.: *El contrato de trabajo en el sector público*, Granada, 2000, pág. 23.

se garanticen los principios constitucionales” tantas veces citados. El interés general, llamado a presidir la actuación de conformidad con el principio de eficacia, impide --se repite-- al empresario público reclutar discrecionalmente a quien más le convenga, al margen de los parámetros de mérito y capacidad, debiendo hacerlo obligatoriamente con el más capaz para el puesto a desempeñar atendidos determinados criterios objetivos. Es más, los principios de mérito y capacidad no sólo son aplicables para la selección de personal funcionario o laboral en todas las Administraciones públicas, sino también, de un lado, en las Entidades y organismos a que se refiere el art. 2 EBEP (Administración General del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, Administraciones de las Entidades Locales, Organismos públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas y Universidades públicas) y, de otro, en las Entidades del sector público estatal, autonómico y local no incluidas en el art. 2 EBEP (fundaciones y empresas públicas con forma de sociedad) por mandato expreso de la disposición adicional primera EBEP⁵²¹.

Ahora bien, el postulado de la estricta igualdad en el acceso a todos los puestos públicos (funcionariales y laborales), tan claro desde el punto de vista teórico, va a sufrir, en la práctica, sutiles conculcaciones y sistemáticos desconocimientos cuando de contratación en régimen laboral se trata⁵²², configurándose la huida hacia el Derecho Privado como una vía para rebajar las exigencias constitucionales, sobre todo en los supuestos de empleo temporal donde la necesidad de acortar los plazos máximos sirve de pretexto para contravenir los tantas veces mencionados arts. 23.2 y 103.3 CE. Con ser grave lo anterior, la vulneración de los principios de mérito y capacidad todavía es más

⁵²¹ SANCHEZ MORON, M.: *Derecho de la Función Pública*, 5ª edición, Madrid, 2008, pág. 141.

⁵²² RAMOS MORAGUES, F.: “Los principios rectores del acceso al empleo público”, en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009, pág. 710.

flagrante cuando la Administración decide acudir a fórmulas indirectas de prestación de servicios públicos, donde el empresario, adjudicatario del contrato administrativo, puede elegir y contratar libremente sin condicionante alguno. Esta situación ha llevado a un sector de la doctrina afirmar que en la actualidad “se aceptan y potencian los instrumentos ya existentes para eludir la aplicación del mérito y la capacidad en toda su intensidad”⁵²³, colocando a dichos postulados en una situación de crisis sin precedentes⁵²⁴.

3.- El reclutamiento de personal laboral como expediente al servicio del clientelismo

Como ya consta, lo que la CE pretende es que ingresen en el empleo público, mediante los procedimientos selectivos correspondientes, quienes, de entre los candidatos, reúnan mayores méritos y capacidad, sancionando cualquier otro resultado como contrario al principio y derecho fundamental a la igualdad jurídica. Sin embargo, sobre el sistema de acceso al empleo público laboral gravita el riesgo del clientelismo político o sindical, de endogamias corporativas o académicas, de nepotismo y de otras formas de favoritismo y discriminación, con violación de los parámetros constitucionales. Es más, este problema se ha agravado a medida en que aumenta la tasa de temporalidad en las Administraciones públicas, ya que la selección de este tipo de personal es mucho más dúctil que la de los trabajadores estables, y, muchas veces, es utilizada, además, de forma irregular⁵²⁵. De ahí que el Informe de la Comisión de Estudio y

⁵²³ PEREZ GOMEZ, J.M.: “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en AA.VV (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Pamplona, 2008, pág. 491.

⁵²⁴ PARADA VAZQUEZ, R.: *Derecho del Empleo Público*, Madrid, 2007, pág. 136.

⁵²⁵ SANCHEZ MORON, M.: “El acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios”, en AA.VV (SANCHEZ MORON, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 397 ó QUINTANA LÓPEZ,

Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público haya señalado como una de las características fundamentales del empleo público laboral de duración determinada “la relajación en dicho régimen de los principios constitucionales de mérito y capacidad”.

Buena muestra de lo anterior puede encontrarse en el siguiente dato: el art. 61.6 EBEP se encarga de aclarar que los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición y, sólo excepcionalmente, en virtud de ley, podrá acudir al sistema de concurso, el cual consistirá únicamente en la valoración de méritos; sin embargo, el art. 61.7 es claro al señalar que los sistemas de selección del personal laboral fijo serán la oposición, el concurso-oposición o el concurso de valoración de méritos, sin mostrar preferencia por ninguno de ellos en cuanto al personal estable y dejando total libertad –lo que es aún más preocupante-- por lo que hace al personal contratado a término⁵²⁶.

3.1.- Posibilidades

Partiendo de que el colectivo de personal al servicio de las Administraciones Públicas se halla estructurado sobre una dualidad fundamental (funcionarios y trabajadores), procede ahora centrar la atención en los segundos para señalar que tal y como se encarga de aclarar el art. 11.2 EBEP, no pueden ocupar todo tipo de puestos de trabajo, pues aun cuando --según ya consta-- el ordenamiento jurídico español viene posibilitando que las Administraciones cubran sus necesidades de mano de obra tanto mediante funcionarios cuanto con empleados sometidos al régimen jurídico previsto en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto

T.: “El principio de igualdad en el acceso al empleo público de régimen laboral”, en AA.VV.: *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Profesor Doctor Lorenzo Martín-Retortillo*, Madrid, 2008, págs. 1235 y ss.

⁵²⁶ AGUILAR MARTIN, M.C.: “La relación laboral temporal del empleado público”, en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009, pág. 392.

refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), la opción constitucional por los empleados públicos en régimen funcional (arts. 103.3 y 149.1.18ª CE) conduce –como lógica consecuencia– a que deba ser la Ley la encargada de determinar los casos y condiciones bajo las cuales pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio que nunca pueden afectar al ejercicio del *ius imperium* por parte de los Entes públicos.

Bajo tal premisa --y como antecedente--, la Ley 23/1998, de 28 de julio, modificando la LMRFP, aceptó de modo acrítico la tesis mantenida por el Tribunal Constitucional⁵²⁷, a partir de la cual el modelo ha de descansar sobre el régimen funcional, y procedió a enumerar (con una grave falta de sistemática) los supuestos en los cuales las tareas de interés general podían ser realizadas por sujetos distintos de los funcionarios⁵²⁸: puestos no permanentes y fijos discontinuos; los propios de oficios, vigilancia, custodia, porteo o análogos; los de carácter instrumental correspondientes a mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social; los vinculados a expresión artística y a los servicios sociales y de protección de menores; cuantos requieran conocimientos técnicos especializados de no existir cuerpos con preparación específica; los de tareas auxiliares, instrumentales y de apoyo administrativo; y, en fin, los de trámite, colaboración y auxilio administrativo en el extranjero (art. 15)⁵²⁹.

Pese a tan limitado tenor legal, la contratación de personal laboral en el marco de la actividad desarrollada por la Administración

⁵²⁷STCo 99/1987, de 11 de junio, manifestando la necesidad de que la Ley establezca los puestos en los cuales, por su especial naturaleza, se reservan a los funcionarios públicos y cuantos, excepcionalmente, pueden ser ocupados por personal sin dicha condición.

⁵²⁸SAINZ MORENO, F.: "El Estatuto de la Función Pública después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 y de la Ley 23/1988", *Revista de Administración Pública*, núm. 117, 1988, págs. 356 y ss. En la doctrina judicial, por todas, STS, Cont-Admto, 11 octubre 2005 (RJ 7268).

⁵²⁹IZQUIERDO HERNANDEZ, F.J. y MOLINA GARCIA, M.: *La laboralización de los funcionarios públicos*, Valencia, 1996, págs. 13 y ss.

pública se ha convertido, con el paso del tiempo, en una práctica cada vez más habitual; lejos de ser excepcional, aparece plenamente normalizada hasta en su importancia numérica, sin que la reacción legal haya bastado para contenerla⁵³⁰. Por tales razones, el art. 11.2 EBEP, por expresa remisión a lo previsto en el art. 9.2, pretende ahora reservar a los funcionarios "el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca", utilizando una fórmula que traslada del ordenamiento europeo a efectos de la admisión de trabajadores extranjeros comunitarios en la función pública nacional.

Ahora bien, el propio EBEP deslegitima la frontera propuesta entre lo laboral y lo funcional por dos motivos fundamentales: primero, porque el art. 9.2 remite dicha delimitación, que es básica, a cuanto determinen las leyes estatales y autonómicas de desarrollo, de modo que los linderos pueden variar de manera notable entre unas y otras Administraciones públicas; segundo, porque permite en la disposición adicional quinta que las más importantes y trascendentes funciones del Estado, las de los órganos reguladores de la economía, estén en manos de contratados laborales. Es más, esta legislación general no puede imponer, sino sólo permitir, la atribución de determinadas funciones o puestos de trabajo al personal contratado. Es la propia Administración, a través de las relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares (art. 74 EBEP), la que debe decidir en cada caso el régimen aplicable⁵³¹.

Todo ello contribuirá a que las Administraciones públicas "puedan seguir utilizado sin ningún tipo de cortapisas todas las fórmulas existentes de contratación laboral para satisfacer las necesidades de los servicios, facilitando el nepotismo en los nombramientos de tales empleados públicos y la marginación de las oposiciones como sistema

⁵³⁰MOLINA GARCIA, M.: *El contrato de trabajo en el sector público*, Granada, 2000, pág. 19.

⁵³¹STSJ, Social, Castilla-La Mancha 4 abril 2005 (AS 720).

selectivo de mayor rigor"⁵³², utilizando fórmulas de reclutamiento “descafeinadas” permitidas por el EBEP, muchas veces incompatibles con los tantas veces mencionados principios de mérito y capacidad⁵³³.

3.2.- La importancia cuantitativa de este tipo de mano de obra

Tradicionalmente se ha defendido que han de ser los funcionarios quienes presten de manera exclusiva su actividad profesional a la Administración, no en vano ésta tiene como fin satisfacer un servicio público de forma permanente, siendo el régimen funcionarial el elegido para gestionar cuantos asuntos defienden el interés general. Para cubrir sus necesidades de personal, los Entes públicos deben optar, así, por el reclutamiento de funcionarios de carrera (aquellos que, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente –art. 9 EBEP--), interinos (los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de los funcionarios de carrera –art. 10 EBEP-- o eventuales (quienes, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realizan funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial – art. 12 EBEP--)⁵³⁴.

⁵³² PARADA VAZQUEZ, R.: *Derecho del Empleo Público. Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007, pág. 87.

⁵³³ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones públicas*, Sevilla, 2006, págs. 81 y ss.

⁵³⁴ LUQUE PEREZ, A.: “Especialidades de los procedimientos selectivos en el personal interino y eventual”, en AA.VV (CASTILLO BLANCO, F.A., Coord.): *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Granada, 1998, págs. 257 y ss.

Ahora bien, además de esta vía primera y principal, la contratación ajustada al Derecho Social es hoy también un fenómeno consolidado e indiscutible en este ámbito; es más, parece que el modelo-tipo está perdiendo la batalla contra una evidente "laboralización"⁵³⁵. Las cifras son elocuentes a este respecto: los trabajadores representan ya la cuarta parte de quienes atienden este menester; en sólo veinte años, en la Administración estatal se ha duplicado su cuantía, mientras que en alguna de las Comunidades Autónomas doblan sobradamente en número a los funcionarios de carrera de esa misma entidad territorial⁵³⁶. Ha lugar, en consecuencia, a una yuxtaposición del régimen público y del privado, del funcionariado y del personal laboral, apostando, en realidad, por una dualidad de cauces jurídicos⁵³⁷.

Admitida, pues, la posibilidad de que parte de las relaciones de empleo establecidas entre las Administraciones públicas y el personal por cuenta y bajo la dependencia de aquéllas sean reguladas por la normativa laboral, inmediatamente surge la duda de si éste se aplica plenamente o si, por el contrario, existen, desde el punto de vista constitucional, principios capaces de condicionar su aplicación, matizándola o modulándola. Con carácter general, la más reciente jurisprudencia ha proclamado que cuando la Administración actúe como empresario ha de quedar sujeta al ordenamiento jurídico encargado de disciplinar esa prestación de servicios; en consecuencia, el contrato de trabajo habrá de regirse en su nacimiento, y en el desarrollo de la relación de él dimanante, por la normativa social de aplicación⁵³⁸. Ahora bien, las peculiaridades derivadas de su carácter público plantean importantes disfuncionalidades a la hora de aplicar la regla, no en vano

⁵³⁵FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, pág. 127.

⁵³⁶DEL SAZ CORDERO, S.: *Contrato laboral y función pública*, Madrid, 1995, pág. 7.

⁵³⁷LOPEZ GOMEZ, J.M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones públicas*, Madrid, 1995, pág. 158.

⁵³⁸Por todas, SSTs, Social, 10 marzo 1999 (Ar. 2124) y 11 noviembre 2004 (RJ 7622).

se trata de un empleador sometido al Derecho del Trabajo en cuanto tal, pero también al Derecho Administrativo por mor de su naturaleza⁵³⁹.

La tensión entre estos dos complejos normativos (cada uno de ellos con principios y finalidades distintas, aun cuando cada vez menos, dado el evidente "mimetismo" en sus categorías por cuanto a la gestión de recursos humanos hace)⁵⁴⁰ será patente en todos los momentos de la relación laboral, pero, sobre todo, en el de inicio, lo cual no ha dejado de plantear problemas de difícil solución que han aconsejado una oportuna intervención normativa de la mano del art. 11 EBEP.

Así, de conformidad con lo previsto en el párrafo primero del art. 11.1 EBEP, el personal laboral es aquel que, en virtud de la celebración de cualquier modalidad de contrato de trabajo (y, por tanto, cumpliendo los presupuestos de laboralidad del art. 1.1 ET), presta servicios retribuidos en las Administraciones públicas. El EBEP faculta, así, a la Administración para hacer uso de todas las vías de contratación previstas en el ET, tanto por tiempo indefinido (común u ordinario, para fomento del empleo o fijo discontinuo) como singularmente temporales: alguno de los siete tipos admitidos por la ley laboral, clasificados en los grupos de contratos formativos (para la formación o en prácticas), estructurales (obra o servicio determinado, eventual o interino) y coyunturales (de relevo y para la sustitución de trabajadores de sesenta y cuatro años)⁵⁴¹. Como regla general, el acceso al empleo público, por cualquiera de los cauces transcritos, ha de tener lugar, además, con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad (art. 55.1 EBEP), secuela de los cuales son otros seis ya conocidos (art.

⁵³⁹ SALA FRANCO, T.: "Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001, pág. 32.

⁵⁴⁰ CAVAS MARTINEZ, F.: "Propuestas para un Estatuto Básico del Empleado Público", *Aranzadi Social*, 2005, T. V, págs. 381 y ss.

⁵⁴¹ DE LA VILLA GIL, L.E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Iustel*, núm. 14, 2007, pág. 4. En la doctrina judicial, STSJ, Social, Andalucía (Sevilla) 23 enero 2002 (AS 3682).

55.2 EBEP): publicidad de las convocatorias y de sus bases; transparencia; imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección; independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de estos órganos; adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección. Ahora bien, estos parámetros resultan exigibles, desde el tenor legal, en el nacimiento de las relaciones laborales fijas o de plantilla, pero no necesariamente en las restantes. Muchas veces "la búsqueda de la eficacia que la contratación *a termino* proporciona ha servido de simple excusa para relajar el cumplimiento de la legalidad y la contratación de temporales ha sido un expediente al servicio del clientelismo, a falta de suficientes garantías de objetividad"⁵⁴².

Es más, aun cuando las fórmulas contractuales laborales han planteado numerosos problemas de aplicación práctica no sólo a los empresarios privados, sino también a los públicos, la vigencia de los principios constitucionales contenidos en el art. 103.3 CE y la necesidad de servir con objetividad a los intereses generales han acentuado dicha conflictividad⁵⁴³, no en vano la causalidad o tasación legal de los supuestos habilitantes debe suponer la necesaria concurrencia de unos presupuestos legitimadores en cada caso que la Administración no puede obviar y que el EBEP se encarga de remarcar, exigiendo un ajuste causal entre el caso legalmente previsto y la realidad del trabajo requerido por la Administración, sin ser de recibo usar un molde determinado para un supuesto de hecho ajeno al mismo.

3.3.- Contratación irregular: evolución jurisprudencial

La facultad de acudir a las vías de contratación laboral temporal, utilizada de forma arbitraria, descontrolada y abusiva por parte de las Administraciones públicas, está en el origen de grandes problemas

⁵⁴²CASTILLO BLANCO, F.A.: "Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 86, 1995, pág. 53.

⁵⁴³PUERTA SEGUIDO, F.: *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, 2003, pág. 214.

capaces de requerir la constante intervención de los Tribunales, habida cuenta que, de aplicar el ordenamiento social en toda su extensión, la utilización fraudulenta o irregular significaría la conversión del contrato en indefinido, lo cual parece chocar con las exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito y capacidad, para cuya satisfacción se prevén pruebas selectivas objetivas de acceso; de determinar, por el contrario, la nulidad contractual, quedan a salvo los principios constitucionales, pero se sanciona la irregularidad en beneficio del infractor⁵⁴⁴.

La solución no es fácil, y así lo muestra una evolución jurisprudencial a la que seguidamente se hará referencia, la cual, como da cuenta la doctrina⁵⁴⁵, tarda en adoptar una posición definitiva, fluctúa, se contradice o corrige y, en cualquier caso, adopta decisiones capaces de dejar siempre insatisfechos determinados intereses legítimos en presencia. De este modo y al menos en ocasiones, afirma la primacía de los principios constitucionales sobre la presunción de estabilidad⁵⁴⁶, para defender, en otras, la aplicabilidad del ordenamiento laboral⁵⁴⁷, estableciendo, al final, una extraña distinción entre trabajadores fijos (quienes han superado las pruebas de selección) e indefinidos (convertidos en tales por irregularidades no formales, sino de cierta entidad), quedando obligada la Administración a adoptar las medidas

⁵⁴⁴RIVERO LAMAS, J.: "Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas", en AA.VV (GARATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Barcelona, 2004, págs. 30 y ss.

⁵⁴⁵FOLGUERA CRESPO, J.: "Contratación temporal de las Administraciones Públicas. Diversidad de criterios jurisprudenciales", *Actualidad Laboral*, 1992, T. II, págs. 337 y ss. ó MARTIN PUEBLA, E.: "Trabajadores al servicio de la Administración (La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública)", *Relaciones Laborales*, 1990, T.I, págs. 20 y ss.

⁵⁴⁶Entre muchas, SSTS, Social, 21 diciembre 1984 (Ar. 6719), 8 abril y 20 octubre 1986 (Ar. 575 y 1598), 15 enero, 11 marzo, 29 septiembre, 5 y 27 octubre y 11 diciembre 1987 (Ar. 34, 1385, 6491, 6815, 7203 y 9451), 8 y 28 noviembre 1988 (Ar. 8821 y 8900) ó 7 marzo y 15 junio 1989 (Ar. 1802 y 4587).

⁵⁴⁷STS, Social, 6 mayo 1992 (Ar. 3516).

precisas para la cobertura definitiva de la plaza, causa lícita de extinción del contrato⁵⁴⁸.

3.3.1.- Primera etapa: primacía de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad sobre la presunción de estabilidad en el empleo

En un primer momento, parecen primar (no sin excepciones, conviene advertir) los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad sobre la presunción de estabilidad en el empleo inherente a las normas de Derecho del Trabajo, con lo cual el art. 15.3 ET (presunción de indefinición contractual) no sería de aplicación en el marco de las contrataciones temporales fraudulentas llevadas a cabo por las Administraciones, pues lo impedirían los parámetros incorporados a la Norma Fundamental para garantizar la igualdad de oportunidades en la obtención de los empleos públicos, recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE, en relación con el entonces vigente art. 19 LMRFP. Las desviaciones cometidas al respecto suponen meras irregularidades administrativas, que no permiten modificar la naturaleza de la relación, ni determinar la adquisición, con carácter indefinido, del puesto ocupado⁵⁴⁹.

Esta tesis de partida pronto adquiere matices interesantes al abordar la extinción del vínculo temporal anómalamente concertado. La regla general sigue siendo que el reconocimiento de la improcedencia del despido no puede llevar aparejada nunca la opción por la readmisión, restando únicamente la posibilidad de indemnizar al "damnificado", pues de lo contrario se perpetuaría una relación nacida "*contra natura*" y, a la postre, contra la Constitución⁵⁵⁰. Pero no dejan de aparecer

⁵⁴⁸STS, Social, 7 octubre y 10 y 30 diciembre 1996 (Ar. 7492, 9139 y 9846), 20 marzo 1997 (Ar. 2598) ó 20 y 21 enero 1998 (Ar. 4 y 351).

⁵⁴⁹SSTS, Social, 19 octubre y 16 diciembre 1985 (Ar. 4697 y 6117) ó 29 mayo 1986 (Ar. 2746).

⁵⁵⁰FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios (sobre*

pronunciamientos que consideran tal interpretación "irrespetuosa" con otros principios "igualmente constitucionales, como el de tutela judicial efectiva --art. 24.1--, así como con el de igualdad ante la Ley --art. 14--, toda vez que de seguir el razonamiento judicial *supra* expuesto recibirían distinto trato los trabajadores de la Administración pública que quienes trabajaran para particulares"⁵⁵¹. La diferencia, en este caso, vendría justificada, no obstante, por la presencia de tan singular empresario, capaz de convertir el diverso tratamiento no sólo en "no-discriminatorio", sino en justo, al venir exigido por el propio art. 14 CE⁵⁵².

3.3.2.- Segunda etapa: la transformación en indefinida de la relación en supuestos de incumplimientos especialmente cualificados

Pronto aparece consolidada una nueva tesis, con *vis expansiva* indudable (e "inspirada netamente en principios laborales"), conforme a la cual parece oportuno rectificar la regla general en el supuesto de "incumplimientos especialmente cualificados"⁵⁵³, por entender que, en tal caso, los contratos entre la Administración y un trabajador por cuenta ajena no pueden ser considerados meros pactos anómalos, sino acuerdos en los cuales las transgresiones al Derecho alcanzan una entidad tal como para merecer la sanción máxima para el empleador de ver convertida tal relación en indefinida, y el beneficio supremo para el empleado de alcanzar la estabilidad⁵⁵⁴. De esta forma, mientras las

la laboralización de algunos de los núcleos duros de la función pública), Santiago de Compostela, 2003, pág. 255.

⁵⁵¹ATCo 848/1988, de 4 de julio.

⁵⁵²ATCo 697/1988, de 6 de junio.

⁵⁵³Una completa síntesis de tal perspectiva, por todas, en la STS, Social, 18 julio 1990 (Ar. 6424).

⁵⁵⁴ En tal sentido, entre muchas, SSTs, Social, 7 mayo 1985 (Ar. 1059), 2 mayo y 9 abril 1987 (Ar. 1305 y 2386), 7 marzo, 7 mayo, 4 julio, 13 septiembre y 11 octubre 1988 (Ar. 1790, 1854, 5745, 6616 y 7477), 7 junio y 28 noviembre 1989 (Ar. 4547 y 8272), 2 marzo 1990 (Ar. 1750), 18 marzo 1991 (Ar. 1875), 7 octubre 1996 (Ar. 7492), 14 marzo 1997 (Ar. 2474) ó 20 enero 1998 (Ar. 317).

irregularidades formales en la materia no provocan la transformación de temporal en indefinido, primando, por tanto, la aplicación de los principios de mérito y capacidad, los incumplimientos especialmente cualificados sí lo hacen⁵⁵⁵.

Como es lógico, los conceptos "especialmente cualificado" e "irregularidades no significativas" ("términos abstractos" aplicables a un elenco ingente de supuestos) dieron pábulo a una polémica de inacabable jurisprudencia sobre lo que por tal cabía entender o no. Así, entre los principales incumplimientos leves, venían siendo citados la superación no importante de los plazos máximos de contratación temporal permitidos legalmente⁵⁵⁶, la no materialización del vínculo en modelo oficial⁵⁵⁷, su formalización tardía por escrito⁵⁵⁸ (también cuando tales circunstancias afectaran a las prórrogas)⁵⁵⁹ o la suscripción de una modalidad cuando debería haberse utilizado otra (siempre y cuando, exigida, sí concurra la causa de la temporalidad)⁵⁶⁰. Por contra, procedía considerar graves (atendiendo tanto a la entidad misma de la infracción cuanto a la posible presencia de un elemento intencional ordenado a eludir la aplicación de las garantías legales en este ámbito) las siguientes irregularidades⁵⁶¹: la contratación temporal de un trabajador para desarrollar actividades coincidentes con las funciones normales y habituales de un organismo público⁵⁶², la utilización del tipo eventual para cubrir necesidades permanentes si bien cíclicas⁵⁶³, la omisión de la forma escrita del contrato⁵⁶⁴, la abierta superación de los plazos máximos

⁵⁵⁵SSTS, Social, 12 septiembre 1988 (Ar. 6874), 27 noviembre 1989 (Ar. 8262), 7 febrero y 18 julio 1990 (Ar. 838 y 6424), 7 y 23 octubre 1992 (Ar. 7621 y 7676), 27 octubre y 18 julio 1994 (Ar. 8532 y 7055) y 28 noviembre 1995 (Ar. 8767).

⁵⁵⁶STSJ, Social, Extremadura 31 mayo 1994 (Ar. 1955).

⁵⁵⁷STS, Social, 13 diciembre 1987 (Ar. 8901).

⁵⁵⁸STS, Social, 28 noviembre 1988 (Ar. 8901).

⁵⁵⁹STS, Social, 24 abril y 4 junio 1986 (Ar. 2244 y 3464).

⁵⁶⁰STS, Social, 31 julio y 7 noviembre 1995 (Ar. 6926 y 8673) ó 4 mayo y 12 junio 1998 (Ar. 4089 y 5203).

⁵⁶¹STS, Social, 26 octubre 1992 (Ar. 7842).

⁵⁶²SSTS, Social, 18 marzo y 31 mayo 1991 (Ar. 1875 y 3931) ó 27 enero y 6 mayo 1992 (Ar. 75 y 3577).

⁵⁶³STS, Social, 18 diciembre 1991 (Ar. 9081).

⁵⁶⁴STSJ, Social, Andalucía (Sevilla) 26 febrero 1999 (Ar. 872).

de duración autorizada para la respectiva modalidad⁵⁶⁵, el hecho de no denunciar el cumplimiento del término⁵⁶⁶ o, por no seguir, la falta de capacidad para formalizar el contrato para el fomento del empleo⁵⁶⁷.

En estos casos flagrantes, la jurisprudencia no tuvo más remedio que aplicar la sanción laboral correspondiente: la transformación del contrato temporal en indefinido⁵⁶⁸, evitando el filtro de la selección previa de quien accedía en términos laborales a la condición de fijo, dando plena validez a la conocida expresión "nada hay más fijo en la Administración que lo temporal"⁵⁶⁹. Lo verdaderamente dificultoso era --según consta-- encontrar un criterio cierto para trazar la línea divisoria entre las meras anomalías no determinantes de consecuencias tan drásticas y aquellas otras "especialmente cualificadas", configuradoras del efecto trascendente descrito⁵⁷⁰. En consecuencia, la inseguridad quedaba servida, pues no sería el tipo de irregularidad, sino su grado e intensidad, lo que permitiría diferenciar entre los incumplimientos especiales y cualificados de aquellos otros no considerados como tales; de modo tal que una misma inobservancia de la normativa sobre contratación temporal podría conducir a la transformación o no a partir de su entidad⁵⁷¹.

⁵⁶⁵STS, Social, 11 mayo 1997 (Ar. 2312).

⁵⁶⁶STSJ, Social, Madrid 10 junio 1999 (Ar. 1968).

⁵⁶⁷STS, Social, 18 julio 1989 (Ar. 5873).

⁵⁶⁸BARREIRO GONZALEZ, G.: "Trabajadores temporales al servicio de la Administración Local. Conversión en funcionarios", *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2000, pág. 39.

⁵⁶⁹Recordada por MIÑAMBRES PUIG, C.: *La estabilidad de los funcionarios y trabajadores ¿Una gran distancia entre ambas relaciones de empleo?*, Madrid, 2001, pág. 179.

⁵⁷⁰CORDERO SAAVEDRA, L.: *Régimen de trabajo de las Administraciones Públicas*, Murcia, 2004, pág. 120.

⁵⁷¹GODINO REYES, M.: *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Madrid, 1986, pág. 219.

3.3.3.- Tercera etapa: la primigenia distinción entre el trabajador fijo de plantilla y el trabajador temporalmente indefinido o indefinido no fijo

Quedaba abonado el terreno para, en un tercer momento, dar el salto de calidad (más que de "cambio de doctrina" cabe aludir a una "ordenación y sistematización de la precedente"⁵⁷², transformando la regla especial en general) y anteponer el principio constitucional de tutela judicial efectiva a los de mérito y capacidad. El paso decisivo lo lleva a cabo el Tribunal Supremo cuando establece --y sostiene en el tiempo⁵⁷³, sumándose al principio de igualdad de efectos entre Administración y empresario privado en esta materia-- que la previsión normativa sobre acceso debe quedar ceñida "al estadio preliminar de la misma, referido al procedimiento de selección o reclutamiento", razón por la cual aquella previsión específica [el entonces art. 19 LMRFP] "no puede entenderse en el sentido de que las entidades y organismos públicos queden exentos de someterse a la legislación social cuando, actuando como empresarios, celebren y queden vinculados con sus trabajadores por medio de contrato laboral, el cual habrá de regirse en su nacimiento y en el desarrollo de la relación que de él dimana ajustadamente a la normativa aplicable según las circunstancias concurrentes en cada caso"; y ello a pesar de los principios constitucionales, pues estos cualificados empleadores deben "tener en cuenta la normativa general, coyuntural y sectorial destinada a regular esta clase de contratos en el Derecho del Trabajo... Negar tal sometimiento iría en contra del claro mandato del art. 9.1 de la Norma Fundamental que sujeta, no sólo a los ciudadanos, sino también a los poderes públicos, a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico... Cuando no hay un razonable aplazamiento de la provisión

⁵⁷²CARRATALA TERUEL, J.L. y LABADO SANTIAGO, J.Mª.: "Los efectos de la irregular contratación laboral por la Administración Pública", *Tribuna Social*, núm. 13, 1993, págs. 71 y ss.

⁵⁷³SSTS, Social, 11 febrero, 18 marzo y 31 mayo 1991 (Ar. 822, 1875 y 3931), 27 enero, 6 y 19 mayo, 20 y 27 julio y 26 octubre 1992 (Ar. 508, 3679, 3577, 5635, 5663 y 7842), 22 septiembre 1993 (Ar. 7111) ó 12 julio 1994 (Ar. 5714).

regular, sino una desviación positiva del pleno sometimiento a la ley y al Derecho, por excepción, tal incumplimiento se sanciona entendiendo que la consecución arbitraria y desmedida de vínculos temporales implica un juicio permanente y favorable a la existencia de mérito y capacidad capaz de suplir la falta de pruebas selectivas"⁵⁷⁴.

Ahora bien, el Alto Tribunal añade: "el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal su no sometimiento, directa o indirectamente, a un término, pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijo de plantilla incompatible con las normas legales sobre reclutamiento de personal fijo en las Administraciones públicas. En virtud de éstas, el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza con una adscripción definitiva del puesto ocupado; antes al contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida ésta en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el vínculo"⁵⁷⁵. De este modo, aparece una extraña diferencia entre fijos al servicio de la Administración, los que han superado las oportunas pruebas de selección, y por tiempo indefinido, quienes sin superar aquéllas hayan accedido a la condición de empleados públicos por irregularidades en la contratación⁵⁷⁶.

3.3.4.- Cuarta etapa: la prolongación del contrato temporal ilícito únicamente hasta la provisión definitiva o amortización de la vacante correspondiente

Como no podía ser menos, esta discutible tesis alcanzada en unificación de doctrina quedó abierta a las más duras de las críticas, no tardando en surgir una nueva doctrina de la Sala de lo Social del

⁵⁷⁴STS, Social, 6 mayo 1992 (Ar. 3516) y 24 enero y 19 julio 1994 (Ar. 865 y 6684).

⁵⁷⁵SSTS, Social, 7 octubre y 10 y 30 diciembre 1996 (Ar. 7492, 9139 y 9846), 20 marzo 1997 (Ar. 2598) ó 20 y 21 enero 1998 (Ar. 4 y 351).

⁵⁷⁶STS, Social, 27 marzo 1998 (Ar. 3159).

Tribunal Supremo, la cual, al tratar de especificar el alcance jurídico de la diferenciación entre trabajadores fijos de plantilla e indefinidos, entiende que el contrato temporal ilícito se prolonga en el sector público hasta la provisión definitiva o amortización de la vacante correspondiente⁵⁷⁷, lo cual no equivale a la adquisición por el trabajador de fijeza con adscripción definitiva al puesto ocupado⁵⁷⁸. La valoración judicial no es identificable, por tanto, con la proclamación del carácter indefinido de la relación laboral ordinaria, pues la calificación de fijeza corresponde a la posición subjetiva del trabajador, garantizándole la estabilidad en la plaza, mientras la afirmación de aquel carácter queda referida objetivamente al vínculo, no al empleado en sí mismo considerado⁵⁷⁹.

En consecuencia, las anomalías en este ámbito no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas llamadas a garantizar una selección preceptivamente sometida a los principios de igualdad, mérito y publicidad⁵⁸⁰. La primacía del Derecho Administrativo es --según esta doctrina jurisdiccional-- una exigencia derivada de los mencionados parámetros constitucionales, de forma que el trabajador indefinido del sector público, por haber sido contratado temporalmente fuera de la ley, ostenta un vínculo a extinguir a través de la provisión de la vacante correspondiente⁵⁸¹. Por tanto, el art. 15.3 ET pasa a ser aplicado con

⁵⁷⁷STS, Social, 20 enero 1998 (Ar. 1000).

⁵⁷⁸SSTS, Social, 27 marzo, 12 junio, 22 septiembre y 5, 13 y 22 octubre 1998 (Ar. 3159, 5203, 7423, 8659, 7809 y 7875), 19 y 26 enero y 13 y 18 octubre 1999 (Ar. 810, 1105, 7493 y 8147) y 6 mayo y 11 noviembre 2003 (RJ 2003, 5765 y 2003, 8956).

⁵⁷⁹SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2003, pág. 114.

⁵⁸⁰FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *Acceso y movilidad de los funcionarios públicos (sobre la laboralización de alguno de los núcleos duros de la función pública)*, Santiago de Compostela, 2003, pág. 258.

⁵⁸¹SSTS, Social, 21 enero, 27 marzo, 20 y 28 abril 1998 (Ar. 1138, 3725, 3725 y 3874), 19 y 26 enero 1999 (Ar. 810 y 1105), 8 febrero, 29 mayo y 29 noviembre 2000 (Ar. 1744, 4804 y 1440), 6 mayo 2003 (RJ 2003, 5765), 8 noviembre 2005 (rec.

matices en el sector público, pues el contrato temporal ilegal no se convierte, en realidad (y pese a la defectuosa terminología empleada por el Tribunal Supremo), en indefinido; antes al contrario, se prolonga hasta la cobertura de la vacante correspondiente en lo que constituye una provisionalidad sometida al término final del plazo previsto para aquélla. Esta operación jurídica provoca una novación del negocio ilícito en un contrato lícito de interinidad por cobertura de vacante, habida cuenta que el proceso de selección o promoción exigido en esta modalidad de contratación se inicia, de suyo, con la declaración judicial de irregularidad. La clave reside, desde esta perspectiva, en el comportamiento del organismo contratante, el cual debe consolidar la plaza ocupada a través de la vía de reclutamiento correspondiente y --se insiste-- también extinguir el vínculo laboral anterior⁵⁸², bien mediante la cobertura/amortización de la plaza, bien a través del cumplimiento del término final previsto para ello⁵⁸³, sin necesidad, en consecuencia, de ningún tipo de indemnización económica.

3.3.5.- La solución de compromiso de los “trabajadores temporalmente indefinidos”

3779/2004), 21 diciembre 2006 (rec. 4537/2005), 27 febrero 2007 (rec. 4220/2005), 27 marzo y 26 abril 2007 (RJ 3190 y 4634), 9 octubre y 3 noviembre 2008 (RJ 2008, 119 y 7654) y 29 enero 2009 (TOL 1453844) ó SSTSJ, Cont-Admtivo, Baleares 23 septiembre 2003 (JUR 2004, 55961), Madrid 6 octubre 2003 (JUR 2004, 93260), Galicia 13 diciembre 2003 (AS 2004, 861) y 23 abril 2004 (AS 2004, 2292), Andalucía (Sevilla) 22 enero 2004 (AS 2005, 255), Castilla y León (Valladolid) 30 julio 2004 (JUR 2004, 210676), Navarra 11 abril 2005 (JUR 2005, 1355611), Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 10 marzo 2006 (AS 2006, 1352), Castilla y León (Valladolid) 10 septiembre 2008 (AS 2736), Madrid 11 febrero 2009 (As 2009, 898) y Cantabria 18 marzo 2009 (JUR 2009, 207652).

⁵⁸²SSTS, Social, 22 septiembre 1998 (Ar. 7423), 15 marzo 1999 (Ar. 2920) ó, con carácter más reciente, 30 mayo 2007 (rec. 5315/2005), comentada esta última por VALDES ALONSO, A.: “Contrato de trabajo fijo y contrato de trabajo indefinido en la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2007, págs. 41 y ss.

⁵⁸³LAHERA FORTEZA, J.: *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, Madrid, 2001, pág. 133.

El resultado final ha sido la creación, de hecho, de una nueva figura contractual específica para la Administración recogida de forma expresa en el párrafo segundo del art. 11.1 EBEP, en virtud del cual, por su duración, el contrato de trabajo celebrado por las Administraciones públicas puede ser fijo, indefinido y temporal; primera vez que por norma de rango de ley se contempla formalmente esa triple clasificación⁵⁸⁴. De este modo, las irregularidades y fraudes en la contratación laboral en el sector público podrán determinar la declaración judicial de indefinición, pero no la declaración judicial de fijeza. Se trata, no obstante, de una categoría contradictoria en sus propios términos, que se intenta asimilar, sin conseguirlo, a una forma de relación temporal⁵⁸⁵, pues aun cuando esta doctrina judicial (y ahora también el legislador) pretende ofrecer una equilibrada aplicación de la normativa social, logrando la cohabitación, por un lado, del interés del empleado en un resarcimiento aun cuando se haga bajo la forma de sanción y, por otro, del general en la consolidación de plazas públicas a través de pruebas capaces de demostrar mérito y capacidad, en la realidad queda supeditada al desarrollo de un comportamiento correcto y responsable por parte del organismo público (por tanto, una condición implícita y no sólo un término), el cual debe cubrir o amortizar, en plazo, la vacante ocupada provisionalmente de manera anómala, lo que --como es de sobra conocido-- en raras ocasiones tiene lugar.

De no ocurrir tal, "el trabajador podría terminar su vida laboral desarrollando las mismas tareas a las cuales se incorporó y sin respetar los principios de mérito y capacidad, perpetuándose *sine die* en un puesto público"⁵⁸⁶. Es necesario, pues, un desarrollo normativo capaz de

⁵⁸⁴DE LA VILLA GIL, L.E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", cit., pág. 8.

⁵⁸⁵VALVERDE ASENCIO, A.J.: "La delimitación del estatuto del trabajador indefinido por irregularidades en la contratación en la función pública", *Temas Laborales*, núm. 86, 2006, pág. 219 ó SALA FRANCO, T.: "El personal laboral. La relación laboral especial de empleo público", en AA.VV (SÁNCHEZ MORÓN, M., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 122.

⁵⁸⁶NICOLAS BERNAD, J.A.: *La duración del contrato de trabajo en el empleo público*, Granada, 2004, pág. 56.

determinar con claridad las consecuencias jurídicas en este supuesto, en el sentido de consagrar la novación del contrato irregular temporal en otro lícito de interinidad por cobertura de vacante, pero previo establecimiento de términos finales expresos y contundentes para evitar un uso desviado por parte de los Entes públicos. Es más y siguiendo con este razonamiento, sería conveniente que la legislación de desarrollo recogiera una indemnización para estos supuestos a través de la cual compensar al trabajador que actuara de buena fe, de forma que, lejos de fomentarse la gratuidad del *fraus legis* para las Administraciones públicas, se adoptara una finalidad disuasoria de dichas prácticas. Todo ello sin perjuicio de la eventual responsabilidad personal del titular del órgano administrativo correspondiente⁵⁸⁷.

A estos efectos, cabe recordar que aun cuando el Tribunal de Justicia Comunitario ha admitido expresamente la posibilidad de establecer exclusiones a la transformación automática en fijos de aquellos trabajadores contratados irregularmente por las Administraciones públicas, no en vano la Directiva 1999/70, de 28 de junio, deja cierto margen de actuación a los diferentes Estados miembros a fin de transponer sus objetivos⁵⁸⁸, lo cierto es que acto seguido exige la adopción de medidas efectivas para prevenir y sancionar semejantes irregularidades⁵⁸⁹. Así, al albur de la interpretación realizada por el órgano judicial supranacional, el ordenamiento español queda forzado a establecer algún tipo de indemnización en los supuestos de extinción del contrato indefinido consecuencia de la cobertura definitiva de la vacante hasta ese momento ocupada de manera irregular, reparación tasada por ley que

⁵⁸⁷ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: "La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2004, pág. 32.

⁵⁸⁸ STJCE 212/04, de 4 de julio de 2006, asunto *Adelener y otros*.

⁵⁸⁹ STJCE 53/04, de 7 de septiembre de 2006, asunto *Marrosu y Sardino*.

impediría reclamar en la vía contenciosa contra la Administración por su funcionamiento anormal⁵⁹⁰.

Cuatro alternativas se abren a tales efectos⁵⁹¹:

1.- Aplicar la indemnización prevista en el art. 49.1 c) ET para los supuestos de extinción de los contratos de duración determinada correspondiendo una cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad resultante de abonar ocho días de salario por cada año de servicio o la establecida, en su caso, en la normativa específica de aplicación o la prevista como mejora en la negociación colectiva. Ahora bien, semejante solución presenta una traba fundamental cuya superación no resulta sencilla, no en vano en la generalidad de los casos el trabajador habrá ganado su condición de indefinido tras la extinción de su contrato temporal y la correspondiente reclamación contra la misma frente a los Tribunales de lo Social, con lo cual es altamente probable que haya recibido ya la compensación prevista en el precepto citado.

2.- Considerar la situación dentro del marco de actuación del artículo 52. c) ET, concurriendo una causa de despido objetivo ante la necesidad acreditada de amortizar un puesto de trabajo dentro de la Administración, el cual puede ser utilizado perfectamente por la misma cuando existan razones organizativas o de ordenación eficaz de personal que así lo justifican, ascendiendo la indemnización a veinte días de salario por año de servicio. Ahora bien, esta posibilidad puede resultar de no fácil aplicación en la práctica en tanto la Administración

⁵⁹⁰ FERNANDEZ FERNANDEZ, R.: “La figura del contrato indefinido en la Administración: la convalidación legislativa de una mala praxis de los poderes públicos” y NICOLAS BERNARD, J.A.: “La reparación de los principios constitucionales vulnerados en la relación laboral indefinida no fija”, ambos en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009, pág. 529 y 687, respectivamente.

⁵⁹¹ LAHERA FORTEZA, J.: “La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2007, pág. 41 ó SANTOS FERNANDEZ, M.D.: “La prevención del encadenamiento de contratos temporales en la lucha contra la inestabilidad en el empleo en la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *Revista de Derecho Social*, núm. 37, 2007, págs. 158 y ss.

va a encontrar dificultades para alegar una causa económica, técnica, organizativa o de producción como exige el precepto, al tratarse de una situación por ella misma provocada.

3.- Dejar en manos de los interlocutores sociales la posibilidad de pactar la indemnización a percibir por el empleado indefinido en caso de extinción de su contrato laboral, de manera que los convenios colectivos firmados en el marco de las Administraciones públicas habrían de incorporar cláusulas recogiendo la cuantía resarcitoria para el trabajador. Dicha solución choca, sin embargo, con una doctrina judicial bastante asentada en el ordenamiento español y que viene a emplear un criterio manifiestamente restrictivo a la hora de aplicar esta clase de mejoras paccionadas a cuantos despidos hayan sido calificados como improcedentes⁵⁹², doctrina restringida que parece inspirar también lo previsto en el art. 96.2 EBEP, en virtud del cual “procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave”.

4.- En fin, el legislador podría aprovechar la ocasión en las normas de desarrollo del EBEP para regular de manera específica el tema tratado, estableciendo una indemnización igual o muy cercana en términos económicos a la prevista para el despido improcedente a cifrar en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio. Así, de un lado, quedarían satisfechos, al menos de manera parcial, los intereses del trabajador, pues la pérdida de su ocupación se vería, en parte, compensada con el montante percibido de la Administración; de otro, se incentivaría de forma indirecta el acatamiento de las prescripciones legales en materia de contratación temporal por parte de los poderes públicos⁵⁹³.

⁵⁹² Entre muchas, SSTs, Social, 12 julio 1994 (RJ 7156), 24 noviembre 1995 (RJ 8765), 20 marzo 1997 (RJ 2598) y 11 mayo 1999 (RJ 6732).

⁵⁹³ FERNANDEZ FERNANDEZ, R.: “La figura del contrato indefinido en la Administración: la convalidación legislativa de una mala praxis de los poderes públicos”, cit., pág. 532-533.

4.- La descentralización productiva en el empleo público

La utilización por las Administraciones del contrato de trabajo a la hora de reclutar a su personal, como mecanismo tendente a favorecer la “privatización” de los servidores públicos, ha convivido con otros subterfugios capaces de sortear la aplicación de las exigencias constitucionales que pautan el acceso al empleo público, tal y como sucede con la creciente utilización de fórmulas de transferencia en la gestión de una actividad de interés general a manos privadas.

En estos casos, la externalización no acaba con un cambio en la forma jurídica mediante la cual la Administración actúa en el mercado, sometiendo sus relaciones con terceros al Derecho Civil y Mercantil a través de una empresa interpuesta con la que suscribe el pertinente contrato administrativo, sino que, proyectándose más allá, alcanza a la denominada “laboralización” de los recursos humanos, subsanando los problemas de productividad medidos en términos de eficacia tras quedar aminorado el contingente de funcionarios⁵⁹⁴. Y es que quienes prestan su esfuerzo productivo a favor del nuevo empleador que asume la gestión del servicio público van a tener la condición de trabajadores, reclutados bajo el parámetro de la libertad de empresa propio del Derecho Laboral⁵⁹⁵ y, como derivado de éste, el de la autonomía de la voluntad del titular de la organización productiva a la hora de contratar a quien estime conveniente (art. 38 CE).

Es más, la adhesión al fenómeno de la “descentralización productiva” por parte de la Administración no impide que, a su vez, las empresas adjudicatarias traspasen total o parcialmente la actividad

⁵⁹⁴ BAÑO LEON, J.M.: “Garantía constitucional de la función pública y reforma administrativa”, en AA.VV (ORTS BERENGUER, E., Dir.): *Delitos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, págs. 12 y ss.

⁵⁹⁵ ESCUIN PALOP, V.M.: *El acceso del personal y la provisión de puestos de trabajo en la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1984, pág. 162.

pública asumida a favor de otros empresarios. De esta manera, la cesión o subcontratación de las contrataciones o concesiones administrativas por parte de sus titulares iniciales va a plantear idénticos riesgos para los trabajadores de las empresas auxiliares involucradas en la prestación del servicio público que los existentes en los supuestos de transmisión y subcontratación entre empresarios privados, agravados, no obstante, por la necesidad de garantizar, por encima de todo, la continuidad en la prestación de dicho servicio en beneficio de los usuarios. El *fraus legis* no es la práctica habitual en la actuación de la Administración, que se esfuerza --a través de unos mecanismos de garantía previstos en la Ley-- en buscar al adjudicatario más idóneo para la prestación de la actividad pública, si bien no cabe descartar adjudicaciones a empresas no demasiado solventes, que, con posterioridad, proceden a efectuar cesiones encubiertas y abusos en la externalización de parcelas inherentes a la explotación de la concesión, capaces de poner en peligro o de traducirse en incumplimientos de las obligaciones laborales y con la Seguridad Social⁵⁹⁶.

4.1.- La novación subjetiva del adjudicatario del contrato administrativo

La circunstancia de que en la contratación administrativa opera una delegación de facultades desde la Administración al empresario contratista, cuyo objeto es precisamente una actividad de interés general, y la necesidad de que en dicho adjudicatario concurren las cualidades y condiciones fijadas previamente, son datos que justifican la importancia atribuida al principio de personalidad de la concesión y la habilitación de potestades suficientes en favor de la Administración concedente para que controle, no sólo el cumplimiento de las

⁵⁹⁶ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "Responsabilidades de régimen laboral derivadas de la subcontratación de concesiones administrativas", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 281-282, 2006, págs. 22 y ss.

condiciones previstas, sino que efectivamente sea el propio sujeto seleccionado por ésta quien asuma la prestación de la actividad pública. La identidad del contratista o concesionario es, pues, una cuestión de máxima importancia para la entidad administrativa, pues "a ésta no le resulta indiferente quién es el titular de la adjudicación"⁵⁹⁷.

Ahora bien, los extensos plazos de duración de las contrata y concesiones administrativas hacen que sea muy probable, casi seguro, que se produzcan a lo largo de aquéllas múltiples incidencias que pueden afectar a la identidad del sujeto que, como contratista o concesionario, está obligado a cumplir los deberes inherentes al vínculo administrativo. En muchas ocasiones esa traslación de las obligaciones del adjudicatario a un tercero puede llevar a la sustitución íntegra del mismo por otro sujeto, tras la oportuna cesión del nexo contractual público.

Tal circunstancia no supone sólo un cambio jurídico empresarial de la titularidad de la prestación de servicios públicos de necesario conocimiento o autorización por parte de la Administración, sino que, proyectándose más allá, alcanza a la condición de los trabajadores que prestaban su esfuerzo productivo a favor del antiguo adjudicatario. Es más, dicha alteración de la identidad de este sujeto va a poner de manifiesto una acusada distorsión o disfuncionalidad del ordenamiento jurídico entre normas laborales y administrativas, tal y como seguidamente se va a tratar de explicar.

4.1.1.- El principio de continuidad en la prestación del servicio público

Con el objetivo último de dar cumplimiento al consolidado principio de continuidad en la contrata o concesión administrativa⁵⁹⁸,

⁵⁹⁷MESTRE DELGADO, J.F.: "Las formas de prestación de los servicios públicos laborales. En particular, la concesión", en AA.VV (MUÑOZ MACHADO, S., Dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, T. II, 2ª edición, Madrid, 2003, pág. 1492.

⁵⁹⁸ REBOLLO RICO, A.: "Derechos y obligaciones del concesionario", en AA.VV

caracterizado por el hecho de que el titular de la misma no puede interrumpir ni suspender el servicio público concedido salvo caso de fuerza mayor, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), establece la oportuna "subrogación del cesionario en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente" (art. 209.3), siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: a) que el órgano de contratación hubiera aprobado "expresamente y con carácter previo" la cesión de la concesión [art. 209.2 a)]; b) que el cesionario no sólo tenga capacidad para contratar con la Administración y cuente con la solvencia exigible, debiendo estar debidamente clasificado si ello fuera pertinente, sino también que no esté incurso en ninguna causa de prohibición o inhabilitación para contratar [art. 209.2 c)].

De este modo, la autorización de la transmisión del vínculo administrativo a un tercero no puede conllevar sino, como lógica consecuencia, que "ante la Administración, los usuarios y cualquier ajeno, el cesionario adquiera la condición de concesionario"⁵⁹⁹. La relación concesional preexistente se extingue por causa de la cesión, quedando el cedente desvinculado de la gestión del servicio y concluyendo su relación jurídica con la Administración concedente, no en vano la empresa adjudicataria ha traspasado a un tercero su relación contractual con la Administración, relación que subsistirá ahora entre el Ente público y el cesionario⁶⁰⁰.

4.1.2.- Requisitos para la subrogación empresarial

A esta misma conclusión debería de llegarse si aplicáramos el ordenamiento jurídico-laboral, pues, en principio, parecería lógico que

(MENENDEZ MENENDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, 2003, pág. 215.

⁵⁹⁹ MESTRE DELGADO, J.F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, 1992, pág. 163.

⁶⁰⁰ FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, pág. 512.

este sector del ordenamiento, en virtud de su carácter marcadamente tuitivo, apostara por garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por el cambio de adjudicatario, no en vano el "principio de continuidad de las relaciones laborales más allá de las vicisitudes que pueda experimentar la titularidad de la empresa" debería constituir un principio consolidado del *Ius Laborum*⁶⁰¹.

Ahora bien, el tenor literal vigente incorporado al art. 44 ET, antes de adoptar este criterio de la subrogación empresarial, es sumamente claro al condicionar la aplicación de dicho mecanismo al cumplimiento de una serie de condicionantes de difícil materialización en muchos supuestos de cesión de un contrato administrativo a un tercero. Es más, en aquellas circunstancias en las cuales sea preceptiva la aplicación del principio de la sucesión de adjudicatarios con el obligado respeto de los derechos de los trabajadores transmitidos por cumplirse los requisitos previstos en el art. 44 ET, van a surgir de inmediato dudas de difícil solución con el exiguo marco normativo vigente en la actualidad, una insuficiencia que lleva a exigir la oportuna intervención legislativa tendente a aclarar un panorama que ha ido encontrando únicamente solución a través de los pronunciamientos judiciales capaces de propiciar en ocasiones notables contradicciones y un importante grado de inseguridad jurídica.

La asunción por el nuevo empresario de los derechos y obligaciones laborales del anterior y, por consiguiente, la continuidad con el primero de las relaciones laborales concertadas en su día por el segundo, esto es, el mantenimiento en su empleo de los trabajadores contratados por éste, aparece condicionada, para que pueda tener lugar por imperativo legal, a que medie entre los dos empresarios una

⁶⁰¹ La intención tutelar de la estabilidad en el empleo ha sido reconocida tradicionalmente en los pronunciamientos de los Tribunales; entre otras, ya clásicas, SSTS, Social, 27 marzo y 19 diciembre 1980 (Ar. 1543 y 4956), 15 mayo 1981 (Ar. 2252), 15 marzo y 17 junio 1983 (Ar. 1155 y 3017), 18 julio 1986 (Ar. 4238), 26 enero, 3 y 9 marzo, 9 julio y 6 octubre 1987 (Ar. 292, 1321, 1355, 5123 y 6834), 25 febrero y 12 julio 1988 (Ar. 948 y 5098), 30 septiembre y 15 diciembre 1997 (Ar. 7185 y 9180) y 15 diciembre 1998 (Ar. 437/1999) ó SSTSJ, Social, País Vasco 13 mayo 1991 (Ar. 1022) y La Rioja 24 febrero 1992 (Ar. 862).

transmisión "de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma" (art. 44.1 ET). Se trata de una condición necesaria, pero no suficiente, pues se requiere también que lo transmitido "afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio" (art. 44.2 ET)⁶⁰².

Teniendo en cuenta los presupuestos objetivos indicados, para que el fenómeno de la transmisión de empresa vaya acompañado del efecto subrogatorio es necesario que tenga lugar una efectiva cesión de "partes individualizadas" de la entidad empresarial⁶⁰³, "siempre que conserven su identidad"⁶⁰⁴ y "lo que se transmita sea susceptible de explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado"⁶⁰⁵, esto es, que, en el caso aquí analizado, quede garantizada la eficiencia de la contrata o concesión frente a los usuarios. Si el objeto de la transmisión no encaja en esta descripción legal, la subrogación empresarial devendría inviable en cuanto pretendiera sustentarse en la normativa laboral de referencia⁶⁰⁶.

Es sumamente importante que la unidad productiva a transmitir al nuevo adjudicatario constituya, pues, un conjunto de elementos productivos o patrimoniales, dotados de la suficiente autonomía funcional⁶⁰⁷, quedando excluidos supuestos de transferencia de

⁶⁰² GARATE CASTRO, J.: "Descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones públicas", *Actualidad Laboral*, 2004, Tomo I, pág. 1053.

⁶⁰³ MONEREO PEREZ, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad (Estudio del ordenamiento interno y comunitario)*, Madrid, 1999, págs. 71 y 77-78.

⁶⁰⁴ SSTs, Social, 5 abril y 30 diciembre 1993 (Ar. 2906 y 10078), 20 enero y 19 octubre 1996 (Ar. 115 y 7778), 10 diciembre 1997 (Ar. 736) ó 29 abril y 8 junio 1998 (Ar. 3879 y 6693). También, SSTSJ, Social, Murcia 27 septiembre 1999 (Ar. 3087) y Castilla y León/Valladolid 15 julio 1999 (Ar. 3762).

⁶⁰⁵ STS, Social, 27 octubre 1994 (Ar. 8531).

⁶⁰⁶ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid, 2006, págs. 153 y ss.

⁶⁰⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: "El problema de la identificación del concepto de 'unidad productiva autónoma' ex art. 44 ET: la posibilidad de nuevos usos

elementos materiales o instrumentales aislados, sin sustantividad propia. En consecuencia, y como prolongación de la autonomía, la transmisión ha de permitir la continuidad de la actividad empresarial, esto es, la permanencia de ésta como unidad organizativa de producción que configura la identidad del objeto transmitido⁶⁰⁸.

Desde tal perspectiva, es cuestionable la concurrencia de esta exigencia en todos los supuestos de transmisión a tercero de una contrata o concesión administrativa⁶⁰⁹, pues aun cuando la cesión lleva *per se* aparejada la entrega de la infraestructura pertinente, en realidad "no se transmite la organización empresarial básica para la explotación del servicio, lo cual... es condición necesaria para la actuación del artículo 44 ET"⁶¹⁰. Efectivamente, la sucesión de concesionarios en la mera actividad objeto del contrato administrativo no es subsumible, en principio, en el supuesto contemplado en el art. 44 ET, no en vano el cambio de titularidad en la concesión administrativa no suele ir acompañado por la transmisión de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva⁶¹¹. La doctrina jurisprudencial más clásica ha venido estableciendo con claridad cómo en estos supuestos de sucesión de concesiones administrativas no hay

hermenéuticos", *Temas Laborales*, núm. 32, 1994, págs. 53-55.

⁶⁰⁸ BELTRAN MIRALLES, S.: "Notas sobre la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa: la filialización de unidades productivas autónomas", en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000, pág. 694 ó RODRIGUEZ FERNANDEZ, M.L.: "El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española", *Relaciones Laborales*, núm. 24, 2000, págs. 13 y ss.

⁶⁰⁹ CAMPS RUIZ, L.M.: "Constitución de filiales y estatuto del personal aplicable a los trabajadores al servicio de un grupo de sociedades", *Poder Judicial*, núm. 16, 1989, págs. 230-231.

⁶¹⁰ STS, Social, 22 abril 1997 (RJ 3581). En el mismo sentido, SSTs, Social, 5 abril 1993 (RJ 2906), 23 febrero y 14 diciembre 1994 (RJ 1227 y 10093), 9 febrero 1995 (RJ 789), 27 y 29 diciembre 1997 (RJ 9639 y 9641), 31 marzo y 29 abril 1998 (RJ 4575 y 3879), 26 abril y 1 diciembre 1999 (RJ 4532 y RJ 2000, 516) ó 11 abril, 22 mayo y 10 julio 2000 (RJ 3946, 4624 y 8295).

⁶¹¹ ORTIZ DE SOLORZANO AURUSA, C.: "La sustitución de los contratistas y la transmisión de personal en los convenios colectivos (eficacia de las denominadas cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos y en la jurisprudencia del TJCE)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 116, 2002, págs. 241 y ss.

efectiva transmisión de empresas, sino extinción de una contrata y comienzo de otra jurídicamente distinta, aunque su objeto sea el mismo⁶¹². Cabe afirmar, por ende, cómo no tiene lugar la subrogación del nuevo concesionario respecto de los trabajadores del anterior, pues no se produce la efectiva transmisión patrimonial requerida por el artículo 44 ET, a no ser --como lógica excepción-- que dicha subrogación venga impuesta por el pliego de condiciones o por el convenio colectivo aplicable⁶¹³ (tal y como sucede, en paradigmático ejemplo, en el art. 23 del IV convenio colectivo general del sector de la construcción 2007-2011 para los trabajadores empleados en contratas de mantenimiento de carreteras o vías férreas)⁶¹⁴.

Con todo, esta tesis restrictiva debería ser matizada al calor de una nueva línea interpretativa apuntada desde algunos pronunciamientos de órganos supranacionales, recogiendo a tenor de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo, una noción funcional de la transmisión y no centrando su atención solamente en la concepción de empresa-organización, de conformidad con la cual "dicha entidad [económica organizada] si bien ha de ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común pueden constituir una actividad económica cuando no existen factores de producción"⁶¹⁵, debiendo ser asumida la plantilla por la

⁶¹² Entre muchas, SSTS, Social, 6 febrero 1997 (RJ 999) y 21 octubre 1998 (RJ 9299).

⁶¹³ ALVAREZ ALCOLEA, M.: "Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratas", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, pág. 270. En la doctrina judicial, entre muchas, SSTS, Social, 1 diciembre 1999 (RJ 516) y 25 febrero 2000 (RJ 4624).

⁶¹⁴ BOE núm. 197, de 27 de agosto de 2007.

⁶¹⁵ SSTJCE 173/96 y 247/96, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados

empresa adquirente en aquellos sectores en los cuales la unidad de producción es esencialmente la mano de obra⁶¹⁶. A tenor de esta novedosa doctrina, podría llegarse a la conclusión de que "las actividades públicas gestionadas indirectamente constituirían *per se* un complejo orgánico --una unidad productiva en sentido funcional y técnico-- encaminado a realizar un servicio público definido y delimitado, lo que supone que las vicisitudes que representen un cambio subjetivo en el ejercicio de la explotación integrarían el supuesto de hecho del art. 44 ET que acciona el efecto subrogatorio *ex lege* del que se hace eco efectivamente del servicio objeto de concesión como una unidad productiva"⁶¹⁷.

Tal interpretación no ha sido asumida, sin embargo, por el Tribunal Supremo español, no en vano su línea mayoritaria sigue consistiendo en defender *a priori* (aun cuando con alguna matización en determinados supuestos)⁶¹⁸ cómo la aplicación del art. 44 ET queda condicionada a la ya conocida existencia de un mínimo soporte patrimonial constituido por una unidad organizada que permita prestar una actividad independiente al concesionario, porque la transmisión de unos meros servicios no constituyen por sí mismos ni un centro de trabajo, ni una unidad productiva autónoma, si la sucesión en una contrata o concesión no lleva aparejada la entrega de una infraestructura

Sánchez Hidalgo y otros; 127/96, 229/96 y 74/97, de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados *Hernández Vidal y otros*; 172/99, de 25 de enero de 2001, asunto *Oy Liikenne Ab*; 51/00, de 24 de enero de 2002, asunto *Temco*, 340/01, de 20 de noviembre de 2003, asunto *Carlito Abler y otros* y 232 y 233/04, de 15 de diciembre de 2005, asunto

Güney-Gorres y Demir. Un estudio en profundidad sobre las mismas en SALCEDO BELTRAN, M.C.: *Regulación legal y convencional de la subrogación de contratistas*, Albacete, 2005, págs. 17 y ss.; CAVAS MARTINEZ, F.: "A vueltas con el concepto de traspaso de empresa en el Derecho Comunitario", *Aranzadi Social*, núm. 22, 2006, págs. 9 y ss. ó RAMOS QUINTANA, M.I.: *Subcontratación de obras o servicios y transmisión empresarial*, Albacete, 2007, págs. 81 y ss.

⁶¹⁶ Con serias dudas, SSTs, Social, 20 y 27 octubre 2004 (RJ 7162 y 7202).

⁶¹⁷ MONEREO PEREZ, J.L.: "Continuidad de las relaciones de trabajo en la gestión indirecta de servicios y actividades. El cambio de titularidad en las contratas y en las concesiones administrativas", *Relaciones Laborales*, 1986, Tomo II, pág. 68.

⁶¹⁸ Significativamente, SSTs, Social, 17 octubre 2004 (RJ 7202) y 25 enero 2006 (RJ 2687).

u organización⁶¹⁹ (si bien --en excepción ya conocida-- las normas sectoriales o el pliego de condiciones pueden prever que el nuevo contratista o concesionario se haga cargo de todo o parte del personal que prestaba sus servicios para el anterior, así como establecer una regulación específica respecto de las deudas salariales sin que se trate de un supuesto de aplicación del precepto legal transcrito).

Así, en palabras del Alto Tribunal, "en los casos de sucesión de contratas no hay transmisión de las mismas, sino finalización de una y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aun cuando materialmente la contrata sea idéntica, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores (salvo si lo impusiere el pliego de condiciones --que de ser aceptado vinculará al nuevo concesionario-- o se derive de normas sectoriales) si no se transmiten los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación, pues, caso contrario, lo que hay es una nueva sucesión temporal en la actividad sin entrega del soporte patrimonial para la realización de ésta, no siendo por tanto de aplicación el art. 44 ET"⁶²⁰; esto es, se trataría del término de la concesión con la entrada de un nuevo empleador, quien no aparece vinculado con el precedente por ningún título traslativo respecto de elementos materiales y organizativos de la unidad productiva⁶²¹.

En definitiva, pese a la línea interpretativa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que acentúa la protección de los intereses de los trabajadores más que los de los contratistas y de las empresas comitentes, la posición última a la que ha llegado el Alto

⁶¹⁹ PEDRAJAS MORENO, A.: "Relaciones de trabajo de carácter interprofesional: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa", en AA.VV.: *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrajo Dacruz*, Valencia, 1998, págs. 225 y ss.

⁶²⁰ Por todas, SSTs, Social, 6 febrero, 12 marzo, 17 junio y 10 diciembre 1997 (RJ 999, 2318, 4758 y RJ 1998, 736), 9 febrero 1998 (RJ 1644) y 30 septiembre y 1 diciembre 1999 (RJ 9100 y RJ 2000, 516) ó ATS, Social, 21 octubre 1998 (RJ 9299).

⁶²¹ STSJ, Social, Cataluña 17 febrero 2005 (AS 602).

Tribunal español⁶²² considera que si no han sido transmitidos los elementos que configuran la infraestructura organizativa básica de la concesión o si el nuevo concesionario no se hace cargo, voluntariamente o porque así lo prevea el pliego de condiciones o el convenio colectivo de aplicación, de una parte esencial, en términos de número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento del encargo público, no se produce sin más el efecto subrogatorio previsto en el art. 44 ET⁶²³.

Siguiendo con tal razonamiento judicial, procede señalar cómo "la aplicación o no del artículo 44 a un supuesto de sucesión de concesiones administrativas se va a determinar... en función de las circunstancias concurrentes, de tal forma que si se produce la transmisión de una unidad organizada, y se trasladan los elementos patrimoniales (materiales o inmateriales) o en su caso la plantilla y la actividad, cabe sostener la aplicación de este precepto"⁶²⁴. Con mayor

⁶²² RIVERO LAMAS, J.: "Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral" y ALVAREZ ALCOLEA, M.: "Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratas", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, págs. 49 y 271, respectivamente.

⁶²³ SSTs, Social, 22 mayo 2000 (RJ 4624); en idéntico sentido, SSTs, Social, 29 abril 1998 (RJ 3879), 22 mayo 2000 (RJ 4624), 14 junio 2006 (TOL 970175), 20 septiembre 2006 (RJ 6667) y 12 diciembre 2007 (RJ 2008, 460) ó SSTSJ, Social, Galicia 5 diciembre 2000 (AS 3972), 17 enero 2002 (JUR 72485) y 22 enero 2003 (AS 1962), Castilla-La Mancha 9 enero 2003 (AS 937), Extremadura 23 febrero 2006 (TOL 849208), Murcia 10 abril 2006 (TOL 953358) y Valladolid 31 octubre 2007 (AS 2008, 488). Así ocurriría también cuando "no se trate de una mera continuidad en la prestación del servicio anterior por parte de la nueva adjudicataria, sino de una contrata nueva, con circunstancias completamente distintas a la precedente... no hay así transmisión de una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada, ni de elementos patrimoniales esenciales --maquinaria, herramientas y demás medios necesarios-- para la prestación de los servicios propios de la concesión ni siquiera asunción de todo o una parte significativa del personal de la anterior contratista, sino que conforme al pliego de cláusulas administrativas y condiciones técnicas vigente en ese momento, la nueva empresa adjudicataria asumió la obligación de aportar 'la totalidad de los elementos patrimoniales y personales necesarios para la realización del contrato'", SSTSJ, Social, Galicia 2 abril 2004 (AS 2004, 1668) y Castilla y León/Valladolid 4 julio 2005 (JUR 175020).

⁶²⁴ STSJ, Social, Canarias/Las Palmas 30 septiembre 2003 (ILJ 2584). En el mismo

detalle, "la adjudicación mediante concesión administrativa a una empresa de una determinada instalación o infraestructura de titularidad pública puede tener muchas variantes distintas con consecuencias radicalmente diferentes en orden a determinar si debe o no operar el instituto de la sucesión empresarial que regula el art. 44 ET. Es perfectamente posible que la concesión comporte el derecho a la explotación comercial frente a terceros de la instalación pública, de forma que la actividad de la empresa adjudicataria consista precisamente en obtener beneficios económicos con cargo al precio que percibe de los terceros que utilizan esa instalación, a cambio de la suma correspondiente que debe abonar la Administración titular de la misma por la adjudicación. En estos casos, ninguna duda cabe que se produciría sucesión empresarial cuando la instalación pública se pone a disposición de la empresa con toda la infraestructura y elementos productivos necesarios para su explotación. Pero también es posible que lo adjudicado no sea la explotación comercial frente a terceros de la instalación, sino tan sólo el simple y mero mantenimiento de la misma, de forma que la empresa adjudicataria no sólo no basa su actividad económica en el precio que recibe de terceros por la utilización de tal instalación, pagando a cambio un determinado canon a la Administración, sino que, muy al contrario, es la Administración titular quien abona a la empresa una cierta cantidad en pago de sus servicios. En estos casos la instalación se pone a disposición de la adjudicataria, no para su explotación comercial, sino tan sólo para el mantenimiento y conservación de sus elementos, pero esta simple puesta a disposición de la instalación de titularidad pública no tiene por qué conllevar aparejada necesariamente la entrega de la infraestructura empresarial que se necesite para realizar los servicios de mantenimiento objeto de la concesión, siendo precisamente esta infraestructura la que ha de aportar la empresa a quien se le adjudica el servicio"⁶²⁵.

sentido, SSTs, Social, 26 octubre 2004 (TOL 550624) y 17 mayo 2005 (TOL 668429) ó SSTSJ, Social, Cataluña 6 octubre 2004 (TOL 542426) y Madrid 17 octubre 2008 (JUR 387385).

⁶²⁵ STSJ, Social, Andalucía/Sevilla 20 febrero 2002 (TOL 484994). En el mismo

Es necesario, pues, estar al caso concreto, no pudiendo afirmar *a priori* la aplicación del art. 44 ET y, en consecuencia, del mecanismo subrogatorio en todos los supuestos de transmisión de una concesión administrativa; antes al contrario, la subrogación *ex lege* tendrá lugar únicamente cuando la nueva empresa adjudicataria va a asumir la posesión de todos los elementos de la cesante afectos a la concesión en cuestión y, por tanto, objeto de reversión, lo que puede implicar la devolución de cuantos bienes inmuebles y muebles estén sujetos al desarrollo de la contrata y que, a la postre, pueden llevar a la disolución de la empresa que pierde el concurso público y no puede continuar con su labor. En semejantes circunstancias, parece clara la aplicación de las previsiones establecidas en el art. 44 ET. En otros casos, la inseguridad jurídica está servida, salvo que el pliego de condiciones administrativas o el convenio colectivo aplicable establezcan expresamente la subrogación⁶²⁶, debiendo quedar claro, además, “que no existe obligación de incorporar en su estructura al personal de la contratista cuando el objeto de la contrata es diferente y el convenio colectivo aplicable también”⁶²⁷.

Sin apartar la vista de lo previsto en el art. 44 ET y para evitar la desprotección de los trabajadores derivada de la no aplicación la cláusula subrogatoria establecida por esta norma estatutaria al no concurrir los requisitos exigidos para ello, sería hartamente conveniente –y el legislador debe animar a ello con mayor contundencia que lo hace en la actualidad-- que el pliego de condiciones de la contrata (una práctica

sentido, STSJ, Social, Extremadura 14 septiembre 2004 (TOL 494525).

⁶²⁶ “En ese sentido, es de destacar que el Tribunal Supremo viene entendiendo que a los efectos de considerar aplicable el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los casos de sucesión de empresas que sean prestatarias de servicios, que para ello es necesario, o bien que haya existido una transferencia de elementos patrimoniales, o bien que exista una expresa disposición convencional al respecto, o en otro caso, que en la convocatoria para la adjudicación del servicio, se aluda en el pliego de condiciones de un modo expreso a dicha obligación subrogatoria”, STSJ, Social, Navarra 30 enero 2004 (AS 2046). En el mismo sentido, SSTSJ, Social, Cataluña 5, 21 y 22 octubre, 5 noviembre (ILJ 2453, 2626, 2615 y 2659), Canarias/Las Palmas 29 y 30 septiembre 2003 (ILJ 2589 y 2584), País Vasco 23 septiembre 2003 (ILJ 2347) ó Cantabria 29 marzo 2006 (TOL 800515).

⁶²⁷ STS, Social, 25 febrero 2009 (JUR 185958).

que se está implantando cada vez más en el ordenamiento español pero sin alcanzar el rango de regla general) se detuviera en establecer la obligación de la nueva adjudicataria de asumir las relaciones laborales pactadas con los trabajadores de la antigua, sin "más consecuencias que las estrictamente previstas en el título del que deriva la sucesión"⁶²⁸, todo ello en aras a garantizar la estabilidad de los trabajadores⁶²⁹. Para materializar esta posibilidad, de momento facultativa, el art. 104 de la LCSP, de una forma un tanto tímida, dispone que "en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información necesaria sobre las condiciones de los vínculos laborales a los que afecte la subrogación para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida; a estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste", en clara referencia "a las personas que serán traspasadas, la antigüedad de las mismas, y su coste laboral actual, incluyendo las partidas salariales y las extrasalariales"⁶³⁰. Se trata, pues, de "una garantía asumida por la

⁶²⁸ STSJ, Social, Castilla y León/Valladolid 11 julio 2005 (TOL 681552). En el mismo sentido, SJS, 1, Menorca 5 abril 2005 (AS 428). De no establecerse nada al respecto el efecto jurídico es similar a la subrogación *ex lege*, "la entrada en la relación contractual de un nuevo empresario en sustitución del primitivo, sin que tal novación subjetiva afecte al complejo contenido obligacional de la relación de trabajo, el cual subsiste en su plenitud sin variación alguna", STSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 19 julio 2001 (AS 3472).

⁶²⁹ SSTs, Social, 26 abril y 30 septiembre 1999 (RJ 4532 y 9100), 11 abril 2000 (RJ 3946) y 14 octubre 2008 (JUR 380623).

⁶³⁰ Así lo ha considerado la Junta Consultiva del Ministerio de Hacienda en su Informe 33/02, de 23 de octubre, al afirmar que "la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que no son sólo las propias relativas a la presentación en sí, sino también aquellas otras obligaciones que provienen de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el art. 49 LCAP (actual art. 99 LCSP). Desde tal

nueva empresa concesionaria del servicio, de tal forma que lo pactado y convenido... en el pliego de condiciones [sobre] el referido mantenimiento de las condiciones de trabajo que los actores vinieran disfrutando... obliga a su debido cumplimiento"⁶³¹, pero sólo en el caso de que el propio pliego lo imponga.

4.1.3.- Reversión a manos de la Administración de una actividad previamente exteriorizada

En tanto la utilización por parte de las Administraciones públicas de las vías establecidas en el ordenamiento para la externalización formal de parte de sus actividades ha acabado siendo un proceso muy habitual en España, no van a ser infrecuentes tampoco aquellos casos en los cuales la concreta actividad o competencia descentralizada vuelve a ser recuperada por su anterior titular.

Ante tal eventualidad, inmediatamente surge la duda de si los afectados por ese trasvase podrían aspirar a integrarse en la Administración o si tal oportunidad les queda vedada. Para dar respuesta a este interrogante resulta necesario tomar como punto de partida la siguiente hipótesis: si junto con la reversión de la competencia para la prestación de la actividad se le transmiten cuantos bienes conformaban el activo utilizado para la prestación del servicio, habría de operar el mecanismo de subrogación previsto en el art. 44 ET; sin embargo, cuando tal retorno no fuera acompañado de la entrega de ninguna clase

perspectiva, el conocimiento de las personas que vienen prestando servicios y aquellos aspectos que afectan a su situación laboral cobran especial relevancia para poder concretar tales derechos y obligaciones y el precio de la oferta, en la precisión de que el candidato, y consecuentemente el contratista, aceptan, en los términos establecidos en el art. 79.1 de la Ley (actual art. 129 LCSP), el contenido de todas las cláusulas sin excepción alguna al presentar su proposición".

⁶³¹ STSJ, Social, Comunidad Valenciana 12 noviembre 2004 (AS 3875), con cita de la STS, Social, 6 junio 2001 (RJ 5490). En el mismo sentido, STS, Social, 3 mayo 2004 (TOL 463070).

de sustrato material, no entrarían en juego las previsiones del art. 44 ET y, en consecuencia, los contratos de trabajo quedarían extinguidos⁶³².

La aparente claridad de tales postulados se torna rápidamente en penumbra al chocar frontalmente con aquellos principios constitucionales y legales que requieren la necesidad de acceder al empleo público a través de un procedimiento respetuoso con los parámetros de mérito y capacidad; en este sentido, los vínculos laborales en que se hubiera producido la subrogación por parte de la Administración deberían considerarse nulos por no haber cumplido con aquel requisito *sine qua non* y extinguidos con los solos derechos establecidos en el art. 9.2 ET: percibir el salario correspondiente a los trabajos prestados como si se hubiera tratado, hasta ese momento, de un contrato válido y eficaz.

Cabe detectar, así, una concurrencia entre los principios de estabilidad en el empleo y legalidad de la actuación administrativa carente de fácil solución práctica⁶³³. Razones de equilibrio aconsejan una intervención legislativa a favor de la subrogación en los contratos de trabajo cuando acaezca la reversión a manos públicas, pero sólo hasta tanto la actividad fuera cedida de nuevo a otro contratista, momento en el cual tendría lugar una nueva subrogación. Esta podría ser una solución justa y satisfactoria para ambas partes involucradas en el proceso: para la Administración por cuanto no debería asumir los costes anejos al personal, y para el operario habida cuenta vería salvaguardado --al menos en parte-- su derecho a la estabilidad en el empleo.

El legislador debería apostar, pues, por la subrogación provisional, con la inmediata suspensión del contrato, hasta la

⁶³² Por todas, STCo 66/1987, de 21 de mayo. En el mismo sentido, SSTSJ, Social, Navarra 31 marzo 1992 (Ar. 1277), Cataluña 1 junio 1992 (Ar. 3312), Valencia 3 junio 1992 (Ar. 2898), País Vasco 18 abril 1994 (Ar. 1418) ó Castilla-La Mancha 15 julio 1998 (Ar. 2802).

⁶³³ GOMEZ ALVAREZ, T.: "El difícil equilibrio entre el rescate de las contratas y los principios de mérito y capacidad en el acceso del personal laboral a la función pública", en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, págs. 528 y ss.

devolución de la actividad a otro empresario privado⁶³⁴; de lo contrario, otorgar al trabajador una posición de estabilidad sin condiciones supondría una onerosidad excesiva para la Administración, así como una injusticia respecto a quienes consiguieron acceder al empleo público de manera "regular".

El problema se agrava, empero, cuando la iniciativa no va a ser entregada a un nuevo empresario privado, sino desempeñada directamente por el propio Ente público, pues en este caso, de aplicar el mecanismo de la subrogación, el trabajador estaría accediendo al empleo público –permítase la expresión-- "por la puerta de atrás". Para evitar tan deplorable consecuencia, parece necesario --conforme ocurría en el supuesto anterior-- un pronunciamiento normativo expreso capaz de salvaguardar la concurrencia obligada de los principios constitucionales. Quizá lo más oportuno, a estos efectos, sea considerar al operario en situación de interinidad hasta la cobertura definitiva de la plaza⁶³⁵, no existiendo inconveniente, en opinión de cierto sector de la doctrina, para contemplar como mérito la experiencia acumulada en la empresa cedente⁶³⁶.

Cabe aplicar, en consecuencia, la doctrina reiterada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁶³⁷, en la que se trata de especificar el alcance jurídico de la diferenciación entre trabajadores fijos de plantilla e

⁶³⁴ Idea apuntada por la STS, Social, 17 abril 1984 (Ar. 2106).

⁶³⁵ Ilustrativa a este respecto puede ser la jurisprudencia francesa: SS. Cass. 7 febrero 1980, 30 junio 1983, 26 junio 1985, 24 octubre 1989 ó 10 julio 1995.

⁶³⁶ MORENO GENE, J.: *Los grupos de empresas públicos. Identificación del empresario responsable*, Valencia, 2002, pág. 71.

⁶³⁷ SSTs, Social, 21 enero, 27 marzo, 20 y 28 abril 1998 (Ar. 1138, 3725, 3725 y 3874), 19 y 26 enero 1999 (Ar. 810 y 1105), 8 febrero, 29 mayo y 29 noviembre 2000 (Ar. 1744, 4804 y 1440), 6 mayo 2003 (RJ 2003, 5765), 8 noviembre 2005 (rec. 3779/2004), 21 diciembre 2006 (rec. 4537/2005), 27 febrero 2007 (rec. 4220/2005), 27 marzo y 26 abril 2007 (RJ 3190 y 4634) y 29 enero 2009 (TOL 1453844) ó SSTSJ, Cont-Admto, Baleares 23 septiembre 2003 (JUR 2004, 55961), Madrid 6 octubre 2003 (JUR 2004, 93260), Galicia 13 diciembre 2003 (AS 2004, 861) y 23 abril 2004 (AS 2292), Andalucía (Sevilla) 22 enero 2004 (AS 2005, 255), Castilla y León (Valladolid) 30 julio 2004 (JUR 210676), Navarra 11 abril 2005 (JUR 1355611), Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 10 marzo 2006 (AS 1352) y Castilla y León/Valladolid 10 septiembre 2008 (AS 2736).

indefinidos, recogida ahora de forma expresa en el párrafo segundo del art. 11.1 EBEP⁶³⁸. La clave reside, desde esta perspectiva, en el comportamiento del organismo contratante, el cual debe consolidar la plaza ocupada a través de la vía ordinaria de reclutamiento correspondiente y --se insiste-- también extinguir el vínculo laboral anterior⁶³⁹, bien mediante la cobertura/amortización de la plaza, bien a través del cumplimiento del término final previsto para ello⁶⁴⁰, sin necesidad, en consecuencia, de ningún tipo de indemnización económica, tesis que merece las mismas críticas anteriormente vertidas al analizar la contratación laboral irregular.

En fin, no exento de problemas se encuentra el supuesto en el cual el cometido previamente descentralizado y rescatado no va a ser entregado nuevamente a un empresario privado ni va a ser ejercido tampoco por la propia Administración. La respuesta a este espinoso supuesto de hecho dista de ser unánime, existiendo pronunciamientos judiciales diversos: mientras algunos sostienen la extinción de los contratos por ausencia de objeto [arts. 49.1 c), 49.1 j) y 51 ET]⁶⁴¹, al no ser de aplicación el art. 44 ET⁶⁴², otros van más allá y apuestan porque, de acaecer la recuperación del servicio, automáticamente debe tener lugar la subrogación en favor de los afectados⁶⁴³.

⁶³⁸ DE LA VILLA GIL, L.E.: "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", cit., pág. 8.

⁶³⁹ SSTs, Social, 22 septiembre 1998 (Ar. 7423), 15 marzo 1999 (Ar. 2920) ó, con carácter más reciente, 30 mayo 2007 (rec. 5315/2005), comentada esta última por VALDES ALONSO, A.: "Contrato de trabajo fijo y contrato de trabajo indefinido en la Administración Pública", *Relaciones Laborales*, núm. 21, 2007, págs. 41 y ss.

⁶⁴⁰ LAHERA FORTEZA, J.: *Los contratos temporales en la unificación de doctrina*, Madrid, 2001, pág. 133.

⁶⁴¹ SSTSJ, Social, Canarias 31 julio 1993 (Ar. 3510), Castilla y León (Valladolid) 28 febrero 1995 (Ar. 635), Madrid 6 noviembre 1996 (Ar. 3731) ó Cataluña 22 enero 1998 (Ar. 649). En la doctrina, GOERLICH PESET, J.M. y NORES TORRES, L.E.: "Reestructuraciones de plantillas en los entes locales: un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en las Administraciones Públicas", *Justicia Laboral*, núm. 4, 2000, págs. 5 y ss.

⁶⁴² STS, Social, 1 diciembre 1999 (Ar. 866) ó STSJ, Social, Madrid 9 marzo 2000 (Ar. 2347).

⁶⁴³ STS, Social, 5 febrero 1991 (Ar. 800) ó STSJ, Social, Cataluña 16 mayo 1999 (Ar. 1903).

Habida cuenta en este caso cabe asistir a un proceso mixto (en primer lugar, la reversión de la actividad previamente exteriorizada a la Administración y, acto seguido, la decisión de ésta de no continuar con ella), lo más aconsejable --por tercera vez-- es que una futura ley se pronuncie de forma expresa al respecto y obligue al Ente público a asumir a quienes trabajaban en la actividad entregada para su ejercicio a la entidad privada y, posteriormente, al amortizarla, proceder a extinguir los contratos laborales afectados previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la normativa social de común aplicación [despido objetivo –art. 52 c) ET—o despido colectivo –art. 51 ET--]⁶⁴⁴.

4.2.- Subcontratación de contratas y concesiones administrativas

En nuestro ordenamiento jurídico y contando con el apoyo que proporciona el art. 38 CE, el empresario privado dispone de libertad para contratar o subcontratar la realización de obras o servicios. Se trata, no obstante –tal y como recuerda el art. 42 ET--, de una libertad a ejercitar con sujeción a determinadas condiciones dirigidas a preservar los derechos de los trabajadores frente a eventuales incumplimientos o fraudes por parte de la empresa contratista o subcontratista a la que pertenecen. De esta posibilidad pueden hacer uso, lógicamente, las Administraciones públicas, que quedarán sometidas, entonces, al régimen de responsabilidades que diseña el Derecho del Trabajo para quien ocupa ante él la posición de empresario “principal” o “comitente”, lo cual tropieza con muchas dificultades que no se plantean en el ámbito privado, pues en el sujeto

⁶⁴⁴ BODAS MARTIN, R.: "Particularidades del régimen jurídico de los trabajadores en régimen laboral y de las Administraciones Públicas", en AA.VV (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000, pág. 307.

responsable concurre la condición de entidad que participa, en mayor o menor grado, de potestades públicas.

Tal circunstancia obliga a analizar si del incumplimiento de las deudas salariales o con la Seguridad Social contraídas por el concesionario o el contratista deberá de responder también la Administración y en qué casos y bajo qué condiciones. En tanto en cuanto la normativa laboral no ha arbitrado una respuesta específica a estas cuestiones, no puede extrañar que la aplicación del régimen de responsabilidad empresarial solidaria previsto en el art. 42 ET provoque un importante grado de inseguridad jurídica, máxime cuando la técnica legislativa utilizada en dicho precepto, de un lado, propicia todo tipo de equívocos necesitados de urgente corrección y, de otro, entra en directa contradicción con lo previsto en la LCSP⁶⁴⁵.

Es más, no hay que olvidar tampoco que el relevo parcial del adjudicatario de un contrato administrativo, materializado a través del mecanismo de la subcontratación, es un fenómeno cada vez más frecuente en la práctica de la contratación pública, no en vano la complejidad intrínseca al objeto contractual impone, en multitud de ocasiones, que determinadas partidas integrantes del mismo puedan ser encomendadas a terceros⁶⁴⁶. Es muy habitual, por tanto, que los adjudicatarios de las contrataciones o concesiones soliciten la colaboración de otra(s) empresa(s) auxiliares en la prestación del servicio público asumido, en el bien entendido sentido de que estos empresarios auxiliares pueden ser, a su vez, "principal" de otros a efectos laborales⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "Responsabilidades de régimen laboral derivadas de la subcontratación de concesiones administrativas", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núms. 281-282, 2006, págs. 5 y ss.

⁶⁴⁶ TOLOSA TRIBIÑO, C.: "La subcontratación en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", en AA.VV (MERCADER UGUINA, J.R., Coord.): *La nueva Ley reguladora de la subcontratación en la construcción*, Valladolid, 2007, pág. 170.

⁶⁴⁷ STS, Social, 9 julio 2002 (RJ 10538).

4.2.1.- La permisividad de la Ley de Contratos del Sector Público

El imperativo empresarial de ganar en productividad, capacidad de adaptación y dinamismo en un mercado cada vez más competitivo e internacionalizado, al que no son ajenas las Administraciones públicas y sus contratistas o concesionarios, impulsa a buscar estrategias de reducción de las dimensiones de las empresas adjudicatarias de servicios de interés general a través de la externalización de la producción (*outsourcing*)⁶⁴⁸, en aras de la mejora de la calidad y eficiencia del servicio⁶⁴⁹. Reducir la dimensión empresarial recurriendo al incremento de la contratación externa de parcelas de la actividad pública que antes eran realizadas directamente por el adjudicatario permite frenar costes en unidad de producto, adecuar las inversiones realizándolas allí donde sean necesarias y flexibilizar las estructuras de la empresa adjudicataria para responder a las incertidumbres del mercado y a la creciente globalización de la economía⁶⁵⁰. Se consigue así un modelo de actividad empresarial "escueta", que permite reducir mano de obra y desplazar funciones⁶⁵¹, con el consiguiente

⁶⁴⁸ CRUZ VILLALON, J.: "Outsourcing y relaciones laborales", en AA.VV.: *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2000, págs. 251-252. Por extenso, GIDRON, G. y RUEDA, B.: *Nuevos modelos de gestión empresarial (el outsourcing de procesos de negocios)*, Madrid, 1998.

⁶⁴⁹ DE QUINTANA PELLICER, J.: "La descentralización productiva (outsourcing). Algunos apuntes en relación con las cuestiones que plantea desde el punto de vista judicial", *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2000, pág. 163.

⁶⁵⁰ BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H.G.: "La mundialización de la economía y el Derecho Internacional del Trabajo: realidades y desafíos", *Tribuna Social*, núm. 98, 1998, pág. 7.

⁶⁵¹ PEREZ DE LOS COBOS, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990, pág. 19; CRUZ VILLALON, J.: "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales", *Revista Trabajo y Seguridad Social*, núm. 13, 1994, pág. 8. ó RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: "La situación de los trabajadores en empresas descentralizadas: la merma de sus garantías y la 'crisis' del trabajo subordinado", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, págs. 45 y ss.

"adelgazamiento de las estructuras organizativas"⁶⁵² al minorarse su tamaño (*downsizing*) y rebajar costes productivos⁶⁵³, "convirtiendo en variables los costes fijos en aquellas funciones consustanciales a la propia actividad (de la contrata o concesión) y transformando en fijos los variables que se relacionan con las tareas que por no ser constantes en el proceso productivo exigen un continuo redimensionamiento de la empresa mejorando la eficiencia y efectividad al aumentar su productividad y competitividad"⁶⁵⁴. Al mismo tiempo y al contrario de lo que generalmente se dice, la externalización productiva no es una simple técnica para reducir gastos o para transformar costes fijos en variables con el objetivo de aumentar la eficiencia empresarial de los contratistas o concesionarios en aras del "buen orden" de la concesión. La descentralización es algo más: "busca aumentar la capacidad adaptativa de la empresa adjudicataria; la excelencia; satisfacer al consumidor individualizando el producto y el servicio; la especialización; la calidad; el precio y, sobre todo, dirigir y centrar el esfuerzo inversor de las empresas concesionarias hacia aquello que conocen mejor, el núcleo del negocio (*core bussines*)"⁶⁵⁵.

Exigencias de funcionamiento como las expuestas explican la progresiva tendencia a la fragmentación (u "horizontalización")⁶⁵⁶ del proceso de explotación de la concesión o de realización de la contrata en pequeñas unidades de producción --autónomas--, operada por mor de la especialización productiva en aras a garantizar la calidad del servicio ofrecido al público. Esta es la positiva idea de la que parte el art. 210

⁶⁵² MONEREO PEREZ, J.L.: *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación. Puntos críticos*, Madrid, 1995, pág. 25.

⁶⁵³ ORTIZ LALLANA, M.C.: "La supervivencia del Derecho del Trabajo", *Actualidad Laboral*, núm. 42, 1999, pág. 821.

⁶⁵⁴ DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: "Algunos aspectos problemáticos sobre el fenómeno de la descentralización productiva y relación laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 20, 1999, pág. 19.

⁶⁵⁵ GOMEZ ALBO, P.: "Descentralización productiva, externalización y subcontratación", *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2000, pág. 159.

⁶⁵⁶ MONEREO PEREZ, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, 1999, pág. 10.

LCSP, el cual se encarga de aclarar que, a través de este fenómeno, en virtud del cual el adjudicatario concierta con un tercero la realización parcial del contrato administrativo, no se atribuye al nuevo empresario disponibilidad sobre la gestión del servicio, sino que ésta la mantiene el empleador originario⁶⁵⁷, de manera que los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal, siendo este último el que asumirá la total responsabilidad de la ejecución del vínculo contractual frente a la Administración y terceros, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y --cómo no-- a los términos del propio contrato (art. 210.4 LCSP)⁶⁵⁸.

En la circunstancia de que el contratista inicial no es reemplazado de su posición respecto de la Administración reside precisamente la razón última por la que la legislación administrativa en esta materia se decanta por un criterio favorable hacia la posible materialización del fenómeno de la subcontratación en aras de la eficiencia de la propia concesión: no habiendo sustitución jurídica del concesionario, no se falsea la licitación, motivo por el cual los posibles celos acerca de este instrumento ceden y, en su lugar, emergen razones a favor de su aplicación, atendiendo, sobre todo, a la propia complejidad del objeto del contrato público y a la creciente especialización que exige su pleno cumplimiento⁶⁵⁹.

Nada impide, por tanto, a los agentes económicos subcontratar con terceros una parte, esencial o no, del contrato que tienen adjudicado. En tanto subcontratar significa simplemente concertar con un tercero la realización parcial del vínculo administrativo, no puede extrañar que los requisitos exigidos para su realización sean menos estrictos que si de una cesión se tratara: no se precisa y, por ende, no es obligatoria, la previa autorización expresa del órgano de contratación [salvo para aquellos contratos de carácter secreto o

⁶⁵⁷ MESTRE DELGADO, J.F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, Madrid, 1992, pág. 176.

⁶⁵⁸ FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3ª edición, Barcelona, 2003, pág. 513.

⁶⁵⁹ GARCIA-TREVIJANO GARNICA, E.: *La cesión del contrato administrativo. La subcontratación*, Madrid, 1997, pág. 17.

reservado, en aquellos cuya ejecución deba de ir acompañada de medidas de seguridad especiales o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado –art. 210.2 d) LCSP--]; antes al contrario, únicamente es necesario para ello comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos, si bien es pertinente señalar la parte de la prestación que se pretende subcontratar y –cómo no-- la identidad del subcontratista, justificando, al tiempo, suficientemente la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia [art. 210.2 b) LCSP]. En ningún caso podrá concertarse con el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar o afectadas por alguna causa de prohibición (art. 210.5 LCSP). La nueva LCSP se esfuerza, al tiempo, en dejar claro que lo importante en la contratación pública es la correcta ejecución del contrato adjudicado, de manera que la infracción de estas condiciones podrá dar lugar a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe subcontratado (art. 210.3 LCSP)⁶⁶⁰.

La sujeción a estas exigencias por parte de aquel contratista que pretende subcontratar el encargo asumido debe ponerse en conexión, a la postre, con la permisividad del art. 52 LCSP, no en vano este precepto admite que para acreditar su solvencia los licitadores puedan basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, siempre que demuestren que, para la ejecución del contrato, disponen efectivamente de esos medios. De esta previsión, admitida por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea⁶⁶¹, se deduce que la subcontratación, pese a todas las restricciones que la acompañan, puede no valorarse “en la fase de la

⁶⁶⁰ TOLOSA TRIBIÑO, C.: *Contratación administrativa*, 2ª edición, Pamplona, 2008, págs. 541 y ss.

⁶⁶¹ SSTJCE de 2 de diciembre de 1999, asunto *Holst Italia*, y de 18 de marzo de 2004, asunto *Siemens AG*.

solvencia, remitiendo esta cuestión a la fase de ejecución”⁶⁶².

Así, con el fin de garantizar el buen fin de la concesión, la nueva LCSP no se opone al recurso de la subcontratación; únicamente establece, además del cumplimiento necesario de las mencionadas formalidades, ciertas limitaciones que intentan asegurar la responsabilidad global del agente económico adjudicatario inicial del contrato⁶⁶³. De este modo, el contratista principal —es decir, el adjudicatario— continúa obligado a todos los efectos ante el poder adjudicador y el subcontratista queda obligado sólo ante el contratista principal (art. 210.4 LCSP). De esta diferenciación obligacional, cabe inferir la existencia de dos contratos perfectamente distintos: uno, de naturaleza pública, es decir, el del poder adjudicador con el agente adjudicatario, y, otro, de naturaleza privada, esto es, entre este último y un nuevo empresario, de lo que se deduce que la subcontratación no implica la existencia de una tercera parte en el contrato público, sino únicamente una relación jurídica y económica entre el adjudicatario y el subcontratista ajena a la relación principal entre el poder adjudicador y el primero⁶⁶⁴. Ahora bien, tal diferenciación, clara desde el punto de vista teórico, no siempre está tan definida en la práctica, máxime cuando entra en juego una posible responsabilidad en materia laboral.

4.2.2.- La responsabilidad solidaria de la Administración en materia salarial y de Seguridad Social

⁶⁶² GIMENO FELIU, J.M.: “Reflexiones críticas sobre el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista General de Derecho Administrativo (Iustel)*, núm. 14, 2006, pág. 12.

⁶⁶³ IBÁÑEZ GARCÍA, I.: “La subcontratación en los contratos del sector público”, *Actualidad Administrativa*, núm. 1, 2007, págs. 17-22.

⁶⁶⁴ FERNÁNDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Barcelona, 2005, pág. 127.

El sistema de responsabilidad administrativa, que se hace recaer en exclusiva sobre el adjudicatario, no implica, sin embargo, que los derechos de los trabajadores inmersos en el proceso de descentralización queden desprotegidos, pues la aplicación del art. 42 ET deja patente la existencia de una responsabilidad solidaria entre la Administración, el contratista y los subcontratistas por las deudas salariales y de Seguridad Social contraídas por estos últimos con sus empleados. Llegar a esta conclusión, no es, sin embargo, fácil⁶⁶⁵, tal y como se tratará de demostrar a lo largo de las páginas siguientes.

Para combatir el riesgo de fraudes y de incumplimientos laborales que puede llevar aparejado el fenómeno de la subcontratación, en la medida en que la concurrencia de varios empresarios propicia la elusión de obligaciones y de responsabilidades, la Ley laboral establece una serie de cautelas o garantías en beneficio de los trabajadores, consistentes en el establecimiento, bien de determinadas obligaciones para la empresa principal respecto de las empresas contratistas y subcontratistas, bien –por lo que aquí interesa– de una responsabilidad solidaria de la empresa principal para el supuesto de incumplimiento por parte de las empresas auxiliares de sus obligaciones laborales o de Seguridad Social con su personal⁶⁶⁶.

Así, en aras a evitar las posibles situaciones de desprotección para el trabajador, el art. 42 ET diseña un mecanismo destinado a depurar imputabilidades tanto del empleador directo como de los "empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad" cuando vayan referidas a las obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social contraídas por el primero "durante el período de vigencia de la contrata".

⁶⁶⁵ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, Madrid, 2006, págs. 17 y ss.

⁶⁶⁶ SALA FRANCO, T.: "Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2005, págs. 1016-1017.

A) La doctrina de los Tribunales del orden social

En tanto en cuanto el art. 42 ET se refiere expresamente a "los empresarios que contraten o subcontraten...", parece que está exigiendo a las dos partes involucradas en la contratación o subcontratación una determinada condición subjetiva que, en todo caso, deben reunir para que la responsabilidad en materia salarial y de Seguridad Social sea solidaria. Interpretada restrictivamente, en sentido económico o mercantil, dicha condición no alcanzaría a las Administraciones públicas, pues cuando éstas adjudican la ejecución de obras y la prestación de servicios a empresas privadas actúan sometidas al Derecho Administrativo y no obtienen, con carácter directo, lucro alguno que deban restituir⁶⁶⁷. Es más, las Administraciones contratantes no externalizan la obra o servicio público "por razón de una actividad empresarial", mención contenida en el último párrafo del art. 42 ET, sino como consecuencia de una "actividad de planificación o fomento" dirigida a la satisfacción de un interés general, razón por la cual los Entes públicos no serían, en una primera aproximación, "empresarios titulares" de una organización económica específica ni, consecuentemente, contraparte contractual frente al empresario contratista a efectos de imputación de responsabilidades *ex* art. 42 ET⁶⁶⁸.

Este fue el criterio judicial adoptado inicialmente en diversas sentencias del Tribunal Central de Trabajo y posteriormente mantenido en algunos de los ulteriores pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, quienes a los referidos argumentos han añadido consideraciones tan escasamente jurídicas como que, de interpretar lo

⁶⁶⁷ SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona, 2003, pág. 194.

⁶⁶⁸ GOERLICH PESET, J.M.: "Actividades laborales externalizables: régimen jurídico", en AA.VV (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Valladolid, 2002, pág. 119.

contrario, la responsabilidad que recaería sobre la Administración impondría una carga demasiado pesada a la actividad pública de fomento⁶⁶⁹.

Ahora bien, pese a las iniciales reticencias de las instancias judiciales a aplicar el art. 42 ET cuando en el comitente concurre la cualidad de ser un Ente público, la doctrina científica ha admitido y continúa admitiendo tal posibilidad⁶⁷⁰, en especial, tras una serie de pronunciamientos en los que de forma expresa se reconoce la aplicabilidad del mencionado precepto estatutario en el ámbito de las

⁶⁶⁹ SSTCT 19 enero y 8 marzo 1982 (Ar. 168 y 1439); SSTS, Cont-Admtivo, 10 diciembre 1986 (Ar. 1987/1034) ó SSTSJ, Cont-Admtivo, Baleares 5 diciembre 1992 (AS 519), Navarra 22 marzo 1994 (AS 891) y 28 abril 1995 (AS 1355), País Vasco 17 octubre 1995 (AS 3718) ó Cataluña 22 enero 1996 (AS 174).

⁶⁷⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La regulación protectora del trabajo en contratas", *Revista de Política Social*, núm. 93, 1972, pág. 35; GARCIA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981, pág. 21; CRUZ VILLALON, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992, pág. 122; MARTINEZ EMPERADOR, R.: "Responsabilidad empresarial en caso de contratas y subcontratas en España: criterios jurisprudenciales", en AA.VV (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 1993, pág. 422; MARTINEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas: problemas y soluciones*, Madrid, 1998, págs. 31 y ss.; GODINO REYES, M. y SAGARDOY DE SIMON, I.: *Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal*, Valencia, 1998, pág. 30; TOLOSA TRIBIÑO, C.: "La responsabilidad empresarial por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, núm. 13, 1998, pág. 13; SALINAS MOLINA, F.: "Contratas y subcontratas en la jurisprudencia unificadora", *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999, pág. 26; LLANO SANCHEZ, M.: *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Madrid, 1999, págs. 32 y ss.; GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, Valencia, 2000, págs. 148 y ss.; GALA DURAN, C.: "La responsabilidad empresarial en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios", en AA.VV (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Descentralización productiva y relaciones laborales*, Valladolid, 2001, págs. 226 y ss.; LOPEZ ANIORTE, M.C.: *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Murcia, 2003, págs. 35 y ss.; NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contratas. La noción de `contrata de propia actividad'*, Valencia, 2004, pág. 37 ó MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, Valencia, 2004, págs. 111 y ss.

Administraciones públicas⁶⁷¹, no en vano el término "contratas y subcontratas" utilizado por la norma tiene un marcado carácter "atécnico"⁶⁷².

Cuando la Administración comitente y el empresario concesionario conciertan la gestión por este último de un servicio público encargado por la primera, por regla general, están celebrando un contrato administrativo-empresarial cuya ejecución supone disponer la organización de medios materiales y humanos por parte del adjudicatario al servicio de la Administración por razón de ese encargo. El objeto del contrato celebrado entre ambos sujetos conlleva la puesta en funcionamiento de la organización productiva del titular de la concesión como parte accidental del ciclo de actuación de la Administración. Esta circunstancia supone, en la práctica, la incorporación indirecta por el Ente público del trabajo de los operarios del adjudicatario, lo cual provoca consecuencias importantes desde el punto de vista laboral. Esa relación fáctica de trabajo entre la Administración comitente y el trabajador al servicio del concesionario no puede pasar desapercibida, lógicamente, para el Derecho del Trabajo⁶⁷³.

Como con acierto se ha dicho, "es precisamente la prestación de servicios de los trabajadores de una empresa --el adjudicatario-- para otra --la Administración-- la que hace que esas relaciones interempresariales, en principio extralaborales, pasen a tener trascendencia para el ordenamiento jurídico social"⁶⁷⁴, motivo por el

⁶⁷¹ Entre muchas, SSTSJ, Social, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 12 enero 1998 (AS 1998/1173), Castilla-La Mancha 23 marzo 1998 (AS 1282), Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1242, 1805) y 24 diciembre 1999 (AS 4356), Cataluña 14 septiembre 1999 (AS 3045), Murcia 18 diciembre 2000 (AS 4167), Madrid 13 junio 2001 y 16 febrero 2004 (AS 2811 y TOL 488844) y Barcelona 20 julio 2004 (TOL 479692).

⁶⁷² CRUZ VILLALON, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1992, págs. 114 y ss.

⁶⁷³ MARTIN VALVERDE, A.: "Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios", en AA.VV (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales*, Vol. VIII, Madrid, 1988, pág. 105.

⁶⁷⁴ GOERLICH PESET, J.M.: "Coordinación de actividades empresariales y

cual todo tipo de cargas y responsabilidades que la Administración pueda tener con los empleados del adjudicatario deriva directamente del vínculo suscrito entre el Ente público y dicho titular de la contrata o concesión a partir del cual se origina la relación mediata de trabajo⁶⁷⁵. En principio, la condición pública del organismo que adjudica la gestión indirecta de un servicio público no puede hacer olvidar ni transmutar la naturaleza de la prestación, razón por la cual su gestión indirecta no debería afectar al *solidum* legal; de hecho, de no haberse exteriorizado la actividad, la Administración sería el empleador inmediato⁶⁷⁶.

Por otra parte, el contrato administrativo encaja sin trauma alguno en el concepto de "contrata", tal y como ha reconocido expresamente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en varias ocasiones: "una interpretación del reiterado art. 42, conforme a su espíritu y finalidad, permite extender el concepto 'contratas y subcontratas' celebradas por el empresario y terceros respecto a la realización de obras y servicios de los primeros, a la noción de 'concesión administrativa' ya que, de un lado, la generalidad de los términos 'contratas o subcontratas' no permiten su aplicación exclusiva a los negocios jurídicos privados, y, de otro, parece más adecuado a los fines de la Administración que la misma, a través de la figura de la concesión, pueda encomendar a un tercero la gestión de servicios propios, sin que ello afecte a las garantías solidarias entre el Ente público, dueño de la obra que se explota o del servicio cedido, y la entidad que organiza su propia actividad y medios personales y materiales para el cumplimiento de la prestación concedida"⁶⁷⁷. De esta

prevención de riesgos laborales", *Actualidad Laboral*, núm. 8, 1997, pág. 125.

⁶⁷⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 del ET", *Relaciones Laborales*, núm. 5, 1996, pág. 6.

⁶⁷⁶ QUIROS HIDALGO, G.: "Algunas cuestiones sobre la atribución de responsabilidades ex art. 42 ET en un supuesto de contrata encargada por una sociedad cooperativa de viviendas, a su vez concesionaria de un Ayuntamiento", *Aranzadi Social*, núm. 4, 2005, pág. 15.

⁶⁷⁷ SSTs, Social, 18 marzo 1997 (RJ 2572), citando a su vez las SSTs, Social, 15 julio, 27 septiembre, 18 noviembre y 14, 23 y 31 diciembre 1996 (RJ 5900, 6910, 8628, 9464, 9844 y 9867). Con carácter más reciente, SSTs, Social, 23 enero, 24 junio y 3 octubre 2008 (RJ 2775, 4233 y 359050).

manera, "entendida la contrata como el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero, este tercero puede ser una empresa pero puede ser también la Administración que, utilizando el mecanismo de la concesión administrativa, adjudica la gestión de un servicio a quien corresponda según los términos de la convocatoria y cumpliendo los trámites establecidos al efecto por el Derecho Administrativo"⁶⁷⁸.

Todo ello sin olvidar, a la postre, cómo el imperativo empresarial de ganar en productividad, capacidad de adaptación y dinamismo en un mercado cada vez más competitivo e internacionalizado al que no son ajenos los contratistas o concesionarios de servicios públicos, impulsa a éstos a buscar estrategias de externalización hacia otros empresarios subcontratistas, haciéndose, en ocasiones, inmensa la longitud de los eslabones de la cadena de empresarios involucrados en la explotación del servicio de interés general, circunstancia capaz de exigir un instrumento de garantía para los trabajadores involucrados.

B) Dificultades para su aplicación

Estas reflexiones vienen a avalar la necesidad de extender el mecanismo de la responsabilidad solidaria por incumplimiento de las obligaciones salariales y con la Seguridad Social previsto en el art. 42 ET, no sólo al contratista o concesionario, que procede a subcontratar parte de la actividad asumida, sino a la propia Administración comitente⁶⁷⁹. El principal problema en la materialización de tal objetivo

⁶⁷⁸ STSJ, Social, Asturias 11 febrero 2000 (AS 262). En parecido sentido, STSJ, Social, Madrid 18 enero 2005 (AS 86).

⁶⁷⁹ GARATE CASTRO, J.: "Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social de la descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la 'propia actividad' (referencias al empleo de esta fórmula de descentralización productiva por parte de las Administraciones Públicas)", en AA.VV (GARATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones locales*, Barcelona, 2004, pág. 154.

radica, no obstante, en el hecho de que la LCSP es muy clara al establecer una previsión básica y fundamental: es el contratista o concesionario el único obligado a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros por la explotación de una concesión administrativa a no ser que (única excepción) tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia de una orden de la propia Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma (art. 198 LCSP)⁶⁸⁰.

El adjudicatario es, pues, responsable de las consecuencias que se deriven de la ejecución y resolución de los contratos que haya celebrado con terceros, no sólo frente al órgano de contratación sino también frente a los propios auxiliares⁶⁸¹. "Los terceros no existen a efectos jurídicos para la Administración concedente, ya que cualquier resultado de sus actuaciones es asumido según la Ley por el concesionario..., (de modo que) el concedente se desvanece para los terceros por cuanto la única instancia que les resulta a éstos asequible es la del concesionario con el que contratan"⁶⁸². El legislador administrativo pretende preservar, así, la independencia de la concesión, como relación entre Administración contratante y concesionario, frente al también deseable dinamismo del mercado. De conformidad con lo previsto en la LCSP, el Ente público no tiene que responder por los daños ocasionados por los adjudicatarios ni mucho menos por las empresas auxiliares de éstos, ya que tales sujetos no se encuentran integrados en la organización administrativa, "no habiendo solidaridad alguna entre la Administración y el contratista, ni siendo en absoluto equiparables la técnica de la concesión con la de la delegación"⁶⁸³. La

⁶⁸⁰ MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *Nuevo régimen de contratación administrativa*, 3ª edición, Madrid, 2003, págs. 429 y ss.

⁶⁸¹ MORCILLO MORENO, J.: "Las obligaciones del concesionario de obra pública tras la Ley 13/2003, de 23 de mayo", *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 43, 2005, pág. 28.

⁶⁸² ALONSO COLOMER, F.: "Ejecución de las obras", en AA.VV (MENENDEZ MENENDEZ, A., Dir.): *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Madrid, 2003, pág. 185.

⁶⁸³ BOCANEGRA SIERRA, R.: "La responsabilidad civil de los concesionarios y

responsabilidad del concesionario por los daños que ocasione en la explotación de la concesión es, pues, directa y objetiva, asumiendo la indemnización de todos los perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato⁶⁸⁴.

Tal régimen jurídico, derivado de lo previsto en la LCSP, debe ser matizado, empero, atendiendo a la normativa laboral que persigue fines tuitivos distintos, no en vano, en la realidad, el contratista o concesionario no deja de ser un sujeto que asume el ejercicio de funciones administrativas cuya titularidad se reserva la Administración, quien actuaría como empresario directo de los trabajadores involucrados en la prestación del servicio público si no acudiera a la técnica de la concesión. Sin duda el art. 42 ET no fue redactado pensando en el ámbito contractual público, pero pretender en todo caso la exoneración de responsabilidad de la Administración comitente alegando que su actividad de fomento no entraña ejercicio de "actividad empresarial", supone un trato diferenciado carente de justificación frente al sector privado y una discriminación con efectos previsiblemente negativos para los trabajadores de los empresarios con quienes contrate⁶⁸⁵. Así, "a la Administración le debe alcanzar la responsabilidad en materia laboral

contratistas", *Documentación Administrativa*, núm. 237-238, 1994, pág. 206. En el mismo sentido, BELADIEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1997, pág. 150. En la jurisprudencia, SSTs, Cont-Admtivo, 31 julio 1989 (Ar. 6183) y 25 enero 1992 (Ar. 1343).

⁶⁸⁴ GARCIA DE ENTERRIA, E.: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956 (2ª edición, facsímil, 1984); LEGUINA VILLA, J.: *La responsabilidad civil de la Administración*, Madrid, 1983; MARTIN REBOLLO, L.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1997; REBOLLO PUIG, M.: "Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro", *Poder Judicial*, núm. 20, págs. 23 y ss.; BOCANEGRA SIERRA, R.: "Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración Pública por daños causados a terceros", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 18, 1978, págs. 397 y ss.; PANTALEON PRIETO, F.: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985 ó DE AHUMADA RAMOS, F.J.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Pamplona, 2000, págs. 232 y ss.

⁶⁸⁵ SANTOR SALCEDO, J.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 196.

y de Seguridad Social por los hechos o actos del concesionario-gestor, incluso cuando éste entre en relaciones de derecho privado..., (de modo que) ésta no puede desentenderse de ninguna manera de los daños que cause la actuación del adjudicatario o las empresas auxiliares con las que éste subcontrate parcelas de la prestación del servicio público asumido"⁶⁸⁶.

La normativa laboral no ha arbitrado una respuesta específica a estas cuestiones, de modo que el régimen legal previsto en el art. 42 ET de responsabilidad empresarial solidaria en caso de contratas y subcontratas es aplicable (con severas matizaciones como se ha tenido ocasión de comprobar) no sólo al supuesto de hecho de contratas o subcontratas de naturaleza privada, sino también a las contratas y concesiones administrativas. Más claro se debería haber manifestado, en este sentido, la LCSP, excepcionando del principio de responsabilidad directa y exclusiva por parte del adjudicatario aquellos daños causados a terceros (trabajadores) relacionados con deudas de tipo salarial o con la Seguridad Social, para adoptar aquí el principio de responsabilidad solidaria, sin limitarse a establecer el deber del contratista de informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral (indicando, por tanto, el nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa subcontratista, el objeto y la duración de la subcontrata, el lugar de ejecución, el número de trabajadores que serán ocupados en la subcontrata en el centro de trabajo del contratista y las medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de

⁶⁸⁶ SSTS, Cont-Admtivo, 19 mayo 1987 (Ar. 3615) y 9 mayo 1989 (Ar. 4487). En la doctrina, GONZALEZ NAVARRO, F.: "Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público", *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, núms. 44-45, 1976, págs. 215 y ss.; ARIÑO ORTIZ, G.: "El servicio público como alternativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23, 1979, pág. 552; VILLAR EZCURRA, J.L.: *La responsabilidad en materia de servicios públicos*, Madrid, 1981, págs. 19 y ss.; JURISTO SANCHEZ, R.: *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983, págs. 165 y ss.; SUAY RINCON, J.: "La ejecución del contrato administrativo. La cesión del contrato y la subcontratación", en AA.VV (GOMEZ FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004, pág. 415.

la prevención de riesgos laborales –arts. 210.6 LCSP--), pues tal previsión, pese a ser importante, se queda, sin duda, corta.

C) Sobre el concepto “propia actividad”

El sistema de la garantía solidaria instrumentado por el art. 42 ET, de aplicación a los supuestos de descentralización de vínculos contractuales públicos, queda supeditado, no obstante, al cumplimiento de una exigencia *sine qua non*: que el objeto de la contrata o concesión administrativa pertenezca a la “propia actividad” de la Administración comitente⁶⁸⁷, concepto jurídico harto problemático, pues la frontera entre lo principal y lo accesorio no siempre resulta nítida ni mucho menos generalizable, máxime cuando las Administraciones públicas no realizan una sola o preferente actividad sino una pluralidad de ellas, consecuencia a su vez de la multiplicidad de funciones y ámbitos de actuación asignados a su competencia⁶⁸⁸.

La alusión genérica a la “propia actividad” --“*vexata quaestio*”⁶⁸⁹, expresión ambigua en extremo, de difícil aprehensión y “sobre todo enormemente escurridiza”⁶⁹⁰-- dificulta en gran medida la determinación de las situaciones de hecho a partir de las cuales desencadenar todas las consecuencias previstas en el ET, buena muestra de lo cual viene dada por las inseguras e insatisfactorias conclusiones alcanzadas al respecto por la doctrina⁶⁹¹ y la consiguiente necesidad de

⁶⁸⁷ “La jurisprudencia reciente sigue un criterio funcional amplio e interpreta que es suficiente que la empresa subcontratista realice una actividad que pueda incluirse en el círculo de la actividad del concesionario o, dicho de otra manera, que ambos se encuentren inmersos en el mismo ámbito funcional de la normativa sectorial vigente”. SSTSJ, Cont-Admtivo, Castilla y León/Burgos 14 febrero 1997 (RJ 1942). En el mismo sentido, SSTS, Social, 18 enero 1995 (Rec. 150/1994) y 24 noviembre 1998 (Rec. 517/1998) ó SSTSJ, Social, Aragón 18 abril 2002 (Rec. 884/2001) y País Vasco 18 octubre 2004 (Rec. 1292/2004).

⁶⁸⁸ SANTOR SALCEDO, H.: “Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales”, cit., pág. 203.

⁶⁸⁹ RIVERO LAMAS, J.: “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral”, en AA.VV (RIVERO LAMAS, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, cit., pág. 41.

⁶⁹⁰ CRUZ VILLALON, J.: “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas”, cit., pág. 21.

⁶⁹¹ Para un sector de la doctrina, “propia actividad” equivale a total igualdad de las

un recurso permanente a los pronunciamientos judiciales para poder encontrar un poco de luz en la materia⁶⁹². Teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial de la conexión de las obras o servicios contratados con la finalidad productiva y las necesidades normales del comitente, puede considerarse "actividad propia" de las Administraciones públicas toda aquella realizada en el ejercicio de las competencias y atribuciones que la normativa estatal, autonómica y, en su caso, local, les encomiendan expresamente, lo cual desencadenaría la responsabilidad de la Administración en cualquier supuesto. Excluidas las funciones públicas que impliquen ejercicio de autoridad, la contratación administrativa puede tener cualquier objeto siempre que "su necesidad para los fines del servicio público" se justifique en el expediente administrativo, de modo que cualquier contrato de la Administración cumpliría el requisito señalado.

No parece, sin embargo, procedente entender que todo contrato administrativo, por el hecho de justificarse su necesidad para los fines de servicio público, se entienda incluido en el concepto "propia actividad" a efectos de imputación de responsabilidades laborales a la Administración, pues dicha noción no puede identificarse con cualquier actividad contratada, aunque el expediente de contratación así lo declare por imperativo legal⁶⁹³. Es necesario imponer, por tanto, una

actividades, PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990, pág. 31. Para otros es suficiente con la sustituibilidad, RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La regulación protectora del trabajo en las contratas", *Revista de Política Social*, núm. 93, 1972, pág. 37 ó MARTINEZ EMPERADOR, R.: *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios*, Madrid, 1980, pág. 6. No falta quien, sin embargo, identifica la expresión legal con el núcleo de la actividad empresarial, CRUZ VILLALON, J.: "Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contratas y subcontratas", cit., págs. 130-131.

⁶⁹² Si bien es preciso recordar la inexistencia "en la doctrina científica y en la jurisprudencia [de] criterios enteramente consolidados sobre el alcance preciso de este concepto", MARTIN VALVERDE, A.: "La protección jurídica del trabajo en contratas: delimitación de los supuestos de hecho", en AA.VV (SANCHEZ PEGO, F.J., Dir.): *Cesión de trabajadores. Empresas de trabajo temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratas de obras o servicios. Sucesión de empresas*, Madrid, 1994, pág. 119.

⁶⁹³ SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación:

modulación del concepto acorde con la limitación objetiva que incorpora la norma social. La realización en régimen descentralizado de obras y servicios competencia de las Administraciones públicas debe perseguir la satisfacción del interés general, pero no todas las obras ni todos los servicios contratados se dirigen directa e inmediatamente a la satisfacción de ese interés público. Al igual que en el ámbito privado, existen servicios complementarios necesarios para el ejercicio de la función pública descentralizada, pero no "inherentes" a la misma, y obras contratadas cuya ejecución no constituye propiamente función o cometido específico de la Administración⁶⁹⁴.

El criterio de la conexión con la finalidad pública de la actividad objeto de concesión debe ser completado, por ello, con otros, como el de la "sustitución" o el de la "proyección pública" del servicio contratado. A tenor del primero, cabría sostener que el objeto del vínculo administrativo se corresponde con la "propia actividad" de la Administración comitente cuando, de no haberse concertado su prestación indirecta, la propia Administración tendría que gestionarlo necesariamente por sí misma con su propio personal. De acuerdo con el segundo, el indicio de exteriorización productiva vendría dado por la existencia de servicio público con efectiva proyección o incidencia *ad extra*⁶⁹⁵. A la postre, el calificativo "inherente" a la Administración de un servicio contratado dependería del destinatario del mismo: de ser el ciudadano el usuario del servicio, la Administración habría descentralizado su "propia actividad" en el ejercicio regular de su función pública; de ser la propia Administración la destinataria, el servicio sería necesario para su funcionamiento pero accesorio o puramente instrumental para la satisfacción del interés general.

supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 204.

⁶⁹⁴ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Subcontratación de concesiones administrativas: problemas laborales*, cit., págs. 39 y ss.

⁶⁹⁵ CRUZ VILLALON, J. y RODRIGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: "Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos", *Revista de Derecho Social*, núm. 3, 1998, págs. 24 y ss.

Este último es el parámetro que parece haber adoptado casuísticamente la doctrina de los Tribunales⁶⁹⁶. La mayor parte de las resoluciones judiciales vienen a considerar cómo aquellas actividades que respondiesen a las previsiones fijadas en la normativa específica que reparte y atribuye las funciones y competencias de las diferentes Entidades administrativas formarían parte del concepto "propia actividad" y, en consecuencia, caso de proceder a su contrata, sería de aplicación el mecanismo de la responsabilidad solidaria entre Administración comitente y contratista si el destinatario último fuera el ciudadano⁶⁹⁷. La pauta más utilizada (insegura a todas luces) viene siendo, por tanto, la de la pertenencia material al "ciclo productivo" pero con una versión marcadamente finalista, pues, como resulta impropio hablar de "ciclo productivo" en una Administración pública, se ha optado por considerar que efectivamente existe "propia actividad" cuando la obra o servicio contratado esté dirigido a la consecución de fines propios de la competencia específica de la Administración contratante⁶⁹⁸, siempre que ello redunde en beneficio de la colectividad⁶⁹⁹.

Por poner algunos ejemplos capaces de manifestar que aún no están claramente definidos los perfiles de un criterio interpretativo objetivo que tenga vocación de validez generalizada para la interpretación del requisito de la "propia actividad" de una Administración pública, cabe destacar cómo con tal fundamento se ha

⁶⁹⁶ CRUZ VILLALON, J. y RODRIGUEZ-RAMOS VELASCO, P.: "Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos", cit., págs. 24 y ss.; GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I. y GOÑI SEIN, J.L.: "Contratación administrativa y aplicación de las normas laborales sobre contratas", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., págs. 153 y ss. ó MARTIN JIMENEZ, R.: "Descentralización funcional en las Administraciones Públicas y propia actividad", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1999, págs. 705-710.

⁶⁹⁷ PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "El concepto de 'propia actividad' empresarial", en AA.VV.: *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno*, cit., pág. 168.

⁶⁹⁸ MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, cit., pág. 132.

⁶⁹⁹ SSTs, Social, 18 enero 1995 (RJ 514) y 15 julio 1996 (RJ 5990).

declarado que forma parte de este concepto "el servicio de retirada de vehículos mal aparcados"⁷⁰⁰, "la ayuda a domicilio"⁷⁰¹, "la conservación y mantenimiento de parques naturales"⁷⁰², "la gestión de unas entidades deportivas"⁷⁰³, "la limpieza y mantenimiento de los jardines públicos"⁷⁰⁴, "ciertas tareas de vigilancia"⁷⁰⁵, "el mantenimiento de una estación depuradora de aguas"⁷⁰⁶, "la explotación de un teatro perteneciente a un ente autonómico"⁷⁰⁷, "la gestión del servicio de cuidado de minusválidos psíquicos profundos"⁷⁰⁸, "la adjudicación administrativa de comedores escolares"⁷⁰⁹, "la toma de datos para la informatización de un servicio"⁷¹⁰, "una actividad de restauración medioambiental"⁷¹¹ o "el transporte sanitario ordinario por parte de un ente autonómico de salud"⁷¹². Por el contrario, se ha marginado del ámbito aplicativo del concepto aquí analizado "la contrata suscrita por una Consejería para efectuar una mudanza"⁷¹³, "las obras de construcción y remodelación de un edificio contratadas por una Comunidad Autónoma"⁷¹⁴, "la prestación de servicios de seguridad o vigilancia en edificios públicos"⁷¹⁵, "la limpieza de los entes docentes

⁷⁰⁰ STSJ, Social, Andalucía/Málaga 24 diciembre 1999 (AS 4356).

⁷⁰¹ SSTs, Social, 15 julio, 27 septiembre, 18 noviembre y 14, 23 y 31 diciembre 1996 (TOL 236633, 235747, 236634, 235882, 236222 y 236640) ó 3 y 18 marzo 1997 (TOL 238147 y 237728).

⁷⁰² SSTSJ, Social, Canarias 24 abril 2003 (JUR 128636) y Aragón 12 junio 2003 (JUR 183838).

⁷⁰³ STSJ, Social, Murcia 18 diciembre 2000 (AS 4167).

⁷⁰⁴ SSTSJ, Social, Andalucía/Málaga 9 febrero y 9 marzo 1998 (AS 1242 y 1805).

⁷⁰⁵ STS, Social, 18 enero 1995 (RJ 514).

⁷⁰⁶ STSJ, Social, País Vasco 17 febrero 1998 (AS 759).

⁷⁰⁷ STSJ, Social, Madrid 27 enero 1999 (AS 96).

⁷⁰⁸ STSJ, Social, Canarias 12 enero 1998 (RJ 6216).

⁷⁰⁹ STS, Social, 27 julio 1998 (RJ 6216).

⁷¹⁰ STSJ, Social, Cataluña 25 enero 2002 (AS 1079).

⁷¹¹ STS, Social, 14 junio 2005 (TOL 675689).

⁷¹² SSTs, Social, 23 enero, 24 junio y 3 octubre 2008 (RJ 2775, 4233 y 359050).

⁷¹³ STSJ, Social, Madrid 12 julio 1997 (AS 2632).

⁷¹⁴ STSJ, Social, Cataluña 23 septiembre 1998 (AS 6948).

⁷¹⁵ SSTs, Social, 18 enero 1995 (RJ 514) y 15 julio 1996 (RJ 5990).

públicos de una ciudad"⁷¹⁶ o "el encargo procedente del servicio público de empleo para impartir un curso de formación"⁷¹⁷.

La remisión al casuismo y la constante adaptación del precepto, a través de su interpretación, al entorno social en que ha de aplicarse conjuga mal con la seguridad jurídica, valor que, ciertamente, resulta primordial en una disposición normativa como el ET, donde interactúan distintos intereses (de los trabajadores, de la Administración, del contratista o concesionario, de los empresarios participantes...)⁷¹⁸. El problema principal que se plantea es la distinción de las actividades necesarias respecto de las accesorias y, dentro de estas últimas, identificar cuáles resultan esenciales para la consecución del fin perseguido por la Administración y cuáles no. Se trata de un interrogante cuya respuesta sólo puede darse --como se ha visto-- de forma particularizada, con las limitaciones y los inconvenientes que de dicho método derivan⁷¹⁹: la falta de seguridad o certeza⁷²⁰. Siempre será difícil, por no decir imposible, fijar unas fronteras claras de lo que por propia actividad hay que entender, pues no existe un concepto *in rerum natura* que permita fijar con validez universal las distintas fases y operaciones que integran el mismo, resultando imposible determinar con seguridad si una concreta actividad forma parte o se integra en un ciclo productivo cuyos límites se desconocen⁷²¹.

⁷¹⁶ STSJ, Social, Cataluña 1 febrero y 1 abril 1997 (AS 712 y 1994).

⁷¹⁷ STS, Social, 29 octubre 1998 (AS 9049).

⁷¹⁸ MONTOYA MEDINA, D.: *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, cit., pág. 138.

⁷¹⁹ GARCIA MURCIA, J.: "El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores", *Revista de Política Social*, núm. 130, 1981, pág. 29.

⁷²⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "Propia actividad y contrata", *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1996, pág. 42 ó MARTINEZ GARRIDO, L.R.: *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas: problemas y soluciones*, Madrid, 1998, pág. 43.

⁷²¹ NORES TORRES, L.E.: *El trabajo en contratas. La noción de `contrata de propia actividad'*, Valencia, 2004, pág. 115.

D) La exoneración de responsabilidad de la Administración prevista en los pliegos de condiciones

No es infrecuente, como crítica adicional, que en los pliegos de condiciones ("ley primordial del contrato" o "*lex inter partes*")⁷²² se incorporen, a favor de la Administración comitente, cláusulas exoneratorias de la responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento por el concesionario o los sucesivos subcontratistas de la normativa laboral y de protección social. Como con acierto se ha dicho, "la contratación administrativa, no obstante sus especiales características, tiene como nota o fondo común con la ordinaria, civil o mercantil, la de ser, ante todo, un concierto de voluntades en el que las normas fundamentales y en primer término aplicables son las acordadas por la Administración y el contratista, es decir, las cláusulas del pliego de condiciones aceptado por éste, por lo que los derechos y obligaciones derivados de estos contratos se regulan, ante todo, por lo previsto en el pliego de condiciones publicado para su celebración como ley primordial del contrato, resultando obligado, en consecuencia de ello, para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia y efectos de un contrato administrativo, el remitirse a lo establecido en el correspondiente pliego"⁷²³.

El pliego de condiciones se conforma como receptor del acervo jurídico, económico y técnico al cual ha de ajustarse la licitación, adjudicación y ejecución de los contratos⁷²⁴ y, al ser conocido por la empresa al presentarse al concurso y aceptado de manera expresa en el momento de firmar la concesión, vinculará a las partes en cuanto a sus términos y alcance⁷²⁵. La autoexoneración de responsabilidad prevista

⁷²² STS, Cont-Admtivo, 4 octubre 1982 (RJ 6318).

⁷²³ STS, Cont-Admtivo, 9 julio 1988 (RJ 5880).

⁷²⁴ SSTSJ, Social, Asturias 11 febrero 2000 (AS 262) y Cataluña 9 marzo 2001 (AS 1456).

⁷²⁵ SSTS, Social, 7 noviembre 1991 (RJ 813) y 5 abril 1993 (RJ 2906). También, SSTSJ, Social, Madrid 10 junio 1998 (AS 2587), Cataluña 3 enero 2000 (AS 1657), Galicia 5 y 12 diciembre 2000 (AS 3972 y 3740), Canarias/Las Palmas 28 noviembre 2000 (JUR 2001, 119829) y 30 enero 2002 (AS 2236), País Vasco 23 noviembre 2002

en el mismo hace depender, no obstante, la aplicabilidad de una norma imperativa, como es el art. 42 ET, de la voluntad unilateral de la parte obligada a cumplirla, lo cual no puede ser admitido en ningún caso, pues dicho precepto estatutario establece un régimen de responsabilidad empresarial solidaria a favor de los trabajadores indisponible para las partes e inderogable para la Administración⁷²⁶.

Siguiendo a la mejor doctrina, "estos pliegos carecen de sustancia normativa en sentido propio, en cuanto simples piezas integrantes del contenido de un contrato, que extraen su fuerza precisamente de su inclusión en el mismo por los contratantes"⁷²⁷, razón por la cual "el carácter de *lex contractu* de los pliegos está en función de que no se vulneren preceptos de derecho necesario supraordenados a las partes"⁷²⁸. Tres argumentos avalan esta conclusión⁷²⁹: a) De conformidad con el art. 25 de la LCSP, las Administraciones públicas pueden concertar los pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las normas y principios superiores del ordenamiento. b) La falta de impugnación en tiempo y forma convalida los posibles vicios de los pliegos, que adquieren, por ello, eficacia jurídica, pero esta regla no alcanza a los vicios de nulidad de pleno derecho, en cuyo caso su denuncia no está sujeta a plazo preclusivo alguno⁷³⁰. c) El art. 2 del Convenio número 94 de la OIT, relativo a las cláusulas de trabajo de los contratos celebrados para la ejecución de obras y servicios públicos, garantiza a los trabajadores de los contratistas implicados en la contrata condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para trabajos idénticos en el ámbito

(JUR 2003, 81739) y La Rioja 11 y 18 noviembre 2003 (JUR 2004, 100009 y AS 2004, 707).

⁷²⁶ GARCIA PIQUERAS, M.: *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contrata y subcontratas*, Valencia, 1998, pág. 20.

⁷²⁷ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 14ª edición, Madrid, 2008, pág. 680.

⁷²⁸ SOSA WAGNER, F.: *La gestión de los servicios públicos locales*, 6ª edición, Madrid, 2004, pág. 202, con gran apoyo jurisprudencial.

⁷²⁹ SANTOR SALCEDO, H.: "Contratación administrativa y subcontratación: supuestos de imputación y exención de responsabilidades laborales", cit., pág. 214.

⁷³⁰ SSTs, Cont-Admtivo, 21 octubre 1981 (RJ 4614) y 4 noviembre 1997 (RJ 8158).

privado, de donde cabe inferir la prohibición de derogación *in peius* del régimen tuitivo establecido en la normativa laboral, máxime si dicha derogación obedece a una decisión unilateral del comitente público.

Una prohibición expresa en la LCSP de la inclusión de este tipo de cláusulas exoneratorias en los pliegos evitaría, no obstante, muchos problemas planteados en la práctica.

4.3. - El recurso a las empresas de trabajo temporal

No cabe duda de que este tipo de empresas han contribuido decisivamente a la hora de elevar los niveles de marginalidad laboral obrantes en el mercado de trabajo español⁷³¹, incrementando el “empleo secundario” y “poco protegido”⁷³². La realidad muestra que muchos de los contratos celebrados por estas empresas no pretenden cubrir verdaderas necesidades temporales y excepcionales de mano de obra, sino que, abusando de la figura, ha sido utilizada para ofrecer vínculos laborales bajo el signo de la precariedad, escatimando salarios y condiciones sociales⁷³³. El empleador persigue simple y llanamente sustituir trabajadores fijos por aquellos otros temporales suministrados por una empresa de trabajo temporal, reduciendo costes salariales y derechos sociales⁷³⁴.

Por tales razones, no puede extrañar que la legislación de Contratos del Sector Público se haya esforzado en dejar claro que la Administración no ostenta una facultad indiscriminada para acudir a

⁷³¹ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “La legalización de las empresas de trabajo temporal en España: crónica de un fracaso legislativo”, *Temas Laborales*, núm. 56, 2000, pág. 211.

⁷³² SAN MARTIN MAZZUCCONI, C.: “Contrato de puesta a disposición”, en AA.VV (SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTIN MAZZUCCONI, C., Dirs.): *Comentarios a las normas sobre Empresas de Trabajo Temporal*, Madrid, 2004, pág. 75.

⁷³³ PEREZ GIL, M.C.: “Las empresas de trabajo temporal: trabajo precario y discriminación”, *Aranzadi Social*, 1998, Tomo V, pág. 635.

⁷³⁴ OJEDA AVILES, A. y GORELLI HERNANDEZ, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, Madrid, 2006, pág. 123.

estas entidades, actuando en la posición de empresa usuaria. Antes al contrario, tras un azaroso debate parlamentario, la disposición adicional 5ª de la LCSP prohíbe la celebración de “contratos de servicios con empresas de trabajo temporal salvo cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos”⁷³⁵. Este tenor coincide con el texto primigenio del proyecto de Ley presentado por el Gobierno, si bien cabe alertar sobre el hecho de que durante la tramitación parlamentaria del mismo⁷³⁶, se admitió, de una forma harto criticable, la celebración de “contratos de servicios con empresas de trabajo temporal para la puesta a disposición de personal por un plazo determinado, siempre que en la documentación preparatoria del contrato se acredite debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales de que dispone la entidad contratante para cubrir las necesidades que tratan de satisfacerse a través del contrato”⁷³⁷.

La intermediación de las empresas de trabajo temporal quedaba convertida, con esta deplorable fórmula legal que afortunadamente no

⁷³⁵ APILLUELO MARTIN, M.: "Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública", QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: "Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas" ó SERRANO OLIVARES, R.: "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo", todos en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2000, págs. 448 y ss., 889 y ss. y 967 y ss., respectivamente; MOLINER TAMBORERO, G.: "La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos", en AA.VV (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000, págs. 103 y ss. ó FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005, págs. 193 y ss.

⁷³⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 8 de septiembre de 2007, núm. 95-I.

⁷³⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, de 8 de octubre de 2007, núm. 112 (d).

vio la luz, en una vía espuria de acceso al empleo público, esto es, en un subterfugio para sortear la aplicación de los principios de mérito y capacidad. Al final, la redacción definitiva del texto legal ha retomado la idea inicial, admitiéndose el recurso por los Entes públicos a las empresas de trabajo temporal –permítase la reiteración-- exclusivamente “cuando se precise la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, tomas de datos y servicios análogos”.

Se intenta evitar –aunque se deja abierto un amplio marco de escape-- que la Administración se sirva de una vía de reclutamiento de personal laboral caracterizada por la inestabilidad e inseguridad, pues “el concepto que mejor describe el impacto de las empresas de trabajo temporal en las relaciones laborales es el de opacidad (escasa claridad respecto al empleador competente, las condiciones de trabajo o la duración de la relación, un reparto poco nítido de obligaciones y responsabilidades entre los dos empresarios... hay, pues, una división de funciones que confunden al trabajador)”⁷³⁸. Sin pretender descender al detalle de los problemas planteados por el diseño actual del régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal, únicamente cabe poner de manifiesto, en el contexto de este análisis, cómo las citadas empresas aparecen reguladas en la Ley 14/1994, de 1 de junio (LETT), como única excepción (dejando a salvo las previsiones establecidas en las normas reguladoras de relaciones laborales especiales, señaladamente la de los deportistas profesionales y la de los estibadores portuarios, esta última en verdad muy próxima en su concepto a estas especiales empresas) a la tradicional prohibición de cesión de trabajadores prevista en el art. 43 ET⁷³⁹.

⁷³⁸ OJEDA AVILES, A. y GORRELLI HERNANDEZ, J.: *Los contratos de trabajo temporales*, cit., pág. 98.

⁷³⁹ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “La Ley 14/1994, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal: un hito en la evolución del derecho español de trabajo”, en AA.VV. (VALDES DAL-RE, F. y CASAS BAAMONDE, M^a.E., Coords.): *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1994, pág. 342 y ss. y *Las empresas de trabajo temporal en España*, Valencia, 1994, págs. 43 y ss.; GARCIA FERNANDEZ, M.: “Posición del trabajador ante la empresa de trabajo temporal y ante

Así pues, subsistente el veto de las actividades de tráfico ilícito de mano de obra --cuya vulneración acarrea las consecuencias de solidaridad de la responsabilidad y de reconocimiento de un derecho de opción al trabajador afectado entre adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o en la cesionaria--, el legislador reconoce, en un ejercicio de realismo, la legalidad de la cesión efectuada en los términos establecidos en la Ley 14/1994⁷⁴⁰. Definida la empresa de trabajo temporal por su art. 1 como "aquella cuya actividad consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados" --siempre y cuando la empresa aparezca debidamente autorizada⁷⁴¹--, el resultado no es sino la "ruptura del sinalagma funcional"⁷⁴², al faltar la coincidencia entre la figura del empresario (empresa de trabajo temporal) y el receptor de los servicios del trabajador (empresa cliente --en este caso, la Administración--), con el consiguiente quebranto a la presunción establecida en el art. 8.1 ET, según el cual "se presumirá existente [el contrato de trabajo] entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a

la empresa cliente: puntos críticos", *Actualidad Laboral*, núm. 34, 1994, pág. 525; MERCADER UGUINA, J.R.: "La intermediación en el mercado de trabajo tras la reforma laboral: realidades y respuestas", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 14, 1994, pág. 37; RAMOS MORCILLO, M.J.: "El régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal", *Revista Técnico Laboral*, núm. 68, 1996, pág. 292 ó GALA DURAN, C.: *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, Madrid, 1998, págs. 16 y ss.

⁷⁴⁰ PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ, F.: "Las empresas de trabajo temporal: a medio camino entre la apertura de los sistemas de colocación y la flexibilización de la utilización de la mano de obra", en AA.VV.: *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994, págs. 106 y ss.; GARCIA FERNANDEZ, M.: "La contratación de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal" (I), *AL*, núm. 1, 1996, pág. 1 ó VALDES DAL-RE, F.: "Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición", en AA.VV.: *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García*, Madrid, 1995, págs. 87 y ss.

⁷⁴¹ VALDES DAL-RE, F.: "Empresa de trabajo temporal, empresa usuaria y contrato de puesta a disposición (I)", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1995, págs. 3 y ss.

⁷⁴² GALA DURAN, C.: *Derechos y obligaciones entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias*, cit., págs. 14-15.

aquél".

La nueva forma jurídica de trabajar que la empresa de trabajo temporal instrumenta no sólo pone en paréntesis la radical unidad y unicidad de la relación obligatoria a la que da vida el vínculo laboral, sino que quiebra también la propia noción del nexo contractual celebrado entre un trabajador y un empresario como fuente exclusiva de derechos y obligaciones. La empresa de trabajo temporal, que es a la que corresponde la condición formal de empresario, ni ejerce la integridad de los poderes derivados de esta titularidad ni soporta en régimen de monopolio las responsabilidades laborales; aquéllos se distribuyen entre ambas por razón de la materia y estas otras o bien se reparten entre las dos con idénticos criterios materiales o bien dan lugar a fórmulas de co-responsabilidad⁷⁴³. La quiebra tiene lugar, pues, a partir de la superación de la bilateralidad como elemento de vital importancia "para la caracterización estructural del contrato de trabajo"⁷⁴⁴ y la construcción de una estructura tripolar, trilateral o triangular⁷⁴⁵ --no mera mediación⁷⁴⁶--, en la cual quien dirige la prestación no coincide con quien la retribuye, provocando una singular manifestación de la dependencia, pues el círculo rector al que aparece

⁷⁴³ VALDES DAL-RE, F.: "La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo", en AA.VV (PEDRAJAS MORENO, A., Dir.): *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, cit., pág. 38.

⁷⁴⁴ RIVERO LAMAS, J.: "Tipificación y estructura del contrato de trabajo", *Anuario de Derecho Civil*, T. XXV, 1972, págs. 157 y 160.

⁷⁴⁵ OLMO GASCON, A.M.: "Alteración sustancial del contrato laboral en el trabajo desarrollado a través de empresas de trabajo temporal", *Actualidad Laboral*, núm. 46, 1996, pág. 881; ALBIOL MONTESINOS, I.: "Las empresas de trabajo temporal", *Tribuna Social*, núm. 43, 1994, págs. 118 y 121; PEREZ YAÑEZ, R.: "El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a los trabajadores en misión", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1998, págs. 18-19; DEL REY GUANTER, S. y LEAL PERALVO, F.: "La relación entre los supuestos contractuales justificativos del contrato de puesta a disposición y los supuestos contractuales justificativos del contrato de trabajo de cesión temporal de duración determinada", *Relaciones Laborales*, 1996, T. II, pág. 120; SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*, Valencia, 1994, pág. 27 ó GALA DURAN, C.: "Supuestos y consecuencias de la utilización 'inadecuada' de las empresas de trabajo temporal", *Relaciones Laborales*, núm. 19, 1998, pág. 43.

⁷⁴⁶ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: *Las empresas de trabajo temporal en España*, cit., pág. 48.

subordinado el trabajador viene dado por un empresario --relacionado con el "empleador" propiamente dicho a través de un contrato de naturaleza civil o mercantil denominado de puesta a disposición⁷⁴⁷-- con quien no existe vínculo laboral alguno, sino una relación innominada.

En este marco, la prohibición impuesta por la disposición adicional 5ª de la LCSP a la posibilidad de que los Entes públicos utilicen de manera general los servicios de una empresa de trabajo temporal no sólo merece una valoración positiva por cuanto contribuye a no aumentar las tasas de precariedad laboral obrantes en el mercado de trabajo español, sino también porque trata de evitar una vulneración de los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público. Salta a la vista de inmediato que, a través de una empresa de trabajo temporal, la Administración se podrá servir de personas previamente reclutadas sin tener en cuenta los parámetros de mérito y capacidad recogidos en los arts. 23.2 y 103.3 CE. En efecto, la empresa usuaria (Ente público --en este caso--) en aras de una mayor eficacia no seleccionará al personal temporal cedido; su intervención quedará ceñida únicamente a decidir cuál será la concreta empresa de trabajo temporal con la cual se va a suscribir el contrato de puesta a disposición. Más tarde, la escogida será quien proponga, con criterios propios, al trabajador más acorde con la plaza a cubrir, sin que en tal determinación proceda --obviamente-- respetar los mentados principios, aplicándose, por el contrario, íntegramente el Derecho del Trabajo. En consecuencia, si el cedido va a realizar una labor en favor de la Administración sin haberse sometido a los criterios del art. 103.3 CE, se estaría admitiendo "que, o bien algunos servicios públicos no son tales, o para prestar algunos no hace falta seguir el procedimiento reglado de reclutamiento, bastando acudir, por tanto (cuando existan lo cual no es infrecuente), a otros cualesquiera privados"⁷⁴⁸.

⁷⁴⁷ SANCHEZ PEGO, F.J.: "La realización interempresarial de trabajo temporal: el contrato de puesta a disposición", *Documentación Laboral*, núm. 46, 1995, pág. 87.

⁷⁴⁸ APILLUELO MARTIN, M.: "Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de*

Pese al acierto de la mentada prohibición, es criticable, no obstante, la delimitación del ámbito de aplicación de la disposición adicional quinta de la LCSP cuando permite utilizar, si bien con carácter excepcional, los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal, con carácter eventual, para la "realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos", pues si bien está claro cuanto cabe entender por "encuestas" y "toma de datos", no lo está tanto la determinación de cuáles sean los trabajos "de naturaleza análoga" a los anteriores, no en vano parece hacer referencia a actividades de soporte administrativo de configuración excesivamente laxa⁷⁴⁹. Por si fuera poco, y siendo deplorable el punto de arranque, no lo es menos el desarrollo posterior de la contratación de trabajadores a través de una ETT, permitida por la disposición adicional 5ª de la LCSP, pues la "realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos" son las actividades (demasiado amplias) a cubrir también por la vía laboral ordinaria: contratos para obra o servicio determinado y eventual por circunstancias de la producción. La única limitación al efecto prevista es su duración (también harto arbitraria), no en vano finalizarán, no cuando concluya la tarea (de aplicación sólo en las empresas privadas), sino cuando expire el término fijado en el negocio

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. I, Madrid, 2001, pág. 488. En el mismo sentido, MOLINER TAMBORERO, G.: "La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos", en AA.VV. (MOLINER TAMBORERO, G., Dir.): *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. El convenio único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2000, pág. 103.

⁷⁴⁹ QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: "Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 889. No es infrecuente la intervención de una empresa de trabajo temporal para la realización de encuestas anuales por el INE o para la cobertura de tareas de soporte administrativo en el período de matriculación de estudios en centros escolares o universitarios. SERRANO OLIVARES, R.: "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 967.

de puesta a disposición, extinguiéndose a su vencimiento sin posibilidad de prórroga y sin que en ningún caso la duración máxima pueda superar los seis meses.

La extinción *ex lege* de los contratos celebrados con la empresa de trabajo temporal, al vencimiento de su plazo inicial, sin admisión de prórroga alguna (ni siquiera hasta alcanzar los seis meses), lleva necesariamente a preguntarse por la situación de los trabajadores cedidos que realizan las tareas cuando éstas quedan sin finalizar y concluye el término. Con ello se abre un nuevo punto de incertidumbre acerca de la calificación jurídica de este tipo de variantes en presencia, así como sobre el cauce legal para hacer viable la conclusión de los cometidos en curso, sin que necesariamente sea menester suscribir un nuevo contrato de servicios a partir del cual se siga la cesión del mismo (u otro) trabajador para idéntica Administración⁷⁵⁰. La cuestión todavía se complica más por un tenor legal claro en su consecuencia de provocar la cesación en su prestación a todos los efectos, sin posibilidad alguna de continuación. Así, el segundo párrafo de la disposición adicional 5ª de la LCSP ha intentado eliminar, impidiendo la aplicación del art. 7.2 LETT, la consecuencia de la indefinición para aquellos supuestos en los cuales el contratado a través de una empresa de trabajo temporal siga prestando servicios en la empresa usuaria más allá del máximo establecido. El motivo para apoyar esta opción legal enlaza con la inviabilidad de que, a partir de irregularidades formales o de infracciones cometidas por las Administraciones, los empleados de la empresa de trabajo temporal puedan llegar a consolidarse en los puestos de trabajo como fijos⁷⁵¹.

Ahora bien, pese a lo categórico de la afirmación, tal proceder excluye expresamente la operatividad de uno de los preceptos del ordenamiento social que constituyen un mecanismo de garantía y de

⁷⁵⁰ QUINTANILLA NAVARRO, B. y MADRID YAGÜE, P.: "Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", cit., pág. 889.

⁷⁵¹ AA.VV (GARCIA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, pág. 1088.

protección de los cedidos. Al tiempo, dicha previsión normativa parece no ser --en el sentir de algunos autores-- ajustada a Derecho, pues las consecuencias jurídico-laborales de una contratación temporal irregular no pueden ser suprimidas de un plumazo por el legislador administrativo, máxime cuando la excepción a la aplicación de lo previsto en el art. 7.2 LETT, sobre la consolidación mentada, aparece formulada de manera significativamente restrictiva e insegura, no en vano únicamente queda referida a quienes "realizaran las actividades que constituyan el objeto del contrato". De esta forma, si dichos trabajadores llevan a cabo tareas distintas no quedarán incluidos en el ámbito de aplicación de la disposición adicional quinta aquí analizada, pudiendo, en su caso, llegar a consolidar su posición como personal al servicio de la Administración usuaria. Insistiendo sobre esta idea, la previsión transcrita "no podrá enervar la aplicación del art. 7.2 LETT, en tanto en cuanto una Ley cuyo objeto es la regulación de las relaciones de carácter mercantil o civil entre Entes públicos y sujetos privados no puede afectar a los laborales destinados por el contratante a la ejecución de su objeto, o, en otros términos, no debe entrar a ordenar el vínculo *de facto* entablado entre cualquiera de aquéllos y el o los trabajadores en misión al servicio de la empresa de trabajo temporal, no en vano la situación queda referida a un vínculo disciplinado por una ley social específica"⁷⁵².

De esta manera, y atendiendo a una interpretación lógica, procede señalar cómo debe resultar de aplicación efectiva el abundantemente citado art. 7.2 LETT tanto para cuantos cedidos realizaran tareas constitutivas del objeto pactado como para aquellos otros encargados de desarrollar funciones distintas, debiendo considerar que quienes a la finalización del plazo de puesta a disposición continuaran prestando servicios en la Entidad pública correspondiente pasan a estar vinculados a la misma por un contrato indefinido. Tal efecto resulta perfectamente adecuado a la línea jurisprudencial

⁷⁵² SERRANO OLIVARES, R.: "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo", cit., pág. 967.

imperante en materia de irregularidades en la contratación temporal en el ámbito de los organismos públicos (actualmente recogida en el art. 11 EBEP), la cual viene a reconocer únicamente el carácter de indefinidos, y no así de fijos de plantilla, a los afectados, a fin de no contrariar los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a las tareas de interés general, con una doble consecuencia: por una parte, la Administración está obligada a cubrir la plaza a través de los procedimientos de selección reglamentarios, en cuyo caso concurrirá una causa lícita para la extinción del contrato del trabajador; por otra, el empleado habrá de participar y superar las oportunas pruebas si quiere adquirir la condición de fijo.

Con todo, tal interpretación no está exenta de críticas, pues estos nuevos laborales "indefinidos" integrarán una categoría *ad hoc* de individuos al servicio de la Administración, "que, por haber accedido a través de criterios de selección privados, han obtenido posición laboral subjetiva casi idéntica a la que hubieran conseguido en una empresa privada"⁷⁵³, sometida, no obstante, a una gran inseguridad, pues, en manos de la Administración queda la consolidación de la plaza ocupada a través de la vía de reclutamiento legítima que corresponde y la extinción del vínculo laboral anterior, sin, por el momento, necesidad de ningún tipo de indemnización económica⁷⁵⁴.

4.4.- El uso desviado del contrato de servicios

A medida que se han venido incrementando las tareas a realizar en la Administración pública se ha visto la necesidad de habilitar a favor de la misma una gran variedad de mecanismos de contratación para afrontar estas nuevas actividades, lo cual se ha

⁷⁵³ APILLUELO MARTIN, M.: "Algunas reflexiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública", cit., pág. 492.

⁷⁵⁴ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 240.

llevado a cabo a través de diversas fórmulas contractuales tanto en régimen administrativo como laboral⁷⁵⁵. La utilización por las Administraciones del contrato de trabajo a la hora de reclutar a su personal, manteniendo en paralelo las figuras tradicionales de prestación de servicios en el ámbito público, ha hecho surgir, entre otros muchos problemas interpretativos, el de distinguir adecuadamente el uno de las otras⁷⁵⁶. Con anterioridad a la LMRFP, y para determinados ámbitos y funciones, cabía acudir en un amplio número de supuestos a contratos de servicios en régimen administrativo a través, sobre todo, de los llamados contratos de colaboración temporal⁷⁵⁷.

Retrotrayendo la mirada, procede destacar cómo, en un principio, el art. 6.2 b) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964 (LFCE), autorizaba su suscripción cuando el objeto fuera la cooperación durante un período dado en las tareas de la respectiva dependencia en consideración al volumen de la gestión encomendada al Ministerio o centro, si por exigencias y circunstancias especiales de la labor no pudieran atenderse adecuadamente por los funcionarios de carrera a disposición del organismo. Con posterioridad, el Decreto 1742/1966, de 30 de junio, dispuso una regulación más pormenorizada de este tipo contractual, estableciendo --como límite-- que su duración no podía ser, en ningún caso, superior al año. Por su parte, el art. 25.1 del Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto del Régimen Local, aprobado por el Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, autorizaba su utilización a las Corporaciones Locales para "labores administrativas o técnicas,

⁷⁵⁵ SANTAMARIA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo*, Vol. I, 3ª edición, Madrid, 2000, págs. 673 y ss.

⁷⁵⁶ Sirvan de ejemplo, entre muchas, las SSTs, Social, 27 mayo 1992 (Ar. 3678), 12 enero y 2 febrero 1994 (AS 52 y 782) y 19 mayo 2005 (TOL 668428) ó SSTSJ, Social, La Rioja 25 noviembre 1992 (Ar. 3415) y 20 marzo 2001 (Ar. 198), Castilla-León/Burgos 2 noviembre 2004 (TOL 581457) y Valencia 8 abril 2005 (TOL 672337).

⁷⁵⁷ GARCIA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del Derecho del Trabajo (Arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, socios, contratos administrativos)*, Granada, 1999, pág. 129.

concretas y con una duración no superior a un año". De este modo, aun cuando se contemplaba como una válvula de escape de carácter excepcional, capaz de aliviar la rigidez del corsé funcional, poco idóneo para seleccionar personal urgentemente o para casos de extraordinaria especificidad de la prestación⁷⁵⁸, en verdad esta fórmula fue utilizada con asiduidad como alternativa para eludir la aplicación de la normativa social.

Por tal razón, no puede extrañar que tras la aprobación de la Ley 30/1984, el panorama descrito cambiara radicalmente, pues aquella prohibió expresamente el recurso a la colaboración temporal (disposición adicional 4ª.1 LMRFP), admitiendo sólo con carácter excepcional y único la contratación en régimen administrativo "para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales" (disposición adicional 4ª.2 LMRFP)⁷⁵⁹. La figura quedaba relegada al campo de lo extraordinario (conforme indican los calificativos "específicos", "concretos" e "inhabituales"), vinculada a trabajos desarrollados por cuenta de las Administraciones públicas pero fuera de su círculo de organización y dirección. Ahora bien, considerando que su duración no podía exceder de un año, salvo (óbice demasiado amplio, sin duda) cuando fueran complementarios de otros de obras o lo exigiera la naturaleza y circunstancias de la prestación (en cuyo caso la duración de aquellas obras o de la prestación situada en su base objetiva eran las encargadas de determinar su extensión temporal), quedaba abierta una certera brecha de utilización fraudulenta y retorno a la situación anterior; de ahí la utilización de expresiones tan significativas como el "mal muerto contrato

⁷⁵⁸ ROQUETA BUI, R.: "La contratación administrativa del personal: evolución", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001, pág. 188.

⁷⁵⁹ CEGARRA FERNANDEZ, F.J.: "La definitiva exclusión del personal contratado para 'trabajar en el exterior' del convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 123, 2004, pág. 515.

administrativo de servicios"⁷⁶⁰, pues "o bien nunca murió [de hacerlo el art. 6 a) LFCE mantendría su vigor, si bien de manera excepcional y limitada,] o bien había resucitado o, simplemente, algo más que su espectro campeaba por las Administraciones públicas"⁷⁶¹.

Con posterioridad, la quiebra mentada se vio firmemente ampliada cuando la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas, no sólo mantuvo esta última figura, sino que introdujo a su lado otra: los contratos administrativos de consultoría, asistencia y servicios (art. 197), susceptibles de suscitar sospechas similares⁷⁶². El art. 197.4 LCAP de 1995 definía los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales como aquellos que no estando incluidos en los de consultoría y asistencia o de servicios, se celebraran excepcionalmente

⁷⁶⁰ ALARCON CARACUEL, M.R.: *La nueva configuración legal de la relación de empleo público: funcionarios y contratados laborales*, Sevilla, 1985, pág. 10.

⁷⁶¹ LOPEZ GOMEZ, J.M.: *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, pág. 237.

⁷⁶² FERNANDEZ VILLAZON, L.A.: "Funcionarios interinos y contratación laboral: ¿debe mantenerse el tradicional criterio de delimitación jurisdiccional?", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2001, pág. 726. Por extenso, ANIORTE SANZ, R.: "El fraude de ley en la contratación de personal por las Administraciones Públicas: la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 206, 2000, págs. 81 y ss. En la doctrina sobresalen, además, las aportaciones de CASTILLO BLANCO, F.A.: "Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 86, 1995, págs. 193 y ss.; ROMERO RODENAS, M.J.: "Algunas particularidades del proceso de trabajo contra las Administraciones Públicas", *Actualidad Laboral*, núm. 25, 1998, págs. 493 y ss.; MENENDEZ SEBASTIAN, M^a.P.: "Los contratos administrativos para trabajos específicos: naturaleza, régimen jurídico y delimitación respecto de los contratos laborales para obra o servicio determinado", *Temas Laborales*, núm. 41, 1997, págs. 25 y ss.; GARCIA PIQUERAS, M.: "El contrato para la prestación de servicios a los entes públicos en régimen de Derecho Administrativo", *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1998, págs. 8 y ss. o, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, MARTINEZ BLANCO, A.: "El personal contratado en régimen administrativo de las Comunidades Autónomas", *Documentación Administrativa*, núm. 194, 1982, págs. 5 y ss. Con carácter general es especialmente recomendable el estudio de CAMPS RUIZ, L.M.: *La contratación laboral temporal para ocupar puestos de trabajo vacantes en las Administraciones Públicas*, Valencia, 1990, especialmente págs. 60 y ss.

por la Administración cuando su objeto no pudiera "ser atendido por la labor ordinaria de sus órganos". Tal definición negativa suscitó graves problemas de aplicación práctica y utilización fraudulenta --por excesiva-- de la modalidad, dando pie a una dosis litigiosidad altísima, capaz de llevar a su derogación expresa por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.

Con todo, aun cuando la manifestación siguiente de este *iter* normativo, incorporada al texto del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), tuvo como fin último y principal poner freno a los conflictos surgidos a resultas de la utilización abusiva de estas vías, ciertamente siguieron manteniéndose los contratos de consultoría, servicios y asistencia, los cuales, habida cuenta su amplia y flexible configuración legal, pudieron seguir siendo utilizados también para dar cobertura formal a relaciones laborales encubiertas por las siguientes razones fundamentales:

1.- Su objeto aparecía conformado en el tenor de la LCAP a partir de una noción de servicios consistentes en prestaciones de carácter intelectual por parte del contratista o sujeto adjudicatario del contrato, presentándose como fórmulas abocadas básicamente a convenios con profesionales⁷⁶³. Buena prueba de ello era tanto la enumeración de las tareas encargadas de dotarlo de contenido sustantivo (especificadas en el art. 196.2 LCAP)⁷⁶⁴, como el hecho de añadirse una

⁷⁶³ SSTSJ, Social, Asturias 17 septiembre 2004 (*Actualidad Laboral*, núm. 3, 2005, págs. 344 y ss.) y Aragón 4 abril 2005 (TOL 682133).

⁷⁶⁴ Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. Llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones: 1ª.- Investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico. 2ª.- Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter. 3ª.- Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos. GONZALEZ IGLESIAS, M.A.: *El contrato administrativo de consultoría y asistencia*, Madrid, 2002, pág. 13.

cláusula residual capaz de permitir su aplicación a "otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las cuales también predominaron las de carácter intelectual, en particular, los contratos que la Administración celebrara con profesionales, en función de su titulación académica, así como aquellos otros para el desarrollo de actividades de formación del personal al servicio público"⁷⁶⁵. En torno a esos dos datos, aparecían diversos objetos en cuyo contenido se entremezclaban y superponían --y no constaba intención alguna del legislador en orden a diferenciar la consultoría y la asistencia-- actividades y prestaciones diferentes, algunas de las cuales claramente de consultoría en tanto se recurría al estudio, informe o apoyo técnico de personas expertas ajenas a la Administración, y otras más bien de asistencia o colaboración con aquélla para la realización de determinadas tareas. Pero en todos los casos se trataba de actuaciones que requerían una considerable especialización y estar en posesión de conocimientos técnicos particulares (certificados a través de la titulación académica) que no podían ser satisfechos o prestados por los propios medios personales con que contaba el Ente público, razón por la cual no mediaba inconveniente para poder efectuarlas también a través de un vínculo laboral para obra o servicio determinado⁷⁶⁶.

La discrecionalidad de que parecía gozar la Administración para elegir entre una u otra vía era prácticamente absoluta⁷⁶⁷, pues los contratos administrativos de consultoría y de asistencia partían únicamente del "carácter excepcional de las tareas encomendadas, es

⁷⁶⁵ MENENDEZ SEBASTIAN, E.: "El contrato de consultoría y asistencia tras la reforma de la LCAP con ocasión de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 107, 2000, págs. 389 y ss. ó AA.VV (GARCIA MACHO, R., Dir.): *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones Públicas*, Valencia, 2003, pág. 1085.

⁷⁶⁶ MENENDEZ SEBASTIAN, M^a.P.: "Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado", en AA.VV.: *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, cit., pág. 168.

⁷⁶⁷ SJS, núm. 33, Madrid, 24 mayo 2005 (AS 2005, 1717), comentada por SELMA PENALVA, A.: "Precariedad laboral ahora también en la Administración Pública", *Aranzadi Social*, núm. 11, 2005, págs. 30 y ss.

decir, debía tratarse de una necesidad no generalizada, ocasional, una tarea que ocurría rara vez o que se apartaba de lo ordinario"⁷⁶⁸, circunstancias que no eran extrañas a la contratación laboral temporal. Las necesidades atendidas a través de este tipo de contratación administrativa, al igual que las cubiertas por la contratación laboral para obra o servicio determinado, "eran, pues, de carácter no perdurable sino espontáneo y hasta cierto punto perentorio para el Ente público, y además no se preveía que adquirieran carácter permanente"⁷⁶⁹. En definitiva, lo contratado debía ser "un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente de su resultado final"⁷⁷⁰.

2.- Mientras el contrato de consultoría y asistencia se caracterizaba, en la LCAP, por su componente predominantemente intelectual, el de servicios ("nuevo cajón de sastre por su heterogeneidad")⁷⁷¹ se orientaba a la realización de actividades de carácter preferentemente manual⁷⁷²: a) técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga no comprendido en aquel primero o en otros regulados de manera expresa en la LCAP; b) complementario para el funcionamiento de quien los requería; c) de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones; o d) programas de ordenador desarrollados a medida por el "empleador", de libre utilización para éste⁷⁷³.

⁷⁶⁸ PEREZ LUQUE, A.: *Personal temporal de las Corporaciones Locales*, Madrid, 1989, pág. 25.

⁷⁶⁹ MENENDEZ SEBASTIAN, E.: *El contrato de consultoría y asistencia*, Madrid, 2002, pág. 305.

⁷⁷⁰ SSTs, Social, 17 octubre 2006 (TOL 1013559), 30 abril 2007 (TOL 1079860), 20 y 26 junio 2007 (TOL 1143893 y 1143893) y 24 julio 2007 (TOL 1138596).

⁷⁷¹ AA.VV (GARCIA MACHO, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 1087.

⁷⁷² SERRANO OLIVARES, R.: "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspectos de Derecho Individual del Trabajo", cit., pág. 942.

⁷⁷³ PADROS, X. y FORTUNY, J.M.: *Legislació bàsica sobre contractes: la Llei de Contractes de les Administracions Públiques*, Barcelona, 1995, págs. 220 y ss.

Habida cuenta la generalidad en la formulación legal de los supuestos, su posible contenido se asimilaba, en la práctica, en unos casos al expresamente enunciado como propio de la contratación temporal laboral y, en otros, como una variante para reabrir la puerta pretendidamente cerrada con la supresión de los contratos para trabajos específicos:

a) La LCAP se refería expresamente a determinadas actividades de considerable similitud con algunas de las ocupaciones reservadas por la entonces vigente LMRFP al régimen laboral en su art. 15.1 c): trabajos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, de artes gráficas y de realización de encuestas. Así, la coincidencia de objeto fue en ocasiones plena, conforme sucedía con la realización de encuestas; en otras, aun cuando la formulación legal no era exactamente idéntica, la labor a realizar era asombrosamente similar, según acontecía con las de mantenimiento y conservación de equipos e instalaciones⁷⁷⁴.

b) Junto a la enumeración de supuestos concretos, la LCAP incluía una definición negativa o excluyente de su ámbito material cuando se trataba de la realización de actividades técnicas, económicas, industriales, comerciales o análogas (art. 196.4), cometidos susceptibles de ser llevados a efecto mediante contratos laborales para obra o servicio determinado⁷⁷⁵. Dicha cláusula de cierre permitía, además, la formalización de un vínculo de esta naturaleza para el desempeño de tal tipo de quehaceres si no era posible acudir a la consultoría o asistencia, lo cual recordaba en buena medida la función en su momento adjudicada a los contratos para trabajos específicos⁷⁷⁶.

c) Por si la similitud de objeto no quedaba suficientemente evidenciada, el art. 15.1 c) LMRFP, en aquel momento en vigor, se

⁷⁷⁴ MENENDEZ SEBASTIAN, M^a.P.: "Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado", cit., pág. 168.

⁷⁷⁵ MORENO MOLINA, J.A.: "Los contratos de consultoría, asistencia y servicios", en AA.VV (GOMEZ-FERRER MORANT, R., Dir.): *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª edición, Madrid, 2004, págs. 1061 y ss.

⁷⁷⁶ MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *El nuevo reglamento de contratación de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2001, pág. 200.

refería a la posibilidad de acudir a la vía laboral para ocupar puestos correspondientes a cuantas áreas de actividad requerían conocimientos técnicos especializados de no existir cuerpos o escalas de funcionarios cuyos miembros acreditaran la preparación específica necesaria para su desempeño. El supuesto encajaba perfectamente dentro de los contratos de consultoría y asistencia si se trataba de un profesional a quien se contrataba por su titulación académica, lo cual sucedía en la mayoría de los casos, y dentro de los de servicios cuando no era factible en los anteriores⁷⁷⁷.

d) Algunos de estos últimos quedaban excluidos de cualquier posible calificación como contratos administrativos típicos. Eran, de un lado, los de seguros, bancarios y de inversiones, y, de otro, cuantos tuvieran por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos⁷⁷⁸. Siendo clara la exclusión de los contratos financieros, los cuales se regían por las clásicas reglas privadas, al no requerir una especial protección del interés general y un despliegue de prerrogativas por parte de la Administración, no podía decirse lo mismo de los artísticos, pues la intervención del Ente público quedaba limitada a la preparación y adjudicación, sin posibilidad alguna de modificar o resolver el vínculo, pues, sin duda, "el arte, la personal interpretación o la singular genialidad presidían el cumplimiento de las obligaciones personalísimas que integraban su contenido", razón por la cual el trabajador-artista adquiriría la condición de fijeza hasta la finalización de la obra (*certus an, incertus quando*)⁷⁷⁹.

En definitiva, y al calor de las reflexiones anteriores, aun cuando los contratos que suscribía la Administración con profesionales en función de su titulación deberían haberse restringido en la LCAP a aquellas labores en las cuales predominaran las prestaciones de carácter

⁷⁷⁷ MENENDEZ SEBASTIAN, M^a.P.: "Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado", cit., pág. 170.

⁷⁷⁸ FERNANDEZ ASTUDILLO, J.M.: *Contratación administrativa*, 3^a edición, Barcelona, 2003, pág. 696.

⁷⁷⁹ FUERTES LOPEZ, M.: "Los problemas de delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas", *Repertorio de Jursiprudencia (Aranzadi)*, Vol. VI, 2000, pág. 41.

intelectual y además no supusieran la realización de las tareas propias de los empleados públicos, en realidad la ausencia de tal previsión, unida a la amplia formulación bajo la cual se describían los cometidos a cubrir a través de la consultoría, acabaron siendo un "cajón desastre" en el cual incluir todas las fórmulas no enunciadas expresamente en la normativa reguladora. De esta forma, la práctica totalidad de los contratos formalizados con "profesionales" pudieron tener esta naturaleza, ya viniera atribuida de forma directa, por resultar encuadrables en el objeto propio de los de consultoría o asistencia, o de forma indirecta, esto es, los celebrados para la prestación de servicios técnicos, económicos, industriales o comerciales, no enumerados en el objeto de aquéllos. Es más, la mayor parte de cuantos no hubieran de materializarse con tales sujetos podían también adquirir carácter administrativo, bien por tratarse de alguno de los supuestos enumerados expresamente entre estos últimos (mantenimiento, conservación, limpieza de bienes, etc.), bien por presentar un carácter técnico, económico, industrial o comercial y no resultar factible su reenvío a los de consultoría y asistencia, al no tener por contraparte a alguien en función de su titulación académica.

La proximidad de objeto, el empleo de fórmulas legales excesivamente abstractas, la especial posición de prevalencia reconocida a la Administración y cierta obsesión por huir del Derecho del Trabajo y de sus mecanismos de protección, se tradujo en la práctica en un uso abusivo, desviado y fraudulento de los contratos administrativos aquí analizados⁷⁸⁰, lo cual provocó un resultado harto deplorable calificado como "el fenómeno de la función pública paralela"⁷⁸¹, "tan arbitraria cuanto, por lo mismo, abierta a la

⁷⁸⁰ MORA MATEO, J.E.: "La frontera entre la relación laboral y la relación administrativa en la prestación de servicios a las Corporaciones Locales", en AA.VV (GARATE CASTRO, J., Coord.): *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Barcelona, 2004, págs. 135 y ss.

⁷⁸¹ JIMENEZ ASENSIO, R.: *Políticas de selección en la función pública española (1808-1978)*, Madrid, 1989, págs. 424 y ss. ó NIETO GARCIA, A.: "La noche oscura de la función pública", *Cuadernos Económicos ICE*, núm. 13, 1980, pág. 10.

inseguridad jurídica"⁷⁸². Este recurso inapropiado ha venido dado en unos casos por la cobertura de una necesidad permanente con sucesivos vínculos, y en otros por la mera celebración de alguno de este tipo para hacer frente a una necesidad que, aun temporal, por sus características caía fuera de su objeto, dando ocupación, en realidad, "a verdaderos trabajadores en el sentido propio determinado en el ET para prestar actividades atinentes a una naturaleza enteramente laboral"⁷⁸³, sin desconocer tampoco los riesgos de una contratación libre de servicios de "casual workers" con escasa cualificación, acentuando la excesiva precariedad y temporalidad en el seno de las Administraciones públicas.

⁷⁸² ALONSO OLEA, M.: "Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas", en AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Villar Palasí*, Madrid, 1989, pág. 57. La doctrina judicial [sobre el sólido análisis crítico de GARCIA PIQUERAS, M.: *En las fronteras del Derecho del Trabajo (arrendamientos de servicios y obras, transporte, agentes mercantiles, socios, contratos administrativos*, cit., págs. 141 y ss.] discurre, en este sentido, por un cauce "unívoco y lineal": "lo fundamental para determinar la adscripción al área de la contratación administrativa, con exclusión de la laboral, no es la naturaleza del servicio prestado, sino la existencia de una normativa con rango de Ley que la autorice y su sometimiento a la misma, lo cual significa que, en ocasiones, sólo el bloque normativo regulador del contrato por la libre decisión de quienes lo conciertan, de acuerdo con las Leyes, es capaz de diferenciar una y otra modalidad contractual... Esta exclusión permite, en principio, romper la presunción de laboralidad de las relaciones de servicio establecida en el art. 8.1 ET y con ella la atribución de competencia al orden social de la jurisdicción; ahora bien --excepción de la excepción--, el art. 8.1 ET recupera su virtualidad cuando la contratación administrativa se ha efectuado al amparo de una Ley, pero con flagrante desviación del cauce legal previsto". Únicamente la actuación hermenéutica sobre la ley ha permitido ir recortando progresivamente el voluntarismo, según muestran de forma más acabada las SSTs, Social, 2 y 10 febrero y 27 abril 1998 (Ar. 1248, 1798 y 3870), 17 diciembre 2004 (rec. 4178/2003) y 14 octubre 2008 (TOL 1407898); las SSTSJ, Social, Cataluña 23 diciembre 2003 (TOL 475115), Murcia 8 marzo 2004 (TOL 393866), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 14 marzo y 1 septiembre 2005 (TOL 733677 y AS 805), Madrid 12 abril 2005 (TOL 634038), Valencia 14 julio 2005 (TOL 700877), Navarra 30 septiembre 2005 (TOL 733485) y Cantabria 22 octubre 2008 (JUR 359405) ó la SJS, núm. 31, Madrid 21 marzo 2005 (AS 1153), comentada por PALOMAR OLMEDA, A.: "De nuevo sobre el tema de la contratación administrativa en el ámbito de las Administraciones Públicas", *Aranzadi Social*, núms. 7-8, 2005, págs. 32 y ss.

⁷⁸³ CORDERO SAAVEDRA, L.: *Régimen de trabajo de las Administraciones Públicas*, Murcia, 2003, pág. 141.

Dos importantes hitos normativos pretenden corregir esta deplorable situación, con más fortuna el primero que el segundo. Así, de un lado, el EBEP deroga la disposición adicional 4.2 LMRFP, clasificando a los empleados públicos, sin ninguna vía de escape, en las cuatro categorías siguientes: funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral (fijo, por tiempo indefinido o temporal) y personal eventual (art. 8). De otro, la LCSP suprime, en buena lógica, la categoría de contratos de asistencia y consultoría que tantos problemas venían planteando, pero (aquí es donde surge, de nuevo la crítica), en el intento de depurar el concepto de contrato de servicios vuelve a cometer el mismo error (incluso agravado) que su precedente, pues utiliza términos todavía si cabe más abstractos. De esta forma, define esta modalidad contractual como aquella, cuyo “objeto sean prestaciones de hacer que tengan por destinatario directo a la entidad contratante, consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro” (art. 10, con remisión al anexo II, en el cual se incluyen 27 supuestos redactados de forma excesivamente lata), siempre y cuando “los servicios no impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos” (art. 277.1). Únicamente se esfuerza en dejar claros los plazos máximos (cuatro años excepcionados en múltiples ocasiones) de vigencia del presente contrato (art. 279)⁷⁸⁴ y en señalar la responsabilidad del contratista respecto de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle, de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas de la ejecución (art. 281.2). Es más, algunas de las modalidades del contrato de servicios siguen presentando grandes paralelismos con el contrato de trabajo,

⁷⁸⁴ Cabe prórroga por acuerdo de las partes por una duración no superior a seis años. No obstante, la celebración de contratos de servicios de duración superior a la señalada podrá ser autorizada excepcionalmente por el Consejo de Ministros o por el órgano autonómico competente (art. 279.1 LCSP). Es más, los contratos que sean complementarios de contratos de obras o suministro podrán tener un plazo superior de vigencia que no excederá del plazo de duración del contrato principal (art. 279.2 LCSP).

pues, a modo de ejemplo y acudiendo a lo dispuesto en el Anexo II del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, los servicios de mantenimiento y reparación (categoría 1), los de informática (categoría 7), la elaboración de encuestas (categoría 10) o los servicios de consultoría (categoría 11), pueden constituir también el objeto de la prestación a desarrollar a través de un contrato laboral⁷⁸⁵.

No ha sido aprovechado, por tanto, el contexto de la reforma recientemente tramitada para incrementar la limitación de la libertad contractual de la Administración, elevando los elementos reglados, con el fin último, no tanto de evitar abusos de su posición dominante, sino de eliminar prácticas corruptas derivadas de la colisión entre los administradores públicos y los contratantes privados, protegiendo a la Administración contra sus propias debilidades para el mejor servicio del cumplimiento de sus fines y el buen uso de los fondos públicos frente a las malas prácticas detectadas en muchos casos. La cautela prevista en el art. 277.4 LCSP, tendente a dejar claro que “a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante”, es a todas luces insuficiente, pues de poco sirve esta caución legal, dejada en manos del Ente público, si no puede contribuir a erradicar el lema: “contrate usted a quien quiera y en la forma que desee, mantenga la irregularidad, pronto conseguirá un empleado público por la puerta de atrás (y un nuevo voto político, sindical o ambos a la vez)”⁷⁸⁶. Tampoco sirve de mucho la exigencia de autorización conjunta de los Ministerios de Economía y de Presidencia para proceder a la contratación temporal de nuevos efectivos (Orden

⁷⁸⁵ RODRIGUEZ CARDO, I.A.: “Criterios de deslinde entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo: historia de una tortuosa coexistencia”, en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009, pág. 255.

⁷⁸⁶ BORRAJO DACRUZ, E.: “Los nuevos contratos laborales o la magia social de las leyes pactadas”, *Actualidad Laboral*, suplemento al núm. 26, 1997, pág. 642.

824/2009, de 30 de marzo, por el que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros en virtud del que se aprueban medidas de austeridad y eficiencia en materia de empleo público), pues ello no deja de ser un mero trámite burocrático a incorporar dentro de la documentación preparatoria del contrato sin mayor trascendencia. El legislador ha dejado pasar una importante oportunidad para dar un nuevo sentido al contrato de servicios, estableciendo ciertas cautelas en la utilización del mismo, sobre todo cuando la contraparte sea una persona física.

5.- Conclusión

Cierto es que la organización de los efectivos al servicio de la Administración no puede permanecer rígida e insensible al cambio de estructuras y tareas públicas, no en vano los Entes gubernativos intervienen en el mundo de lo económico gestionando servicios para la comunidad marcados por la necesidad de satisfacer las exigencias de modernización, eficacia, eficiencia y reducción de costes. De ahí que el recurso instrumental al Derecho del Trabajo, a entender “como una vía preferente para flexibilizar la gestión de los recursos humanos y para facilitar las relaciones jurídicas y económicas con terceros, las cuales podrían entorpecerse de seguir todas las reglas y formalidades impuestas por el Derecho Público”⁷⁸⁷, cobre gran importancia.

Ahora bien, pese a la rotundidad de los términos anteriores, cabe recordar que, en reiteradas ocasiones, la posibilidad de recurrir a la contratación laboral por parte de las Administraciones para incorporar mano de obra ha sido utilizada, en la realidad, como auténtico subterfugio para sortear la aplicación de las exigencias constitucionales que pautan el acceso a las funciones públicas. Así, aun cuando resulta absolutamente necesario adecuar el tipo de pruebas a realizar al cometido a desempeñar, y parece lógico --también-- colegir que tal correlación debería llevar a una ordenación objetiva y racional de los métodos de selección aplicados a este tipo de vinculación contractual, que, en todo caso, deberían de ser respetuosos con los principios de

⁷⁸⁷ GONZALEZ BIEDMA, E. y CLAVO GALLEG0, J.: “Las relaciones de trabajo en las empresas públicas”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 1992, pág. 15.

mérito y capacidad, la práctica muestra otra realidad notablemente diferente, rebatida con firmes argumentos --constitucionales y legales--: "la conjunción de los espacios abiertos por la normativa en vigor... posibilita un uso desvirtuado y, eventualmente, incluso fraudulento en la contratación de laborales, abriendo una de las zonas más oscuras del acceso a los empleos públicos, lo cual resulta especialmente grave en algunas Administraciones"⁷⁸⁸ y, convendría añadir, en el reclutamiento del personal temporal en particular. Se trata, en definitiva, de "dar el mayor margen de maniobrabilidad posible al político de turno, para favorecer la contratación de sus amigos, correligionarios, parientes..., pues de todo ha habido, hay y habrá"⁷⁸⁹.

Urge, pues, que el legislador tome cartas en el asunto a la hora de eliminar la criticada "dedocracia" y el "favor" de las políticas de selección de personal laboral, sobre todo de duración determinada⁷⁹⁰, responsabilizando directamente a quien efectúe dichas contrataciones contraviniendo los principios constitucionales que disciplinan el ingreso en el empleo público⁷⁹¹. Es necesario evitar, igualmente, que los fenómenos, cada vez más frecuentes, de exteriorización de servicios públicos a favor de empresarios privados, con el objetivo último de reducir el número de funcionarios públicos mediante el fácil recurso a la contratación administrativa, derive, al tiempo, en un detrimento de ganancias de la estabilidad y de las condiciones laborales y sociales de la mano de obra implicada en dicho proceso.

Como con acierto se ha dicho, "la contratación administrativa debería quedar sometida, en la realidad, a los mismos principios que el

⁷⁸⁸ RUANO RODRIGUEZ, L.: *Constitución, función pública y empleo laboral*, Pamplona, 1998, págs. 82-83.

⁷⁸⁹ GRAU MORANCHO, R.: *Laboralización Administraciones Públicas*, Madrid, 1998, pág. 37.

⁷⁹⁰ FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 248.

⁷⁹¹ PALOMAR OLMEDA, A.: "De nuevo sobre el mérito y la capacidad en el acceso al empleo público (a propósito de la STC de 11 de marzo de 2004)", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 624, 2004, pág. 12.

resto de la actividad administrativa, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y a la interdicción de la arbitrariedad (art. 9 CE), y habría de realizarse sirviendo con objetividad a los intereses generales y de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103 CE)⁷⁹². No debe nunca utilizarse como medio para eludir responsabilidades frente a unos recursos humanos puestos indirectamente al servicio de la Administración por el empresario adjudicatario de la contrata o concesión administrativa, ni tampoco como vía de escape para evitar la aplicación de los principios de mérito y capacidad. Esperemos que el nuevo Sistema Integrado de Gestión de Personal, que en el ámbito de la Administración General del Estado, debe estar operativo antes del 1 de enero de 2010⁷⁹³, tenga en cuenta tales circunstancias perniciosas, con el fin de proporcionar soluciones inmediatas.

⁷⁹² RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: "La contratación administrativa y el Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2005, pág. 6.

⁷⁹³ Acuerdo del Gobierno y Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012.

Painel IV

Entidades Fiscalizadoras do cumprimento de normas jurídico-laborais

Contra-ordenações laborais: aspectos substantivos e procedimentais ⁽⁷⁹⁴⁾

Cláudia Nunes

Mestre em Direito pela FDUC

1. Introdução

Nos termos do disposto no art. 548.º do Código do Trabalho ⁽⁷⁹⁵⁾, revisto pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, constitui contra-ordenação laboral o facto típico, ilícito e censurável que consubstancie a violação de uma norma que consagre direitos ou imponha deveres a qualquer sujeito no âmbito da relação laboral e que seja punível com coima.

O conceito de contra-ordenação é, assim, composto por quatro elementos: Primeiro, trata-se de uma noção que pressupõe uma tipificação legal, não sendo possível recorrer à analogia, à semelhança do que sucede no Direito Penal; segundo, o facto que consubstancia a infracção tem de ser ilícito e censurável; terceiro, a contra-ordenação implica a violação de normas que consagrem direitos ou imponham deveres aos sujeitos da relação laboral, ou seja, normas de Direito do Trabalho; por último, a infracção deve ser sancionada com coima.

O regime substantivo das contra-ordenações laborais encontra-se regulado no CT, aplicando-se, subsidiariamente, o regime geral das

⁽⁷⁹⁴⁾ Trataremos apenas dos aspectos procedimentais referentes à fase administrativa do processo de contra-ordenação.

⁽⁷⁹⁵⁾ Doravante designado por CT.

contra-ordenações (RGCO) previsto no DL n.º 433/82, de 27 de Outubro ⁽⁷⁹⁶⁾.

No que respeita ao procedimento contra-ordenacional, cumpre salientar que, por força do disposto na al. e) do n.º 3 do art. 12.º do CT, a sua disciplina permaneceu regulada nos arts. 630.º a 640.º do CT, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto, até à entrada em vigor, em 1 de Outubro de 2009, da Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro, que veio aprovar o regime processual aplicável às contra-ordenações laborais e de segurança social (art. 1.º e n.º 1 do art. 65.º deste diploma). Subsidiariamente, são aplicáveis ao processamento das contra-ordenações laborais, com as necessárias adaptações, e desde que o contrário não resulte da lei, os preceitos reguladores do processo de contra-ordenações previstos no RGCO (art. 60.º da Lei n.º 107/2009).

2. Os sujeitos da contra-ordenação laboral

De acordo com o n.º 1 do art. 551.º do CT, o empregador é responsável pelas contra-ordenações laborais, ainda que praticadas pelos seus trabalhadores no exercício das suas funções, sem prejuízo da responsabilidade cometida por lei a outros sujeitos.

Com esta solução, o legislador afastou claramente a responsabilidade do trabalhador pela prática da infracção, que face à redacção dos arts. 614.º e 617.º do CT, aprovado pela Lei n.º 99/2003, lhe poderia ser assacada.

Desta forma, imputa-se a responsabilidade pela prática da contra-ordenação ao empregador, ainda que seja o trabalhador, no exercício das suas funções, a cometer a infracção.

⁽⁷⁹⁶⁾ Com as alterações que lhe foram introduzidas pelos DL n.ºs 356/89, de 17 de Outubro, 244/95, de 14 de Setembro, 323/2001, de 17 de Dezembro, e Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro.

Caso o agente da infracção seja uma pessoa colectiva ou equiparada, determina o n.º 3 do art. 551.º do CT que os respectivos administradores, gerentes ou directores respondam, solidariamente com aquela, pelo pagamento da coima.

Também, o n.º 4 do mesmo preceito consagra a responsabilidade solidária do contratante pelo pagamento da coima aplicada ao subcontrante que execute todo ou parte do contrato nas instalações daquele ou sob responsabilidade do mesmo, pela violação de disposições a que corresponda uma infracção muito grave, salvo se demonstrar que agiu com a diligência devida.

Ao contrário do que sucede com a responsabilidade solidária dos administradores, gerentes ou directores da pessoa colectiva ou equiparada pelo pagamento da coima, a responsabilidade solidária do contratante irá depender do preenchimento cumulativo de três requisitos: Primeiro, deve tratar-se de uma infracção muito grave; segundo, o subcontrante deve executar todo ou parte do contrato nas instalações do contratante ou sob responsabilidade deste; terceiro, o contratante não demonstrar que agiu com a diligência devida, cabendo a este o ónus da prova de que actuou diligentemente.

3. A negligência

A imputação dos factos que consubstanciam uma contra-ordenação ao arguido, assim como a consequente punição dos mesmos, exige a verificação de um nexo de imputação subjectiva: de dolo ou, nos casos expressamente previstos na lei, de negligência.

Com efeito, o n.º 1 do art. 8.º do RGCO determina que apenas serão puníveis os factos praticados com dolo, ficando a punibilidade dos factos praticados com negligência dependentes de expressa previsão legal.

Ora, a punibilidade da contra-ordenação laboral a título de negligência é expressamente consagrada no art. 550.º do CT, pelo que serão puníveis, ainda que praticados com negligência, todos os factos

típicos, ilícitos e censuráveis que violem normas que imponham direitos ou consagrem deveres a qualquer sujeito no âmbito da relação laboral que a lei sancione com coima⁽⁷⁹⁷⁾.

4. Competência para o procedimento e para a aplicação de coimas

Nos termos do disposto na al. *a*) do n.º 1 do art. 2.º da Lei n.º 107/2009, o procedimento das contra-ordenações laborais compete à Autoridade para as Condições de Trabalho, adiante designada por ACT. A aplicação das coimas e sanções acessórias correspondentes às contra-ordenações laborais cabe ao Inspector-Geral do Trabalho, de acordo com o estabelecido na al. *d*) do n.º 2 do art. 5.º do DL n.º 326-B/2007, de 28 de Setembro. De realçar que o Inspector-Geral pode delegar estes poderes, nos termos dos arts. 35.º e seguintes do Código de Procedimento Administrativo, nos subinspectores-gerais e nos dirigentes com competência inspectiva, podendo inclusivamente autorizá-los a sudelegar (n.º 3 do art. 3.º da Lei n.º 107/2009 e n.º 4 do art. 5.º do DL n.º 326-B/2007).

No âmbito das respectivas áreas geográficas de actuação, os serviços desconcentrados da ACT em cuja área se haja verificado a contra-ordenação são territorialmente competentes para o seu procedimento, de acordo com a correspondente lei orgânica⁽⁷⁹⁸⁾.

⁽⁷⁹⁷⁾ Cfr. Sobre esta matéria, BEÇA PEREIRA, *Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas Anotado*, 6.ª Edição, Coimbra, Almedina, pág. 39; OLIVEIRA MENDES e SANTOS CABRAL, *Notas ao Regime Geral das Contra-Ordenações e Coimas*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 40; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2/2009, publicado na 2.ª Série do Diário da República, de 13 de Fevereiro de 2009, págs. 1062-1067.

⁽⁷⁹⁸⁾ Sobre a competência territorial dos serviços desconcentrados, cfr. Portaria n.º 1294-D/2007, de 28 de Setembro, e Despacho n.º 22 726-A/2007, publicado na 2.ª Série do Diário da República, de 28 de Setembro.

5. O auto de notícia, a participação e o auto de advertência

Como deverá actuar o inspector de trabalho perante uma infracção às normas que consagram direitos ou imponham deveres a qualquer sujeito da relação laboral, que seja punível com coima?

De acordo com o estabelecido no n.º 2 do art. 13.º da Lei n.º 107/2009, o inspector de trabalho que, no exercício das suas funções, verificar ou comprovar, pessoal e directamente, ainda que por forma não imediata, qualquer infracção a normas sujeitas à fiscalização da ACT sancionada com coima levanta o respectivo auto de notícia.

Segundo SOARES RIBEIRO, o auto de notícia tem de obedecer a dois requisitos absolutamente essenciais: a materialidade (relatar factos) e a presencialidade (factos presenciados).

Segundo aquele autor, a presencialidade significa “que a comprovação deve “ser feita presencialmente pela autoridade ou agente de autoridade, entendendo-se a presencialidade como toda a comprovação pessoal e directa, ainda que não imediata, por forma a abranger as situações em que não é possível uma percepção sensorial contemporânea dos factos, caso em que é suficiente uma constatação directa dos elementos constitutivos da infracção (v.g., através de exame documental)””⁽⁷⁹⁹⁾.

Outras autoridades fiscalizadoras (GNR, PSP e outras) podem levantar autos de notícia, que devem obedecer às mesmas características que os autos levantados pelos inspectores de trabalho, possuindo igual valor probatório (valor de documento autêntico), na medida em que se consideram provados os factos materiais deles constantes enquanto a autenticidade do documento ou a veracidade do seu conteúdo não forem fundamentadamente postas em causa (n.º 3 do art. 13.º da Lei n.º 107/2009).

⁽⁷⁹⁹⁾ Cfr. *Contra-Ordenações Laborais, Regime Jurídico Anotado contido no Código do Trabalho*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2003, pág. 162.

Todavia, a lei não atribui às autoridades policiais competências no processamento de contra-ordenações laborais, nem na aplicação das respectivas coimas. Desta forma, os autos de notícia são, após o seu levantamento, remetidos à ACT que notifica os arguidos, para os efeitos do disposto no art. 50.º do RGCO, e assegura a tramitação do processo contra-ordenacional.

Como realça SOARES RIBEIRO, as autoridades policiais possuem um papel relevante na fiscalização do cumprimento das normas com o consequente levantamento dos respectivos autos de notícia. O mesmo autor salienta que esse papel verifica-se “mesmo dentro das estruturas que possuem corpos específicos de fiscalização como sucede com a área laboral em que, apesar da existência da Inspecção Geral do Trabalho com um corpo de inspectores adestrados para a fiscalização das normas sobre a relação e as condições de trabalho, se verifica, mesmo assim, que para cima de 30% dos autos por contra-ordenação que ali são instruídos, foram levantados pelos agentes da GNR e PSP sobretudo no âmbito da fiscalização do cumprimento dos horários de trabalho pelos motoristas de viaturas pesadas ou ligeiras de mercadorias”⁽⁸⁰⁰⁾.

Caso não tenha comprovado pessoalmente a infracção, o inspector de trabalho elabora, nos termos do n.º 4 do art. 13.º da Lei n.º 107/2009, a respectiva participação instruída com os elementos de prova de que dispõe, indicando, pelo menos, duas testemunhas e até ao máximo de cinco, independentemente do número de contra-ordenações em causa.

O art. 15.º da Lei n.º 107/2009 estabelece os elementos que devem constar especificadamente do auto de notícia e da participação: os factos que constituem a contra-ordenação, o dia, a hora, o local e as circunstâncias em que foram cometidos e o que puder ser averiguado acerca da identificação e residência do arguido, o nome e categoria do autuante ou participante e, ainda, relativamente à participação, a

⁽⁸⁰⁰⁾ Cfr. *Contra-Ordenações ...*, ob. cit., pág. 187.

identificação e residência das testemunhas para que possam ser notificadas para prestar declarações.

Do auto de notícia ou da participação, deverão constar, se possível, caso a responsabilidade pela contra-ordenação seja imputável a uma pessoa colectiva ou equiparada, a sua sede e a identificação e residência dos respectivos gerentes, administradores ou directores; bem como a identificação e residência do subcontratante e contratante principal, em caso de subcontrato.

Do exposto resulta que não têm de constar dos autos as normas que prevêm e punem a infracção, nem as que determinam a moldura sancionatória. Todavia, servindo o auto de notícia de acusação, deverão aqueles elementos ser aditados, antes da notificação do arguido, sob pena de violação do seu direito de defesa. Como realça SOARES RIBEIRO, o arguido “tem o direito de saber onde se encontra tipificado o comportamento violador do direito cuja imputação lhe é feita, através das normas estatuidoras da infracção e da sanção, bem como a medida abstracta desta” ⁽⁸⁰¹⁾.

Apesar de o procedimento contra-ordenacional se pautar pelo princípio da legalidade, nomeadamente no seu corolário dever de procedimento, que determina a obrigatoriedade de instauração do processo em todos os casos em que esteja suficientemente indiciada a prática de uma infracção, tal não significa a inexistência total de critérios de oportunidade. Com efeito, na infracção classificada como leve e da qual ainda não tenha resultado prejuízo grave para os trabalhadores, para a administração do trabalho ou para a segurança social, pode o inspector de trabalho levantar auto de advertência, com a indicação da infracção verificada, das medidas recomendadas ao infractor, do prazo para o seu cumprimento, avisando-o claramente de que o incumprimento das medidas recomendadas determina a instauração de um processo de contra-ordenação, repercutindo-se na

⁽⁸⁰¹⁾ Cfr. *Contra-Ordenações ...*, ob. cit., pág. 263.

determinação da medida da coima a aplicar (al. *d*) do n.º 1 e n.º 4 do art. 10.º da Lei n.º 107/2009).

SOARES RIBEIRO defende que assiste aos inspectores “um certo poder discricionário de, perante uma irregularidade sem consequências ou de pequena gravidade e rodeada de elementos factuais que apontem para a inexistência de culpa dolosa, não procederem infraccionalmente, designadamente não levantando auto de notícia”. Todavia, salienta que a sua “discricionariedade reside no levantamento de auto de advertência ou de auto de notícia, mas não, obviamente, no não levantamento de qualquer auto” ⁽⁸⁰²⁾.

De realçar que, de acordo com o art. 557.º do CT, o desrespeito das medidas recomendadas em auto de advertência é ponderado pela ACT ou pelo juiz, em caso de impugnação judicial, designadamente para efeitos de aferição da existência de conduta dolosa, o que poderá determinar a aplicação de uma moldura sancionatória consideravelmente mais gravosa.

Caso o cumprimento da norma a que respeita a infracção possa ser comprovado documentalmente, deverá o infractor apresentar, no prazo fixado, os documentos adequados à prova desse cumprimento. Não sendo possível aferir do cumprimento documentalmente, deverá o infractor comunicar, dentro do prazo estabelecido pelo inspector de trabalho, aos serviços da ACT territorialmente competentes que adoptou as medidas necessárias ao cumprimento da norma violada (art. 12.º da Lei n.º 107/2009).

6. O cumprimento do direito de audição e defesa

O art. 50.º do RGCO, sob a epígrafe “Direito de audição e defesa do arguido”, proíbe a aplicação de uma coima ou de uma sanção acessória sem antes se ter assegurado ao arguido a

⁽⁸⁰²⁾ Cfr. *Contra-Ordenações ...*, ob. cit., pág. 178.

possibilidade de, num prazo razoável, se pronunciar sobre a contra-ordenação que lhe é imputada e sobre a sanção ou sanções em que incorre.

A violação do referido preceito constitui nulidade insanável, que invalida todo o processado posterior ao auto de notícia, por força da aplicação subsidiária da al. c) do art. 119.º do Código Processo Penal.

O arguido deve, sob pena de nulidade, ser notificado do auto de notícia ou da participação para, no prazo de 15 dias ⁽⁸⁰³⁾, proceder ao pagamento voluntário da coima ou apresentar a sua defesa. A notificação deverá mencionar a forma que aquela deve revestir, o prazo de que dispõe e a data em que poderá ser ouvido.

O arguido poderá defender-se mediante a apresentação de uma resposta escrita, podendo juntar os documentos probatórios de que disponha e que repute necessários à prova dos factos que alega, bem como arrolar testemunhas, até ao máximo de duas por cada infracção. Sendo o arguido acusado da prática de três ou mais contra-ordenações a que seja aplicável uma pena única, o arguido apenas pode arrolar, no total, até ao máximo de cinco testemunhas.

Ao invés da resposta escrita, o arguido poderá comparecer pessoalmente para ser ouvido, em dia determinado, desde logo indicado na notificação.

Nos termos do disposto no art. 20.º da Lei n.º 107/2009, devem, igualmente, ser notificados os responsáveis solidários pelo pagamento da coima que eventualmente venha a ser aplicada, para que possam proceder ao pagamento voluntário da coima ou apresentar a sua defesa. A este respeito, importa realçar que o contratante deve provar

⁽⁸⁰³⁾ O art. 6.º da Lei n.º 107/2009 determina que à contagem dos prazos para a prática de actos processuais se apliquem as disposições constantes do Código de Processo Penal, com a ressalva que tal contagem não se suspende durante as férias judiciais. O referido preceito afasta, assim, a aplicação do art. 72.º do Código de Procedimento Administrativo, segundo o qual o prazo se suspende aos sábados, domingos e feriados, regime este aplicável até à entrada em vigor daquela lei.

que actuou diligentemente, para que nenhuma responsabilidade lhe possa ser imputada.

7. A instrução do processo contra-ordenacional

Por razões de isenção e imparcialidade na instrução do procedimento contra-ordenacional, nunca poderá o autuante ou participante exercer funções instrutórias no mesmo processo, proibição esta expressamente prevista, sob a epígrafe “impedimentos”, no art. 16.º da Lei n.º 107/2009.

O processo deve ser instruído no período de 60 dias, prazo que poderá ser sucessivamente prorrogado por iguais períodos, em casos devidamente justificados.

Tratam-se, contudo, de prazos de natureza meramente aceleratória que, se forem ultrapassados, não comportam quaisquer consequências, excepto para efeitos de prescrição ⁽⁸⁰⁴⁾.

Na fase de instrução, o instrutor recolhe o depoimento das testemunhas indicadas pelo arguido na sua defesa, cabendo a este apresentá-las na data, hora e local indicados pela entidade instrutora do processo. Os depoimentos podem ser documentados em meios técnicos áudio-visuais, não se tornando necessário a sua redução a escrito, nem a sua transcrição para efeitos de recurso, devendo ser junta ao processo cópia das gravações (n.ºs 2 e 3 do art. 21.º da Lei n.º 107/2009 ⁽⁸⁰⁵⁾).

A diligência de inquirição de testemunhas apenas pode ser adiada uma vez, ainda que a falta à primeira marcação tenha sido considerada justificada, o que sucederá quando a ausência for

⁽⁸⁰⁴⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11/01/2006, *Colectânea de Jurisprudência*, Tomo I, págs. 141 e seguintes.

⁽⁸⁰⁵⁾ Estas disposições apenas entram em vigor na data da implementação dos meios áudio-visuais pelos serviços da ACT (n.º 2 do art. 65.º da Lei n.º 107/2009).

motivada por facto não imputável ao faltoso que o impeça de comparecer no acto processual.

A impossibilidade de comparecimento, se previsível, deve ser comunicada com cinco dias de antecedência; se imprevisível, deve ser comunicada no dia e hora designados para a inquirição ou, no prazo de 24 horas, em caso de manifesta impossibilidade. Da comunicação devem constar o motivo e a duração previsível do impedimento, bem como os elementos de prova da impossibilidade de comparecimento, sob pena de não justificação da falta.

De realçar, ainda, que, por aplicação subsidiária do art. 44.º do RGCO, as testemunhas não são ajuramentadas.

A instrução rege-se pelo princípio do inquisitório, devendo o instrutor adoptar as diligências necessárias à averiguação da responsabilidade contra-ordenacional.

Sobre a questão de saber se a ACT está obrigada à prática dos actos requeridos pelo arguido, entendem OLIVEIRA MENDES e SANTOS CABRAL que não. “Na verdade, se aquela entidade preside à investigação e instrução apenas deverá praticar os actos que se proponham atingir as finalidades daquela fase processual o que pode não coincidir, necessariamente, com os actos propostos” ⁽⁸⁰⁶⁾.

Concluída a instrução, cabe, em regra, ao instrutor do processo, elaborar a respectiva proposta de decisão, propondo o arquivamento dos autos ou a condenação do arguido.

8. Processo especial

Para as infracções leves e graves puníveis com coima de valor mínimo igual ou inferior a 10 UC, consagrou o legislador nos arts. 28.º a 31.º da Lei n.º 107/2009 um processo especial que se pauta pelos princípios da celeridade e simplificação processual. Tal forma

⁽⁸⁰⁶⁾ Cfr. *Notas ...*, *ob. cit.*, pág. 153.

de processo não é, contudo, aplicável caso o infractor já tenha sido condenado por infracção anterior, sobre a qual ainda não tenha decorrido um prazo superior ao da prescrição da respectiva coima, contado a partir da data da decisão condenatória.

Assim, no processo especial, a ACT, antes da acusação, notifica o infractor da descrição sumária dos factos imputados, com menção das disposições legais violadas e indicação do valor da coima calculada (correspondente a 75% do montante mínimo legal aplicável), informando-o de que poderá proceder ao pagamento voluntário desta, no prazo de cinco dias, desde que proceda simultaneamente ao cumprimento da obrigação devida.

O processo prosseguirá de imediato de acordo com as regras gerais previstas nos arts. 17.º a 27.º da Lei n.º 107/2009, caso o arguido não apresente defesa, não liquide voluntariamente a coima ou não cumpra a obrigação devida. Prosseguindo o processo os trâmites normais, são os prazos para pagar voluntariamente a coima ou para apresentar defesa reduzidos para 10 dias, devendo a instrução ser concluída no prazo de 30 dias.

9. A decisão

A decisão condenatória deve conter os seguintes elementos: a identificação dos sujeitos responsáveis pela infracção; a descrição dos factos imputados, com indicação das provas obtidas; a indicação das normas segundo as quais se pune e a fundamentação da decisão; a coima e as sanções acessórias.

A fundamentação da decisão pode consistir numa mera declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas de decisão elaborados no âmbito do respectivo processo de contra-ordenação.

Como refere o Tribunal da Relação de Coimbra, “tendo o despacho de aplicação da coima uma natureza administrativa é-lhe

aplicável o disposto no artigo 125.º do Código de Procedimento Administrativo pelo que é lícita uma declaração de concordância com pareceres, informações ou propostas anteriores. Assim é válido o despacho de aplicação de coima que remeta para uma proposta e sanção anteriormente elaborada desde que tal se faça de modo claro e assumido”⁽⁸⁰⁷⁾.

O n.º 2 do art. 374.º do Código de Processo Penal, aplicável subsidiariamente em matéria contra-ordenacional, determina que da fundamentação devem constar os factos dados como provados e como não provados, bem como uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do julgador.

Ainda que o dever de fundamentação revista, no âmbito da responsabilidade contra-ordenacional, um carácter menos intenso quando comparado com a decisão penal, a falta dela determinará a nulidade da decisão⁽⁸⁰⁸⁾.

Da decisão condenatória deve, igualmente, constar que a decisão se torna definitiva e exequível se não for judicialmente impugnada; que, em caso de impugnação judicial, o tribunal pode decidir mediante audiência ou, caso os sujeitos responsáveis pela infracção, o Ministério Público e o assistente, quando exista, não se oponham, mediante simples despacho.

A decisão deve, ainda, conter a ordem de pagamento da coima no prazo máximo de 10 dias após o carácter definitivo ou o trânsito em julgado da decisão.

⁽⁸⁰⁷⁾ Cfr. Acórdão de 29/03/2001, *Colectânea de Jurisprudência*, Tomo II, 2001, pág. 59. No mesmo sentido, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27/05/2002, *Colectânea de Jurisprudência*, Tomo III, 2002, pág. 232; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23/05/2001, *Colectânea de Jurisprudência*, Tomo III, 2001, pág. 49.

⁽⁸⁰⁸⁾ Há, todavia, autores que sustentam tratar-se de uma irregularidade.

Nos termos do n.º 4 do art. 25.º da Lei n.º 107/2009, não tendo o arguido apresentado defesa escrita, nem comparecido para ser ouvido, a descrição dos factos imputados, das provas e das circunstâncias relevantes para a decisão é feita por simples remissão para o auto de notícia ou para a participação.

Finalmente, de referir que sendo a coima e a sanção acessória aplicadas com delegação ou subdelegação de competências, deve a decisão que as aplicar mencionar tal facto, sob pena de anulabilidade da decisão (art. 38.º, al. a) do n.º 1 do art. 123.º e art. 135.º do Código de Procedimento Administrativo).

10. As coimas

10.1. Os valores das coimas

Dispõe o n.º 1 do art. 554.º do CT que a cada escalão de gravidade das contra--ordenações laborais ⁽⁸⁰⁹⁾ corresponde uma coima variável em função, por um lado, do volume de negócios da empresa; e, por outro lado, do grau de culpa do infractor.

Relativamente às infracções leves, os limites mínimos e máximos variam, por um lado, consoante aquelas tenham sido praticadas com dolo ou com negligência; e, por outro lado, consoante o volume de negócios da empresa seja inferior ou igual/superior a 10 000 000 €

Também os limites sancionatórios aplicáveis às infracções graves e muito graves variam consoante tenham sido praticadas com dolo ou com negligência, agravando-se a moldura sancionatória à

⁽⁸⁰⁹⁾ Tendo em conta a relevância dos interesses violados, e para efeitos de determinação da coima aplicável, as contra-ordenações laborais encontram-se divididas em três escalões de gravidade classificando-se, assim, em leves, graves ou muito graves (art. 553.º do CT).

medida que aumenta o volume de negócios do infractor e, portanto, a sua capacidade financeira para suportar o pagamento da coima. Todavia, relativamente a estas infracções, existem não dois, mas cinco escalões referentes ao volume de negócios da empresa ⁽⁸¹⁰⁾.

O volume de negócios reporta-se ao ano civil anterior ao da prática da infracção, salvo se a empresa não tiver actividade nesse ano, caso em que será de atender ao volume de negócios do ano mais recente. No ano de início da actividade, considera-se que o volume de negócios é inferior a 500 000 € sendo, portanto, de aplicar o patamar mais baixo dentro de cada escalão de gravidade da contra-ordenação.

Especiais valores, substancialmente mais baixos, são definidos no art. 555.º do CT, quer relativamente aos agentes que não tenham trabalhadores ao serviço, quer em relação às pessoas singulares que não exerçam uma actividade com fins lucrativos.

Ainda no que respeita à medida da coima, cumpre referir que os valores máximos das coimas aplicáveis a contra-ordenações muito graves são elevados para o dobro em situação de violação de normas sobre trabalho de menores, segurança e saúde no trabalho, direitos de estruturas de representação colectiva dos trabalhadores e direito à greve. Existindo vários responsáveis pela mesma contra-ordenação será aplicável a coima correspondente à empresa com maior volume de negócios (art. 556.º do CT).

10.2. A reincidência

De acordo com o n.º 1 do art. 561.º do CT, o agente responsável pela prática de uma contra-ordenação grave praticada com dolo ou de uma contra-ordenação muito grave praticada com dolo ou com

⁽⁸¹⁰⁾ Inferior a 500 000€, igual ou superior a 500 000€ e inferior a 2 500 000€, igual ou superior a 2 500 000€ e inferior a 5 000 000€, igual ou superior a 5 000 000€ e inferior a 10 000 000€ e igual ou superior a 10 000 000€

negligência será punido como reincidente após ter sido condenado pela prática de outra contra-ordenação grave praticada com dolo ou contra-ordenação muito grave praticada com dolo ou negligência, se entre as duas infracções tiver decorrido um prazo não superior ao da prescrição da primeira.

Para que se verifique a reincidência não se torna necessária a prática de uma contra-ordenação semelhante à primeira ou sequer de igual natureza, não se devendo falar, em matéria de contra-ordenações laborais, em reincidência homótropa. Deste modo, será sancionado como reincidente o arguido que, por exemplo, obstar injustificadamente à prestação efectiva de trabalho (n.º 2 do art. 129.º do CT) depois de ter sido condenado pela violação das regras sobre contratação a termo (n.º 6 do art. 140.º do CT).

De referir que, não é considerada, para efeitos de reincidência, a condenação do responsável solidário pelo pagamento da coima, ao contrário do que sucede na responsabilidade solidária pela infracção.

SOARES RIBEIRO entende que o prazo de prescrição a considerar, nesta sede, não será o prazo de prescrição do procedimento contra-ordenacional, mas sim o prazo de prescrição da coima⁽⁸¹¹⁾ que, desde a entrada em vigor da Lei n.º 107/2009, é de cinco anos (art. 55.º).

A reincidência determina a elevação em um terço dos limites mínimos e máximos da coima, não podendo esta ser inferior ao valor da coima concretamente aplicada pela contra-ordenação anterior, desde que os limites mínimos e máximo desta não sejam superiores aos daquela.

Exemplifiquemos: Considerando, por um lado, que os limites mínimos e máximos das coimas a aplicar e aplicada seriam iguais (20 a 40 UC); e supondo, por outro lado, que havia sido aplicada uma

⁽⁸¹¹⁾ Cfr. *Contra-Ordenações ...*, ob. cit., pág. 247.

coima no montante de 35 UC, não poderia ser aplicada, no processo em que o infractor é sancionado como reincidente – e em que os limites mínimos e máximos são elevados em um terço, elevando-se, assim, para 30 a 53,33 UC – , uma coima de valor inferior a 35 UC.

10.3. Pluralidade de contra-ordenações

Sob a epígrafe de “Pluralidade de contra-ordenações”, estabelece o art. 558.º do CT que, quando a violação da lei afectar uma pluralidade de trabalhadores individualmente considerados, o que ocorrerá quando estes, no exercício da respectiva actividade, forem expostos a uma situação concreta de perigo ⁽⁸¹²⁾ ou sofrerem dano resultante de conduta ilícita do infractor, o número de contra-ordenações corresponde ao número de trabalhadores concretamente afectados.

Na pluralidade de infracções, o arguido com uma só acção viola uma única norma jurídica, apesar de atingir concretamente vários trabalhadores.

Concordamos com SOARES RIBEIRO quando este afirma que “tecnicamente, em vez de uma pluralidade de infracções, estar-se-á, antes perante uma única infracção, embora uma infracção plúrima por ter afectado mais do que um dos interesses protegidos pela norma violada. E a questão, que poderia parecer académica, é de enorme alcance prático. É que se se tratar de uma pluralidade de infracções,

⁽⁸¹²⁾ Como refere o Tribunal da Relação de Évora, no Acórdão de 9/11/2004, disponível em www.dgsi.pt, proferido no âmbito do processo n.º 1756/04-3, a “lei, ao falar numa situação concreta de perigo, exige, tal como nos crimes de perigo concreto, a verificação efectiva caso a caso desse perigo real, não se bastando com a suposição do perigo como nos crimes de perigo presumido ou abstracto. Para se falar em perigo concreto basta a criação de uma situação concreta de perigo de vida ou de lesão da integridade física dos trabalhadores”.

estaremos então perante uma situação de concurso pelo que há, então, que aplicar as regras próprias do respectivo sancionamento”⁽⁸¹³⁾.

Atendendo à gravidade da infracção que afecta vários trabalhadores, será o sancionamento da conduta agravado, considerando-se ocorrerem tantas contra-ordenações quantos os trabalhadores concretamente atingidos.

A “pluralidade de infracções” dá origem a um único processo, sendo as infracções sancionadas com uma coima única que não pode exceder o dobro da coima máxima aplicável em concreto.

Há, portanto, que realizar dois cálculos:

O primeiro cálculo consiste na determinação em concreto das coimas aplicáveis a cada infracção.

No segundo cálculo determina-se a coima única que não poderá exceder o dobro da coima máxima encontrada na primeira operação.

10.4. O concurso de contra-ordenações

No concurso de contra-ordenações, o número destas determina-se pelo número de disposições violadas ou pelo número de vezes que uma disposição é infringida⁽⁸¹⁴⁾.

⁽⁸¹³⁾ Cfr. “Contra-Ordenações no Código do Trabalho”, *Questões Laborais*, ano XI, n.º 23, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pág. 27.

⁽⁸¹⁴⁾ Alguns autores (v.g., BEÇA PEREIRA, SOARES RIBEIRO, MARIA JOÃO ANTUNES) têm entendido que será de transpor para o domínio do direito de ordenação social a figura do crime continuado. Assim, e apesar de não expressamente consagrada no RGCO, a contra-ordenação pode ser continuada se consistir na realização plúrima do mesmo tipo de contra-ordenação ou de vários tipos de contra-ordenação que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogênea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente. Aplicando o n.º 1 do art. 79.º do Código Penal, a contra-ordenação continuada é punível com a coima aplicável à conduta mais grave que integra a continuação. Contra esta teoria, cfr. FARIA COSTA, “Crimes e contra-ordenações (Afirmção do princípio do *numerus clausus* na repartição das infracções penais e diferenciação qualitativa entre as duas figuras

O cálculo da coima do concurso de contra-ordenações obedece ao disposto no art. 19.º do RGCO. Assim, o agente é punido com uma coima cujo limite máximo resulta da soma das coimas concretamente aplicadas às infracções em concurso, não podendo exceder o dobro do limite máximo mais elevado das contra-ordenações em concurso (dobro da coima máxima abstracta). A coima a aplicar não pode, todavia, ser inferior à mais elevada das coimas concretamente aplicadas às várias contra-ordenações.

Exemplifiquemos:

O agente praticou três contra-ordenações às quais são aplicáveis as seguintes molduras:

CO 1: de 300 a 600 €

CO2: de 450 a 900 €

CO3: de 250 a 750 €

Importa primeiramente determinar as coimas concretamente aplicáveis às várias contra-ordenações:

CO1: 550 €

CO2: 800 €

CO3: 600 €

Assim, o limite máximo da coima será, em regra, igual à soma das coimas concretamente aplicáveis às várias contra-ordenações o que, no presente caso, perfaz o montante de 1 950 €. Todavia, por força do disposto no n.º 2 do art. 19.º do RGCO, a coima não poderá exceder 1 800 €, equivalente ao dobro do limite máximo mais elevado das contra-ordenações em concurso.

Por sua vez, o limite mínimo da coima única será de 800 € correspondente à mais elevada das coimas concretamente aplicadas.

10.5. A determinação da medida da coima

Como referem OLIVEIRA MENDES e SANTOS CABRAL “a coima é sempre e só uma sanção pecuniária, cujo não pagamento não conduz em caso algum à sua conversão em pena, designadamente à privação da liberdade” ⁽⁸¹⁵⁾.

Ao contrário do que sucede com a pena de multa, a coima deve ser determinada através de uma única operação – embora possa ser necessário realizar vários cálculos, v.g., no caso de concurso ou de pluralidade de contra-ordenações –, em função da gravidade da contra-ordenação, da culpa, da situação económica do agente e do benefício económico que este retirou da prática da contra-ordenação (n.º 1 do art. 18.º do RGCO).

Efectivamente, tendo o agente obtido com a prática da contra-ordenação um benefício económico, deve aquele ser tido em consideração na determinação da medida concreta da coima a aplicar.

Caso o agente tenha retirado da infracção um benefício económico calculável de valor superior ao limite máximo da coima, e não existindo outros meios de o eliminar, pode este ser elevado até ao montante máximo do benefício, não devendo todavia a elevação exceder um terço do limite máximo legalmente estabelecido (n.º 2 do art. 18.º do RGCO).

Suponhamos que o agente retirou da prática da infracção um benefício calculável em 20 UC e que a coima a aplicar varia entre 6 a 12 UC. Neste caso, ultrapassando o benefício o valor máximo da moldura sancionatória e, não havendo forma de o eliminar, eleva-se o limite máximo da coima ao valor do benefício. Todavia, considerando que a referida elevação não pode exceder um terço do limite máximo legalmente estabelecido, não se poderá aplicar, no presente caso, coima superior a 16 UC.

⁽⁸¹⁵⁾ Cfr. *Notas ...*, ob. cit., pág. 59.

Por força do disposto no n.º 3 do art. 18.º do RGCO, havendo atenuação especial da pena, os limites mínimo e máximo da coima são reduzidos para metade.

De referir que, ocorrendo simultaneamente uma circunstância agravante (v.g., um benefício económico superior ao limite máximo da coima) e uma circunstância atenuante, a redução deve incidir sobre o limite máximo calculado após o agravamento⁽⁸¹⁶⁾.

Na determinação da medida da coima, além das disposições previstas no RGCO, serão, ainda, atendíveis a medida do incumprimento das recomendações constantes do auto de advertência, a coacção, falsificação, simulação ou outro meio fraudulento usado pelo agente.

No caso de violação de normas de segurança e saúde no trabalho, serão de atender, na determinação da medida da coima, os princípios gerais de prevenção a que devem obedecer as medidas de protecção, bem como a permanência ou transitoriedade da infracção, o número de trabalhadores potencialmente afectados e as medidas e instruções adoptadas pelo empregador para prevenir os riscos.

Ainda relativamente à determinação da medida da coima, regra especial verifica-se relativamente às violações do disposto nos n.ºs 1 ou 5 do art. 238.º (referente à duração do período de férias), nos n.ºs 1, 4 ou 5 do art. 239.º (relativo aos casos especiais de duração do período de férias) ou nos n.ºs 1, 2 ou 3 do art. 244.º do CT (referente à alteração do período de férias por motivo relativo ao trabalhador), casos em que procedendo o infractor ao pagamento voluntário da coima e recebendo o trabalhador, após a cessação do contrato de trabalho, a retribuição correspondente a férias vencidas e não gozadas e aos proporcionais ao tempo de serviço prestado no ano da cessação e

⁽⁸¹⁶⁾ Neste sentido, cfr. OLIVEIRA MENDES e SANTOS CABRAL, *Notas ..., ob. cit.*, pág. 60.

respectivo subsídio, deverá a coima ser liquidada pelo valor correspondente à contra-ordenação leve (n.º 5 do art. 559.º do CT).

10.6. Admoestação e a dispensa de coima

Perante uma infracção de diminuta gravidade e quando a culpa do agente o justificar, pode a ACT limitar-se a proferir uma admoestação, que será proferida por escrito (art. 51.º do RGCO). A admoestação representa uma decisão condenatória pelo que, ainda que o arguido não seja condenado ao pagamento de qualquer coima, terá de suportar as respectivas despesas processuais ⁽⁸¹⁷⁾.

Como salienta ANA LUÍSA PINTO, “a possibilidade de proferir uma admoestação constitui uma manifestação do princípio da oportunidade, uma vez que o RGCO concede à autoridade administrativa uma margem de apreciação que lhe permite resolver o processo contra-ordenacional por uma via diversa da aplicação da coima” ⁽⁸¹⁸⁾.

Nas situações enumeradas no art. 560.º do CT, o arguido, ainda que condenado, é dispensado de coima, caso assegure aos trabalhadores os direitos a que se refere o art. 389.º do mesmo diploma.

Neste caso, a decisão condena o arguido a uma coima, mas dispensa-o de proceder ao respectivo pagamento, desde que assegure aos trabalhadores os direitos que estes teriam caso o despedimento fosse declarado ilícito. A dispensa de coima apenas é admissível nos casos expressamente previstos no referido preceito, todos eles

⁽⁸¹⁷⁾ OLIVEIRA MENDES e SANTOS CABRAL referem que “a figura da admoestação no direito
contra-ordenacional surge como um mero aviso ao infractor por razões de menor ilicitude e culpa sendo materialmente uma “advertência com dispensa de coima” – Cfr. *Notas* ..., *ob. cit.*, págs. 173-174.

⁽⁸¹⁸⁾ Cfr. *O Regime Geral das Contra-Ordenações*, Coimbra, Centro de Estudos e Formação Autárquica, 2006, pág. 79.

respeitantes a infracções que consubstanciam violações às normas referentes aos despedimentos por facto imputável ao trabalhador, colectivo, por extinção do posto de trabalho e por inadaptação.

Parece-nos que, ao contrário do que sucede com a admoestação, na dispensa de coima não há lugar a juízos de oportunidade ou de conveniência e, portanto, de discricionariedade, na medida em que a lei é peremptória ao estabelecer que “A coima (...) não se aplica caso o empregador assegure ao trabalhador os direitos a que se refere o artigo 389.º”.

Assim, consistindo a contra-ordenação na violação de uma das normas previstas no art. 560.º do CT e assegurando o empregador os direitos do trabalhador, não goza a ACT de qualquer margem de discricionariedade ao dispensar o arguido de coima.

10.7. Pagamento e destino das coimas

Nas infracções classificadas como leves, graves ou muito graves praticadas com negligência, em qualquer altura do processo, mas sempre antes da decisão, podem o arguido e os responsáveis solidários pelo pagamento da coima proceder ao pagamento voluntário da mesma.

O pagamento voluntário poderá ser efectuado dentro do prazo de que dispõem para apresentar defesa, caso em que será a coima liquidada pelo valor mínimo que corresponda à contra-ordenação praticada com negligência, devendo ter em conta o agravamento a título de reincidência, sem que sejam devidas custas processuais.

Efectuando-se o pagamento após o decurso do referido prazo, mas antes de ser proferida decisão, a coima será liquidada pelo valor mínimo que corresponda à contra-ordenação praticada com negligência, devendo ter em conta o agravamento a título de reincidência, acrescendo o valor das custas processuais devidas.

Cumprе salientar que o valor mínimo da coima poderá ser elevado até ao valor mínimo do grau que corresponda à infracção praticada com dolo, se o infractor tiver agido com desrespeito das medidas recomendadas no auto de advertência (n.º 4 do art. 19.º da Lei n.º 107/2009).

Importa, ainda, referir que se a infracção consistir na falta de entrega de mapas, relatórios ou outros documentos ou na omissão de comunicações obrigatórias, o pagamento voluntário da coima só será possível se o arguido sanar a falta no prazo de que dispõe para apresentar a sua defesa.

O pagamento voluntário da coima equivale a condenação e determina o arquivamento do processo, não podendo o mesmo ser reaberto, nem os factos reapreciados como contra-ordenação, salvo se à contra-ordenação for aplicável sanção acessória, caso em que prossegue, em exclusivo, para aplicação da mesma.

Nos termos do n.º 3 do art. 25.º da Lei n.º 107/2009, a coima deverá ser paga no prazo máximo de 10 dias contados a partir da data em que se tornar definitiva ou transitar em julgado.

De realçar que o pagamento da coima pela prática de uma contra-ordenação, que consista na omissão de um dever, não dispensa o infractor do cumprimento do dever omitido, se este for ainda possível (n.º 1 do art. 564.º do CT e art. 61.º da Lei n.º 107/2009).

Havendo montantes em dívida ao trabalhador, a decisão condenatória deve conter uma ordem de pagamento de tais quantitativos, a efectuar dentro do prazo estabelecido para o pagamento da coima (n.º 2 do art. 564.º do CT).

Fazendo o arguido prova da impossibilidade de pagamento imediato da coima, por motivos de insuficiência económica, pode o pagamento da coima ser, excepcionalmente, feito em prestações, não podendo a última delas ir além de um ano subsequente ao carácter

definitivo da decisão, implicando a falta de pagamento de uma das prestações o vencimento antecipado de todas as restantes.

Caso seja deferido o pedido de pagamento da coima em prestações, os créditos laborais em que o arguido tenha sido condenado e as dívidas à segurança social e respectivas custas são, desde logo, pagos com a primeira prestação (art. 27.º da Lei n.º 107/2009).

Relativamente ao destino das coimas, estabelece o art. 566.º do CT que metade do seu produto reverte a favor da ACT, a título de compensação pelos custos de funcionamento e despesas processuais, destinando-se o remanescente, em caso de coima aplicada em matéria de segurança e saúde no trabalho, ao Fundo de Acidentes de Trabalho; e, nas restantes coimas, em 35 %, ao serviço responsável pela gestão financeira do orçamento da Segurança Social e, em 15%, ao Orçamento do Estado.

11. As sanções acessórias

Para além da coima, no caso de contra-ordenação muito grave ou reincidência em contra-ordenação grave, praticada com dolo ou com negligência grosseira, é aplicada ao agente a sanção acessória de publicidade da decisão condenatória (n.º 1 do art. 562.º do CT).

Esta sanção consiste na inclusão em registo público, disponibilizado na página electrónica da ACT, de um extracto com a caracterização da contra-ordenação, a norma violada, a identificação do infractor, o sector de actividade, o lugar da prática da infracção e a sanção aplicada. Em caso de impugnação judicial da decisão condenatória, a publicidade será promovida pelo tribunal competente, nos restantes casos, é assegurada pela própria ACT.

Todavia, tendo em conta as circunstâncias em que a infracção foi praticada, pode a sanção acessória de publicidade ser dispensada, uma vez verificados cumulativamente dois requisitos: por um lado, o

agente deve pagar imediatamente a coima a que foi condenado; e, por outro lado, não deve ter praticado qualquer contra-ordenação grave ou muito grave nos cinco anos anteriores (n.º 1 do art. 563.º do CT).

A decisão será eliminada do registo público se, decorrido um ano desde a publicidade da decisão condenatória, o agente não tenha sido condenado por contra-ordenação grave ou muito grave.

De referir que a publicitação da decisão condenatória não colide com a proibição da automaticidade prevista no n.º 4 do art. 30.º da CRP, segundo a qual “nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos”, desde logo porque “a pena acessória em causa se encontra ligada a um determinado *conteúdo do ilícito e não à natureza da pena aplicada*”⁽⁸¹⁹⁾.

De salientar a possibilidade, prevista no n.º 2 do art. 562.º do CT, de serem aplicadas outras sanções acessórias, por um período até dois anos: a interdição do exercício de actividade no estabelecimento, unidade fabril ou estaleiro onde se verificar a infracção e a privação do direito de participar em arrematações ou concursos públicos. Tal poderá ocorrer em caso de reincidência em contra-ordenação muito grave ou contra-ordenação grave praticada com dolo ou com negligência grosseira, tendo em conta os efeitos gravosos para o trabalhador ou o benefício económico retirado pelo empregador com o incumprimento.

Estas sanções acessórias não são de aplicação automática devendo ser, se aplicadas, objecto de adequada fundamentação.

⁽⁸¹⁹⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 520/2000, publicado na 2.ª Série do Diário da República, de 31 de Janeiro de 2001, pág. 2075.

Ana Marta Crespo
Juiz de Direito

1. Surgimento e expansão da figura da contra-ordenação. Breve enquadramento.

Cada momento histórico tem um ordenamento jurídico construído, por assim dizer, à sua imagem e semelhança.

Tal afirmação, apesar de *lapalissiana*, não deixa de nos ajudar a compreender o surgimento do ilícito de mera ordenação social.⁸²⁰

Como facilmente se entenderá, sobretudo após a Revolução Francesa, a Administração estadual iluminista passou a estender o seu manto interventivo a áreas tão abrangentes como a economia, a concorrência, a saúde, o consumo, a educação, a cultura, a ecologia, a circulação rodoviária, a área laboral, áreas nas quais a Administração apostava numa actuação preventiva de perigos. Tal intervenção intensificou-se nos pós-guerras mundiais, com a transformação da

⁸²⁰ Utilizaremos indistintamente os conceitos de contra-ordenação (resultante de uma tradução mais literal da figura germânica) e de ilícito de mera ordenação social. O próprio legislador o faz. Contudo, afigura-se-nos que a expressão “contra-ordenação” é mais completa que a de ilícito de mera ordenação social, já que esta última nomenclatura acentua apenas um dos elementos definidores da figura em causa: o facto ilícito típico.

Administração estadual numa Administração actuante e dita de “bem-estar social”.

Geradas estas amplas intervenções estaduais, importava dar-lhes eficácia, criando sanções para as injunções da Administração.

Num primeiro momento, foi o próprio Direito Penal que respondeu a tais desígnios, nomeadamente por via do surgimento do chamado Direito Penal de polícia contravencional (FEUERBACH). Todavia, continuaram a registar-se intervenções estaduais moralizantes (sobretudo ao nível sexual e religioso) e tal tese foi paulatinamente sendo derrotada pela criação da ideia de um Direito Penal unitário ou total, relacionado com a protecção de bens jurídicos.

É neste contexto que se passa a falar de Direito Penal Administrativo, proclamado pelas vozes de incontornáveis AA. alemães como JAMES GOLDSCHMIDT, ERIK WOLF e de EBERHARD SCHMIDT⁸²¹.

⁸²¹ Para mais desenvolvimentos sobre as doutrinas de JAMES GOLDSCHMIDT e sua obra *Verwaltungsstrafrecht* (1902) e ERIK WOLF e sua obra “*O lugar do delito administrativo penal no sistema jurídico penal*” (1930) cfr., entre outros, EDUARDO CORREIA, “Direito Penal e de Mera ordenação Social”, *Boletim da Faculdade de Direito*, XLIX, 1973, pp. 257-281, H. MATTES, “*Untersuchung zur lehre von der ordnungswidrigkeiten*”, Band, 2./2, Duncker & Humbolt, Berlin, 1982, p. 251 e ss., HELIANA MARIA DE AZEVEDO COUTINHO, “O Direito de Mera Ordenação Social no sistema Jurídico-Penal alemão”, *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 2, n.º7, Julho-Setembro de 1994, p. 91 e ss..

Cedo se percebeu, contudo, que a resposta por via do Direito Penal (mesmo que Contravencional ou Administrativo) era ainda insatisfatória já que conduzia, como conduziu, a uma indesejável “*hipertrofia do Direito criminal*”⁸²², quando, o que se pretendia era precisamente a descriminalização de tais ilícitos administrativos (com apelo à competência de autoridades administrativas). Tudo veio a desaguar, assim, num claro movimento de descriminalização com a consequente criação de um novo enquadramento jurídico para as novas áreas de intervenção da Administração, enquadramento esse com estruturas substantiva e processual diferentes, sublinhando-se o facto de a sanção ter uma finalidade de mera advertência ou censura social, sem coloração ética.

Por essa altura, era evidente a premência da retirada dos quadros penais das inúmeras infracções sem relevância ética, não só porque urgia criar quadros processuais distintos (v.g. quanto à competência para a aplicação de sanções) mas também porque importava recolocar o Direito Penal na sua função de *ultima ratio* sancionatória.

É sob este pano de fundo, e sobretudo na esteira do pensamento de EBERHARD SCHMIDT, que, na República Federal Alemã, vieram a ser promulgadas as 1ª e 2ª Leis-Quadro do Direito de Mera Ordenação Social (OWIG), em 1952 e 1968, respectivamente.

Em Portugal, rompendo-se com a influência francesa, e bebendo-se a influência da figura germânica da

⁸²² A expressão é de EDUARDO CORREIA, “Direito Penal e de Mera ordenação Social”, *Boletim da Faculdade de Direito*, XLIX, 1973, p. 257.

*ordnungswidrigkeit*⁸²³, surge, pela mão de EDUARDO CORREIA, então Ministro da Justiça, o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, uma lei-quadro que introduziu a figura das contra-ordenações no nosso ordenamento jurídico e que, simultaneamente, pretendeu eliminar em bloco a figura das contravenções (art. 1.º, n.º3, do citado diploma legal).

Um novo fôlego legislativo foi aquele que se materializou no Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, que, revogando aqueloutro Decreto-Lei de 1979, instituiu um “*Regime Geral do ilícito de mera ordenação social e respectivo processo*” – doravante R.G.C.O. – e que foi sucessivamente alterado pelo Decreto-Lei n.º 356/89 de 19 de Outubro, pelo Decreto-Lei n.º 244/95 de 14 de Setembro, e ainda pelo Decreto-Lei n.º 323/2001 de 17 de Dezembro.

De resto, entre nós, a área contra-ordenacional conheceu uma expansão difícil de imaginar aquando do seu surgimento.

Em Portugal temos hoje, no domínio contra-ordenacional, um modelo que passa pela existência de um R.G.C.O. que funciona como legislação subsidiária dos regimes sectoriais contra-ordenacionais e, no que aqui nos importa, das contra-ordenações laborais.

Assim, quando queiramos debruçar-nos sobre as contra-ordenações laborais haverá que atentar por um lado nos arts. 548.º e ss. do Código do Trabalho e na Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro

⁸²³ Com uma análise dos aspectos essenciais da Lei de Mera Ordenação Social alemã (OWIG de 1968), cfr HELIANA MARIA DE AZEVEDO COUTINHO, “O Direito de Mera Ordenação Social no sistema Jurídico-Penal alemão”, *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 2, n.º7, Julho-Setembro de 1994, p. 91 e ss.

(regime processual das contra-ordenações laborais) e, por outro, no citado R.G.C.O. *ex vi* art. 549.º do Código do Trabalho.

2. A contra-ordenação laboral: conceito legal. O elemento da censurabilidade.

Importa dizer que é o próprio legislador que define o que se deverá ter como contra-ordenação (art. 1.º do R.G.C.O.). Com nítida inspiração na lei alemã (*OWIG* de 1968), previu-se no art. 1.º do R.G.C.O. que “*Constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha uma tipo legal no qual se comine uma coima.*” Assim, o legislador português, à semelhança do alemão⁸²⁴, estabeleceu uma noção nominal formal de contra-ordenação, arredando do conceito uma definição material da mesma.

Por seu turno, ao nível conceptual, a legislação laboral consagra uma noção própria de contra-ordenação laboral (art. 548.º do Código do Trabalho) evidenciando as suas características específicas face à noção geral de contra-ordenação (art. 1.º R.G.C.O.), ao consignar que *constitui contra-ordenação laboral o facto típico ilícito e censurável que consubstancie a violação de uma norma que*

⁸²⁴ Sobre o conceito formal de contra-ordenação no sistema alemão, vide GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal – Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación* (tradução de Joaquín Cuello Contreras e José Luís Serrano Gonzalez de Murillo), Murcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid., p.66 e ss.

consagre direitos ou imponha deveres a qualquer sujeito no âmbito de relação laboral e que seja punível com coima.

Sem entrarmos no longo caminho que era a discussão dos vários elementos da referida noção, sublinhemos apenas aquele cuja discussão nos é proposta: o da censurabilidade.

Que censurabilidade é esta?

É dado adquirido que o legislador português bebeu a sua inspiração da lei alemã, pelo que, à semelhança do que sucede em tal lei, consagrou-se entre nós o carácter censurável da contra-ordenação. Efectivamente, na *OWIG* de 1968 definia-se a figura da contra-ordenação (*Ordnungswidrigkeitengesetz*) como censurável (*Vorwerfbarkeit*). Diziam os AA. alemães que, nas contra-ordenações, o agente não se conduz dolosa ou culposamente (*Schuldhaft*) apenas merecendo uma censura social por meio de coima (*Geldbusse*) por ter agido contrariamente aos seus deveres de cidadão de um Estado social.⁸²⁵

Mas poderemos, com rigor, falar de culpa? A dúvida é legítima já que é o próprio artigo 1.º do R.G.C.O. que se refere ao ilícito contra-ordenacional como “censurável” e já não como “culposo”...

Entendem alguns AA. que se pode ainda falar de culpa⁸²⁶, sem com isso se deixar de sublinhar que é uma culpa com contornos

⁸²⁵ Veja-se, a este propósito, HELIANA MARIA DE AZEVEDO COUTINHO, “O Direito de mera ordenação social no sistema jurídico-penal alemão”, *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 2, n.º7, Julho-Setembro, 1994, p. 99.

⁸²⁶ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*

diferentes da culpa penal, é uma mera censura ou advertência social, sendo que *“a expressão desta censura não envolve portanto, um sentido de retribuição ou expiação ética, ligado a uma finalidade de recuperação do delinquente, mas exprime apenas que está ausente o pensamento de qualquer mácula ético-social. Ora, um tal esvaziamento do conteúdo ético-social de uma advertência desse tipo há-de necessariamente, corresponder à libertação das categorias dos corolários formais do direito criminal.”*⁸²⁷.

Ou seja, perguntar se o Direito contra-ordenacional, à semelhança do Direito Penal, também é um Direito da culpa, continua a não ser pergunta destituída de sentido.

É que, de entre os vários critérios mobilizados para distinguir crime e contra-ordenação, um dos mais antigos e aplaudidos (ainda que ao nível do tipo de ilícito), sempre foi o da irrelevância ética do ilícito contra-ordenacional... Tal característica ao nível da ilicitude contra-ordenacional terá certamente reflexos ao nível da culpa.

Assim, se por um lado há semelhanças com a culpa penal no sentido em que também nas contra-ordenações a culpa não tem a si associada qualquer ideia de castigo ou retribuição, por outro lado distingue-se daquela ao se soltar das amarras de uma valoração ética das condutas do arguido (pelo menos não nos mesmos moldes).

– Volume I: *Problemas Gerais*, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 29

⁸²⁷ EDUARDO CORREIA, “Direito Penal e de Mera ordenação Social”, *Boletim da Faculdade de Direito*, XLIX, 1973, p.265.

A culpa nas contra-ordenações anda associada a ideias de prevenção geral. FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO refere que o conceito de culpa, mesmo para efeitos de imputação, deve ser entendido (fundamentalmente) no sector das contra-ordenações como um princípio de imputação com finalidades preventivas.

Com efeito, não pode haver lugar a um desempenho importante da prevenção especial positiva ou de ressocialização quando não se trata de expiar uma culpa eticamente fundada.⁸²⁸

Assente que a prevenção geral tem um papel muito mais relevante que a prevenção especial em sede de contra-ordenações, não se deixará de entender que o poder sancionatório do Estado (seja por via de autoridades administrativas, seja por autoridades judiciais) não pode ser ilimitado, pelo que a moldura de prevenção geral terá como limite inultrapassável a culpa.

3. A culpa como fundamento e medida da coima e sanção acessória nas contra-ordenações (especialidades do domínio laboral).

Posto isto, e seja a culpa o que seja no domínio das contra-ordenações, estando-se perante direito sancionatório, não vemos como

⁸²⁸ FIGUEIREDO DIAS chama a atenção para à coima serem “*estranhos sentidos positivos de prevenção especial*” – cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Do Direito Penal Administrativo ao Direito de Mera Ordenação Social”, *Temas Básicos da Doutrina Penal – 5.º Tema* -, Coimbra Editora, 2001, p. 151.

prescindir dela, o mesmo é dizer, que continuamos a entender que não há coima ou sanção acessória sem culpa e a medida da coima ou da sanção acessória não pode ultrapassar a medida da culpa.

A afirmação precedente tem desde logo como corolário lógico a ideia de que a responsabilidade contra-ordenacional não é puramente objectiva (daí que tenha sido revogado o n.º2 do art. 1.º do R.G.C.O., que admitia contra-ordenações independentemente do carácter censurável do facto quando a lei assim o previsse).

Como se tinha já referido, sendo a culpa o fundamento (não exclusivo) da aplicação de sanções contra-ordenacionais, tal equivale a dizer que ainda que se verifique uma acção típica e ilícita contra-ordenacional, se não houver culpa, a mesma não será sancionável [havendo, é certo, causas de exclusão da culpa, como por exemplo, a inimputabilidade em razão da idade ou da anomalia psíquica (arts. 10.º e 11.º do R.G.C.O.), erro (art. 8.º, n.º2 do R.G.C.O.) e falta de consciência da ilicitude não censurável (art. 9.º, n.º1 do R.G.C.O.), podendo ainda ser mobilizáveis algumas causas de exclusão da culpa por aplicação subsidiária da lei penal. O Código Penal prevê, como causas de exclusão da culpa: o excesso de legítima defesa do art. 33.º, n.º2 do Código Penal, o estado de necessidade desculpante do art. 35.º, n.º1 do Código Penal e a obediência indevida desculpante do art. 37.º do Código Penal].

Posto que não se prescinde da culpa no domínio contra-ordenacional, devemos ainda alicerçar que o coração do regime da culpa nas contra-ordenações pulsa nos arts. 8.º a 11.º, 18.º e 21.º do R.G.C.O.

O artigo 8.º, n.º 1, do R.G.C.O., reproduzindo integralmente o art. 13.º do Código Penal, consagra que “*1- Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência. (...)*”⁸²⁹.

Assim, o princípio geral estabelecido no art. 8.º, n.º1 do R.G.C.O., é o de que só são puníveis os factos praticados com dolo.

Contudo, em nenhum momento se define, no R.G.C.O., o que é o dolo ou a negligência.

Mais uma vez, do ponto de vista de *iure constituto* não parece existir grande alternativa a ter de pedir o auxílio do Código Penal quanto a tais noções.

Podemos perguntar-nos se existem neste domínio presunções legais de dolo.

No sentido, inevitável, da negação de uma qualquer presunção de dolo nas contra-ordenações no R.G.C.O., vejamos os peremptórios dizeres do Acórdão do T.C.A. – Sul, de 26.11.2002, proferido no âmbito do Proc. 5428/01, da relatora DULCE MANUEL NETO, ao referir “*Com efeito, a infracção tributária assenta num juízo de censura ao seu agente, tendo como pressuposto a culpa, a qual abrange o dolo ou a* *simples* *negligência.* *E o dolo supõe a intenção ou o propósito de praticar a infracção.*”

⁸²⁹ É certo que, sendo o Código Penal legislação subsidiária do R.G.C.O., nos podemos perguntar da necessidade de o legislador contra-ordenacional ter reproduzido o artigo 13.º do Código Penal. Julgamos que tal se fica a dever ao facto de se ter querido dar alguma sistematização a um regime de culpa contra-ordenacional que, bebendo do Direito Penal, ainda assim se autonomizará daquele.

Daí que, para que no caso se verificasse uma conduta dolosa, se tornasse necessário dar como provado que a arguida tinha querido deixado de entregar o IVA, se tinha propositadamente furtado à entrega desse imposto nos Cofres do Estado, praticando intencionalmente a infracção. Ora, nenhuma prova foi produzida que indiciasse esse elemento volitivo, razão porque ele não consta do quadro factual fixado”, sumariando-se nesse acórdão que “O dolo não se presume, sendo necessário que se verifique a intenção ou o propósito de praticar a infracção. Não existindo qualquer elemento factual que permita concluir que a conduta da arguida tenha sido dolosa, não podia o Juiz “a quo” qualificá-la como tal, ao arrepio do julgado na decisão administrativa.”

Assim, como decorrência lógica e necessária da inexistência de uma presunção de dolo no R.G.C.O., temos que a decisão (administrativa ou judicial) que puna por dolo, não o poderá fazer sem ter dado como provados os factos em que tal dolo se materializa.

Isto quanto ao R.G.C.O.. Poderá, no entanto, equacionar-se a hipótese de haver presunções de dolo em regimes sectoriais de contra-ordenações, entre eles o regime laboral (independentemente da bondade ou não de uma tal solução).

Vejamos.

Em sede de contra-ordenações fiscais, chegou a defender-se a presunção do dolo e até inilidivelmente.⁸³⁰

⁸³⁰ ELIANA GERSÃO, *Violação de Deveres Tributários Criminalmente sancionados*, CTF n.ºs 173 e 174, Maio-Junho de 1973, pp. 23 a 27.

No domínio laboral, não é igualmente despropositado equacionar a questão à luz da existência do auto de advertência.

Pese embora o R.G.C.O. em nenhuma das suas normas prever o auto de advertência, certo é que tal figura tem já tradição no procedimento contra-ordenacional laboral. Com efeito, já no art. 19.º do Regime Geral das Contra-ordenações Laborais (Lei n.º 116/99, de 04 de Agosto) se previa essa mesma figura jurídica, figura que foi ainda consagrada no art. 632.º do Código de Trabalho de 2003 (Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto) e agora no art. 10.º da Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro (regime processual aplicável às contra-ordenações laborais e da segurança social).

Com efeito, no decurso de acção inspectiva, podem ser levantados autos de advertência para casos em que exista contra-ordenação, classificada como leve e da qual não tenha resultado prejuízo grave para a segurança social (cfr. art. 10.º, n.º2 al. b) da Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro).

Trata-se, a nosso ver, de uma faculdade⁸³¹ que o inspector de trabalho poderá exercer verificados que estejam determinados

⁸³¹ Uma das questões que se levanta a propósito do auto de advertência está relacionado com o binómio legalidade/oportunidade. Com efeito, e não raras vezes, os arguidos recorrem para instâncias superiores defendendo que a Autoridade para as Condições de Trabalho em vez de um auto de notícia deveria ter levantado um auto de advertência. Balizemos a questão: trata-se de saber se o levantamento do auto de advertência é um poder-dever do inspector ou se, ao invés, se trata de uma mera faculdade a ser usada de acordo com um juízo de oportunidade. A opção entre uma e outra tese tem relevantes efeitos práticos e, com o devido respeito por tese contrária, não podemos deixar de abraçar o entendimento segundo o qual se trata de uma mera

pressupostos: um primeiro relativo a que se trate de irregularidade sanável e um segundo pelo qual se impõe que ainda não tenha resultado prejuízo grave para os trabalhadores, para a administração do trabalho ou para a segurança social.

Em suma, na medida em que este tipo de auto, ao invés de punir de imediato, se limita a advertir, esta face do auto de advertência é vista, pelos arguidos, com “bons olhos”.

Não obstante, existe a outra face que apenas de quando em vez se assoma na discussão e que, pode eventualmente ser encarada pelo arguido como algo menos positivo.... Encontramos essa outra face no regime do pagamento voluntário da coima.

Com efeito, nos termos do art. 19.º, n.º4, da citada Lei, estatui-se que “Se o infractor agir com desrespeito das medidas recomendadas no auto de advertência, a coima pode ser elevada até ao valor mínimo do grau que corresponda à infracção praticada com dolo”.

Acresce que o art. 557.º do Código do Trabalho também não deixa de sublinhar que “*O desrespeito pelas medidas recomendadas em auto de advertência é ponderado pela autoridade administrativa competente, ou pelo julgador em caso de impugnação judicial,*

faculdade.Com efeito, poder-se-ia pensar que, a ser uma mera faculdade, tal levaria a uma violação do princípio da igualdade constitucionalmente consagrado já que um inspector poderá entender ser de levantar auto de notícia assim dando início a procedimento contra-ordenacional e outro, em situação perfeitamente análoga, se bastar com o levantamento do auto de advertência (art. 13.º da Constituição da República Portuguesa).

designadamente para efeitos de aferição da existência de conduta dolosa”.

Refere J. SOARES RIBEIRO⁸³², ainda na vigência do regime anterior mas com pertinência actual, *“É sabido que no domínio do regime de 1999, em caso de auto de advertência cujas medidas nele recomendadas não fossem cumpridas, em sede de pagamento voluntário da coima era obrigatoriamente liquidada pelo valor mínimo do grau correspondente à infracção praticada com dolo. Era uma disposição que claramente apontava para a existência, nesse caso, de uma presunção de dolo. O que poderia, naturalmente, suscitar dúvidas de constitucionalidade relativas à violação do princípio de presunção de inocência do arguido constante do n.º2 do art. 32.º da CRP. (...) E era uma presunção que poderia, face à letra do preceito: “a coima será liquidada”, ser entendida como inilidível.”*

Por ser além do mais constitucionalmente contestável a existência de presunções inilidíveis de dolo ao nível do Direito Sancionatório, e para obviar a tais críticas, hoje, o predito art. 19.º, n.º4, refere “pode”, o que, em termos jurídicos, faz toda a diferença. É que, assim sendo, quando muito, há uma presunção ilidível de dolo. Neste sentido vejam-se os ensinamentos de J. SOARES RIBEIRO que não deixou de referir já a propósito do regime anterior que *“(...) A existência de um prévio auto de advertência cujas medidas recomendadas foram desrespeitadas legitima a presunção,*

⁸³² J. SOARES RIBEIRO, “Contra-ordenações no Código do Trabalho”, *Questões Laborais*, 23, ano XI-2004, Coimbra Editora, p.26

*naturalmente “tantum iuris”, de existência de dolo pelo que o autuante deverá, nesse caso, graduar a coima pela moldura do dolo. O que não obsta, como é óbvio, que, em sede de instrução se venha a concluir pela existência de mera negligência ou até pela falta de culpa”.*⁸³³

Ora, a admitir-se que estamos perante a consagração de uma presunção de dolo ilídível, nestas circunstâncias, salvo melhor opinião, não nos deve chocar. É que, provando-se que o arguido recebeu e entendeu o auto de advertência é tanto quanto baste para necessariamente preencher o elemento intelectual do dolo (representação do ilícito contra-ordenacional), pelo que já só restaria, de todas as formas, a prova do elemento volitivo do dolo.

De todo o modo, não se pode deixar de acrescentar que os óbices constitucionais que se poderiam levantar a uma presunção de dolo (mesmo que ilídível) estão aqui algo diluídos... É que, não esqueçamos, estamos em sede de pagamento voluntário da coima. Ou seja, apenas é mobilizada tal norma porque o próprio arguido pretende pagar voluntariamente a coima. Assim esta questão atinente ao auto de advertência e que, na óptica do arguido será menos positiva, está mitigada por se tratar de uma fase que só é despoletada voluntariamente.

Vejamos agora a negligência.

⁸³³ Questões sobre o processo contra-ordenacional, *Questões Laborais*, 18, ano VIII-2001, Coimbra Editora, p. 130

Mais uma vez, o legislador do R.G.C.O. não criou nenhum conceito contra-ordenacional de negligência, bem sabendo que o legislador penal o havia feito no art. 15.º do Código Penal, aplicável subsidiariamente nos termos do art. art. 32.º do R.G.C.O..

A negligência supõe a prática de um facto ilícito típico que resulte da violação de um dever de cuidado ou diligência de que resulte um facto, sendo previsível tal facto ilícito à luz de um homem médio naquelas circunstâncias concretas.

Importa sublinhar que se constata que, no domínio contra-ordenacional, em muitas situações, quando comparada com a imputação penal, torna-se mais fácil imputar a contra-ordenação a título de negligência ao arguido. Isto sucede porque em muitas contra-ordenações o agente actua numa veste funcional, sendo que essa sua roupagem funcional tem a si inerente o dever de cuidado de conhecer determinadas regras e de se actuar em conformidade com as mesmas.

No entanto, se bem se analisar, confirmar-se-á que o art. 8.º, n.º1 do R.G.C.O. reproduziu integralmente o estatuído no art. 13.º do Código Penal, consagrando o carácter excepcional da punição por negligência.

Mas se assim é do ponto de vista do Direito Positivo, somos livres para pensar na perspectiva do Direito a Constituir...

Importa pois analisar se o carácter excepcional da punição por negligência se adequa a um autónomo Direito das Contra-ordenações ou se se trata de uma importação penal que deverá ser alterada “*de iure condendo*”...

A questão não é virgem na discussão doutrinal.

TAIPA DE CARVALHO, v.g., entende que o princípio da excepcionalidade da punição por negligência deveria ser abolido do domínio contra-ordenacional. Refere, significativamente, a este propósito, que *“Esta transposição, para o domínio da responsabilidade contraordenacional, da regra da exigência do dolo (que, no âmbito criminal-penal, é razoável) é, em minha opinião, de rejeitar. A razão fundamental é a seguinte: tendo a generalidade das normas jurídicas contraordenacionais destinatários específicos (p. ex., empresas, condutores), é-lhes exigível uma especial diligência nas suas actividades. Donde resulta que o seu descuido, negligência ou violação do dever objectivo de cuidado deve-lhe ser sempre censurado e, portanto, o respectivo facto deve sempre ser punível (a título de negligência), embora, é certo, menos gravemente do que se houver dolo. Ora, restringir-se, em princípio, a punibilidade à existência de dolo, conduzirá a uma de duas situações: ou o legislador, na sua actividade de definição das específicas contra-ordenações, estabelecerá, quase sempre, a expressa punibilidade da negligência, ou só o fará em casos excepcionais. Na primeira hipótese, a excepção transformar-se-á, na realidade, em regra, contradizendo o princípio geral estabelecido no referido art. 8.º-1; na segunda hipótese, ter-se-á como resultado prático uma eventual impunidade generalizada, pondo-se, assim, em causa a eficácia prática preventiva das normas jurídicas contraordenacionais. Nesta segunda hipótese, esta crítica sai reforçada com o facto de o legislador, num domínio onde a relevância axiológico-social e a ressonância ético-social não são tão profundas como no domínio das*

*infracções criminais, também ter atribuído ao erro sobre a proibição legal o efeito de exclusão do dolo (art. 8.º-2).”*⁸³⁴

Também TERESA PIZARRO BELEZA parece insinuar o carácter acrítico da importação legislativa penal do princípio da excepcionalidade da punição por negligência ao dizer que “*O art. 8.º declara, à semelhança do Código Penal (art. 13.º), o carácter excepcional da punição por negligência. Aliás, este é apenas um de uma mera série de aspectos em que o D.L. 433/83, se aproxima, em vez de se afastar, do Direito Penal*”.⁸³⁵

Aliás, alguma doutrina e jurisprudência fora das nossas fronteiras (já meramente virtuais) também defende que a negligência assume um papel preponderante em sede de contra-ordenações. Assim, MARIA LOURDES RAMIREZ TORRADO, não hesita em afirmar que “*(...) en el derecho administrativo sancionador, la imprudencia es la protagonista*.”⁸³⁶. Também A. DE PALMA pugna no sentido de que ao nível do ilícito de mera ordenação social o dolo assume um papel meramente secundário.⁸³⁷

⁸³⁴ AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003, págs. 171-172.

⁸³⁵ TERESA PIZARRO BELEZA, *Direito Penal, 1.º vol.*, Lições Policopiadas, AAFDL, 2ª edição, 1985, p. 122.

⁸³⁶ MARIA LOURDES RAMÍREZ TORRADO, “Consideraciones de la Corte Constitucional acerca del principio de culpabilidad en el ámbito sancionador administrativo”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 29, Colombia, 2008, p. 157.

⁸³⁷ A. DE PALMA, *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1996.

Aliás, ao nível da jurisprudência comunitária, o T.J.C.E. vem dando preponderância à negligência. Na verdade, como nos informa KLAUS TIEDEMANN “ *En la praxis, frecuentemente, al TJCE le ha bastado con la declaración de que existía “al menos negligencia”, dejando de lado la constatación del dolo y la imprudencia, incluso a la hora de calcular la sanción. Esta equiparación del dolo y la imprudencia debe ser aclarada dentro de la singularidad de este sector jurídico, en el cual, como en general ocurre en el derecho penal económico, no nos encontramos tanto ante delitos materiales como ante infracciones de deber (...)*”⁸³⁸.

Com efeito, bastará um mero voo de águia sobre os regimes sectoriais de contra-ordenações para se constatar que na sua esmagadora maioria, se consagrou expressamente a punibilidade por negligência (v.g. no domínio laboral que aqui nos ocupa – cfr. art. 550.º do Código do Trabalho).

No fundo, o que a prática legislativa tem demonstrado é que, por via da consagração sectorial da punibilidade a título de negligência, se converteu a regra do art. 8.º, n.º1, do R.G.C.O. em excepção, como bem previu TAIPA DE CARVALHO. De resto, também de uma qualquer consulta apressada de bases de dados

⁸³⁸ KLAUS TIEDEMANN, “El Derecho Penal Económico en la comunidad europea”, *Revista de Derecho y ciencias políticas*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol 50, año 1993, Lima, pp. 417-436, também disponível em http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_19.pdf.

jurisprudenciais⁸³⁹ se extrairá essa conclusão, já que a larga maioria das contra-ordenações aí em causa são punidas por negligência (o que significa, como é óbvio, que a mesma tinha de estar expressamente prevista).

Assim, o que no R.G.C.O. é a regra, sectorialmente (que é onde se tipificam as concretas contra-ordenações) passa a ser a excepção.

Deste modo, talvez fosse mais curial a consagração de que a contra-ordenação é punível quer por dolo quer por negligência, tudo ficando pois a depender da prova que se faça nesse sentido.

Questão mais polémica é a de saber se serão admissíveis presunções de negligência no domínio contra-ordenacional.

Importa distinguir dois planos: o plano do Direito constituído e do Direito a constituir.

Com efeito, situando-nos no plano do Direito constituído a lei é clara: a culpa é elemento do tipo contra-ordenacional podendo assumir as modalidades de dolo e de negligência, nenhuma norma havendo que permita presunções de negligência (art. 1.º e 8.º do RGCO). Sendo propositadamente lapidares diremos que não existem, no R.G.C.O., presunções legais de negligência.

Em suma, a defender-se a existência de presunções de negligência nesta sede apenas poderão ser presunções naturais ou presunções legais *de iure condendo*, já que inexistente qualquer presunção legal nesse sentido (coisa diferente é falar de presunções judiciais).

⁸³⁹ Como a constante de www.dgsi.pt.

Uma última e breve palavra por não podermos ainda deixar de aludir à influência do critério da culpa na medida da coima e da sanção acessória.

Usando da parcimónia que se impõe, é desde logo de referir que o art. 559.º do Código de Trabalho remete para o R.G.C.O..

De todo o modo, não poderemos deixar de atentar em normas próprias do regime laboral como as dos arts. 554.º e 555.º do Código do Trabalho no que diz respeito à coima (alertando-se aqui para critérios especiais, v.g., o volume de negócios, situações de violação de normas sobre trabalho de menores, segurança e saúde no trabalho, direito à greve, etc) e à plasmada no art. 562.º do Código do Trabalho no que respeita às sanções acessórias (v.g. a sanção acessória de publicidade, interdição do exercício de actividade, privação do direito de participar em concursos públicos e arrematações, etc).

Posto isto, será justo alicerçar que, navegando-se em águas do Direito das Contra-ordenações, navegamos em águas turbulentas, ainda com pouca sedimentação dogmática e em que ainda muito resta por discutir, pelo que o que vem de se referir não pode ser tido como conclusivo mas sim como mote para uma discussão mais profunda.

ÍNDICE

