

LA DIMENSIÓN DE LA EMPRESA EN EL DERECHO PORTUGUÉS DEL TRABAJO*

[THE SIZE OF AN ENTERPRISE IN THE PORTUGUESE LABOR LAW]

Catarina de Oliveira Carvalho

Fecha de recepción: 24 de enero de 2012
Fecha de aceptación: 10 de febrero de 2012

Resumen: Este artículo analiza sumariamente la relevancia del elemento «dimensión empresarial» en el Derecho del Trabajo portugués. Se concluye que el principal objetivo legislativo se traduce en la flexibilización del régimen laboral a través de la adopción de normas que favorecen las micro y pequeñas empresas, disminuyendo la protección legal de los respectivos trabajadores. Adicionalmente, se analizan de forma crítica los criterios de evaluación de la dimensión empresarial, el perímetro y el momento del cómputo del número de trabajadores y el tipo de prestadores de trabajo que deben ser incluidos en función de las respectivas modalidades contractuales.

Abstract: This article analyses sparsely the relevance of the size of an enterprise in the Portuguese Labour Law. The conclusion is that the main legislative scope is to make the labour regime more flexible through the adoption of rules which beneficiate micro and small-sized enterprises, reducing the legal protection of their employees. In addition, the analysis falls upon the criteria adopted for the determination of the size of the enterprise, the perimeter and the moment relevant for the staff headcount, as well as the definition of the categories of employees that must be taken into account.

Palabras clave: dimensión - empresa - microempresa – PYMES - número de trabajadores

Keywords: size - enterprise - micro enterprise - SMEs, number of employees

* * *

* Traducción al castellano, desde el portugués original, de Jesús Martínez Girón.

1. La relevancia del factor de la dimensión en el Derecho portugués del Trabajo se ha acentuado significativamente a partir de la reforma que dio origen al primer Código del Trabajo (CT2003)¹, proceso que continuó con la reforma de la norma operada en 2009 (CT)².

La dimensión de la empresa ha acabado convirtiéndose en un factor de importancia creciente en la diversificación de las instituciones laborales y opera fundamentalmente en el sentido de dotar a las micro y pequeñas empresas de mayor maleabilidad. El mayor número de especificidades del régimen laboral portugués surge a propósito de las microempresas, prosiguiendo un objetivo de favorecimiento de las mismas y traduciendo, en general, una disminución del nivel de protección jurídica de los respectivos trabajadores.

La importancia de la dimensión de la empresa atraviesa todo el régimen laboral portugués, desde el terreno de las situaciones individuales de trabajo hasta el ámbito de las relaciones colectivas, aunque con grado e intensidad diversos.

En todo caso, consideramos que el ordenamiento jurídico nacional no continúa encontrándose intensamente *dimensionado*, por causa de que las particularidades de régimen apuntan, en la mayoría de los casos, a las microempresas, con las importantes excepciones derivadas de los regímenes que transponen normas comunitarias y que, por tanto, imponen una dimensión similar a los diversos países de la UE.

A pesar de esto, se admite que algunas de las diversificaciones de la dimensión pueden asumir una acentuada importancia, por causa de que el sistema productivo portugués está compuesto mayoritariamente por microempresas, razón por la cual éste se convierte en el régimen regla y no en el régimen especial. Por otro lado, la relevancia de la dimensión vino a afectar a instituciones de elevado valor simbólico como sucedió con el derecho a la readmisión, subsiguiente a la declaración de ilicitud del despido³, no obstante la reducida aplicabilidad práctica de esta figura.

Resulta necesario enfatizar que la discusión sobre el dimensionamiento del Derecho del Trabajo no debe separarse del debate sobre la flexibilidad, por el

¹ Código del Trabajo, aprobado por la Ley n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

² Código del Trabajo, aprobado por la Ley n.º 7/2009, de 12 de Febrero.

³ En el Derecho portugués, el trabajador ilícitamente despedido puede optar por la readmisión en el mismo centro de trabajo de la empresa o, como alternativa, por una indemnización (art. 389 del CT). Además, en una microempresa, el empleador goza de un derecho de oposición a la readmisión del trabajador ilícitamente despedido si justifica que su regreso es «gravemente perjudicial y perturbador del funcionamiento de la empresa» (art. 392 del CT). En palabras de LEAL AMADO («Despedimento ilícito e oposição patronal à reintegração: um caso de resolução judicial do contrato de trabalho?», en *Temas laborais I*, Coimbra Editora [Coimbra, 2005], pp. 133-138), se trata de una resolución, a iniciativa del empleador, de ejercicio judicial.

amplio margen de convergencia que ambos temas presentan, hecho particularmente visible en la evolución de las leyes laborales portuguesas. En efecto, el elemento de la dimensión no fue, como regla, utilizado por el legislador con la finalidad de ajustar el régimen jurídico a las idiosincrasias de las empresas, evaluadas según la respectiva dimensión. Por el contrario, el factor dimensión de nuestro Derecho laboral sirvió, sobre todo, como pretexto legislativo para una mayor flexibilización del Derecho del Trabajo, en general disimulada bajo la apariencia de adaptación a la diversidad empresarial, y por tanto menos contestada. Resultado que se encuentra facilitado en su aplicación práctica por la circunstancia referida de caracterizarse la realidad empresarial portuguesa por un elevadísimo número de microempresas.

De hecho, contrariamente a lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, el legislador nacional no atendió a la dimensión empresarial para favorecer el desarrollo y la aplicación adaptada a las PYMES de ciertas instituciones laborales concebidas según el paradigma de la gran empresa. Esta actuación es particularmente visible en el terreno de las relaciones colectivas, donde existe una diminuta implementación sindical y asociativa empresarial, con consecuencias visibles, señaladamente, a nivel de la negociación colectiva, de la «democracia empresarial» o de las condiciones de trabajo. Pero no deja de ser notoria igualmente en el contexto de las relaciones individuales de trabajo. Recordemos que el CT2003 vino a regular expresamente una modalidad contractual susceptible de presentar ventajas significativas para las PYMES —el contrato de trabajo celebrado con una pluralidad de empleadores⁴—, mecanismo que podría probar el eslogan de la *flexiguridad*: más flexibilidad para los empleadores y más seguridad para los trabajadores, si no fuese por el desafortunado régimen legal que reduce su utilización práctica por parte de las PYMES.

2. En el Derecho del Trabajo, la preferencia por criterios de naturaleza cuantitativa —sobre todo el número de trabajadores— es notoria y se corresponde, en gran medida, con la visión «clásica» que el ordenamiento jurídico tiene todavía de la empresa, siguiendo el modelo *fordista* que identifica la empresa de gran dimensión con aquella que tiene muchos trabajadores, aunque esta opción también se asiente en razones de eficacia y aplicabilidad práctica.

Con la excepción de la materia de las infracciones administrativas laborales, el legislador laboral portugués adopta el criterio ocupacional en términos casi exclusivos (completado, puntualmente, por el número de trabajadores afectados por la medida en cuestión), siendo el volumen de empleo computado casi siempre en el perímetro de la empresa. Aunque, en el terreno de las relaciones colectivas de trabajo, la evaluación de la dimensión de la empresa sufra algunas variantes en lo que respecta a la representación sindical, al atender al número de

⁴ Figura prevista en el actual art. 101 del CT.

trabajadores sindicalizados, y al acoger, por otro lado, junto al perímetro de la empresa, la dimensión del centro de trabajo.

Al contrario de la mayoría de los países europeos, el ordenamiento jurídico nacional contiene un precepto clasificatorio propio (art. 100 del CT) a efectos específicamente laborales⁵, lo que permite operacionalizar el aspecto de la dimensión de la empresa, logrando alguna uniformidad de tratamiento, aunque se revele igualmente fuente de desventajas.

3. En el ámbito de las relaciones individuales de trabajo, el marco legislativo relativo a la dimensión de la empresa consustancia la idea de que el aumento de la flexibilidad laboral atribuida al empleador debe ser inversamente proporcional a la dimensión de la empresa, circunstancia que puede comprobarse en materia de contratación y condiciones de trabajo, de vicisitudes contractuales y, particularmente, a propósito de la extinción del contrato. Esto significa que el volumen de empleo va a ser tenido en consideración para condicionar los poderes del empleador, a medida que aumenta la dimensión de la empresa, a través de un mayor número de exigencias sustantivas, procedimentales y de control. La función inherente al factor de la dimensión laboral de la empresa que aquí más se destaca tiene, por tanto, cariz económico-financiero articulado con la agilización de la vertiente de la gestión, sin perjuicio de la confluencia de otras finalidades en algunas instituciones específicas (v.g., cuotas de empleo reservado).

A este efecto de la flexibilización de las relaciones individuales de trabajo contribuyen también factores no expresamente dimensionales, pero que carecen de atención especial, pues varían considerablemente según la dimensión de la empresa: la libertad empresarial aumenta en las empresas de micro y pequeña dimensión no sólo por causa del menor intervencionismo del legislador, sino también por el hecho de que no existan estructuras de representación colectiva de los trabajadores, cuya información y consulta sería necesaria en variadas hipótesis de modificación o extinción de las relaciones laborales, a lo que contribuye el acentuado recurso, por parte de las PYMES, al llamado trabajo «atípico».

4. Con todo, es en el ámbito del Derecho colectivo del Trabajo en el que la dimensión de la empresa o del centro de trabajo asume mayor relevancia jurídica expresa, en particular en lo que se refiere al régimen aplicable a las estructuras de representación colectiva de los trabajadores, siendo cierto que las finalidades legislativas subyacentes también varían.

⁵ De acuerdo con el art. 100 del CT, se considera microempresa la que emplea menos de 10 trabajadores, mientras que la pequeña empresa ocupa entre 10 y 49 trabajadores (inclusive). Luego la mediana empresa emplea de 49 hasta el máximo de 249 trabajadores, y la gran empresa ocupa 250 o más prestadores de trabajo.

Al revés de lo que sucede en el contexto de las relaciones individuales de trabajo, se trata aquí, en primer lugar, de adecuar los mecanismos de representación colectiva al número de trabajadores representados, con base en una función jurídica de adaptación representativa.

El problema «clásico» en esta materia, común a los diversos países europeos, se reconduce a la estructural subrepresentación colectiva de los trabajadores en las PYMES —circunstancia que no se debe, en Portugal, a la imposición de límites ocupacionales mínimos, sino a otros factores previos de carácter sobre todo sociológico⁶—, realidad susceptible de corroer la eficacia del Derecho laboral. Especialmente, si asociamos este hecho al papel desempeñado por los órganos representativos en el control y en el cumplimiento de la legislación laboral en el seno de las empresas y a la estrecha ligazón existente entre ellos y la intervención de la Autoridad para las Condiciones de Trabajo⁷, poco actuante en las empresas menores. La dimensión empresarial surge, entonces, como criterio decisivo en la aplicación eficaz del Derecho del Trabajo.

Al mismo tiempo, son las empresas de menor dimensión las que más necesitan adaptar los regímenes legales o convencionales (sectoriales) a su realidad específica, circunstancia que exige el desarrollo de procesos negociales colectivos que son obstaculizados por la ausencia de interlocutores a dicho efecto. Este efecto se revela particularmente perjudicial, en la medida en que muchos de los asuntos determinantes para las PYMES (v.g., modulación del tiempo de trabajo, pago de trabajo extraordinario) son susceptibles de variación, en cualquier sentido, a través de los convenios colectivos de trabajo o porque la ley se refiere a ello expresamente, o en virtud del art. 3 del CT⁸.

Sin embargo la negociación individual podría llevar a una imposición abusiva de condiciones de trabajo por parte del empleador, cuya proximidad a los prestadores de trabajo aumenta, como regla, con la reducción de la dimensión de la empresa, motivo por el cual no es un medio idóneo para la adaptación del régimen laboral a la realidad específica de las PYMES, aunque sea el mecanismo que el legislador portugués va a seguir en la anunciada reforma de la leyes laborales a realizarse en 2012.

⁶ V.g., bajas tasas de sindicalización, estructura de la mano de obra característica de las PYMES, «ideología familiar» del empleador, el debilitamiento de la propia percepción de los intereses comunes y de las relaciones de solidaridad, la elevada tasa de *turnover* del personal, la actitud tradicional de las organizaciones sindicales europeas orientadas a las medias/grandes empresas, la existencia de mecanismos de extensión de la negociación colectiva.

⁷ Se corresponde con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁸ La norma vertida en el actual art. 3 del CT operó una transformación de las fuentes del Derecho del Trabajo, al atribuir a los preceptos legales, como regla, una naturaleza supletoria respecto a los convenios colectivos de trabajo, que pueden así apartar la ley en sentido menos favorable a los trabajadores, salvo cuando de la ley resulte lo contrario.

5. Del análisis de las diversas instituciones laborales en que la dimensión asume un papel directo, se comprueba que la intervención legislativa laboral asienta un estereotipo de PYME, visión que se encuentra, muchas veces, alejada de la realidad, por causa de la significativa heterogeneidad de estas organizaciones, agravada por el sector de actividad a que pertenecen y por su respectiva localización territorial.

El perfil homogéneo que el legislador atribuye a las PYMES se encuentra, desde luego, expreso en los respectivos criterios clasificatorios que no reflejan su heterogeneidad, ignorando su capacidad económica o incluso su surgimiento a partir de fenómenos de descentralización productiva.

La opción por el recurso exclusivo al criterio del número de trabajadores se configura como de bondad discutible, por no permitir una adecuación cabal de los regímenes jurídicos a las diversas finalidades legislativas que subyacen en la diversificación de la dimensión, señaladamente los objetivos de carácter económico. En efecto, un solo criterio no es suficiente para explicar y fundamentar todas las finalidades atribuidas a las normas laborales que atienden a la dimensión de la empresa, razón por la cual la aproximación legislativa debería ser *multicriterio y multifuncional*⁹.

Por otro lado, si es cierto que esta preferencia legislativa puede estar justificada por las inequívocas ventajas de certeza y seguridad jurídica, este objetivo tampoco se alcanzó de forma plena. Las ventajas derivadas de la previsión legal de una definición cuantitativa se ponen en causa por la imperfecta labor legislativa que permitió no sólo el mantenimiento de clasificaciones diferentes en legislación laboral suelta, sino también en el propio seno del CT y de la respectiva legislación complementaria.

6. El marco de referencia para el cálculo del número de trabajadores es, como regla, la empresa. En principio, la opción por el perímetro más amplio de la empresa, en detrimento del centro de trabajo, parece que hay que aplaudirla por no estimular el recurso amplio a mecanismos de descentralización geográfica.

A pesar de esto, el elemento de referencia del cómputo del número de trabajadores debe también adecuarse a la finalidad de la institución que realiza la diversificación de la dimensión, lo que no siempre sucede cuando se atiende al ámbito de la empresa (v.g., oposición a la readmisión a consecuencia de un despido ilícito), pudiendo justificar una interpretación teleológica o correctiva.

7. La clasificación de la tipología empresarial, de acuerdo con el número de trabajadores, está falta de ser completada con criterios sobre la correspondiente

⁹ La expresión es de SALVADOR DEL REY GUANTER, *La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1995), p. 20.

determinación, una vez que de estos depende el efecto jurídico resultante de la fijación de tales límites ocupacionales.

A pesar de esto, el legislador nacional abdicó de responder a algunas de las cuestiones fundamentales en este terreno, por lo que compete al intérprete la clarificación de algunos elementos indisociables del criterio ocupacional, a comenzar por la determinación del colectivo de trabajadores abarcado por el cómputo.

La circunstancia de que el legislador nacional no haya procedido a ninguna adjetivación del término «trabajadores» obliga, como regla, a defender, *de iure condito*, la inclusión en el respectivo cómputo de todos los titulares de contrato de trabajo subordinado, unitariamente considerados, independientemente de la naturaleza del vínculo contractual que los liga al empleador, salvo disposición legal con contenido diverso. Así, el cómputo del volumen de empleo debe abarcar trabajadores subordinados con una relación de trabajo común o especial, de cualquier modalidad, a tiempo completo o parcial, e independientemente de su duración, por tiempo determinado o a término, incluyendo asimismo los trabajadores en período de prueba, empleados directivos, aquellos cuyo contrato se encuentra suspenso, los que fueron despedidos ilícitamente y que impugnaron dicho despido, y los teletrabajadores.

Si es cierto que al no distinguir categorías de trabajadores, el legislador evita la complicación del cálculo de los efectivos, dicha simplificación puede hacerse a costa de soluciones más justas y equilibradas, como el cómputo de los trabajadores a tiempo parcial *pro rata temporis*, cuando la finalidad normativa asume un cariz económico y no jurídico, toda vez que su cómputo unitario puede perjudicar a las empresas que recurren con mayor frecuencia a esta modalidad de contratación por motivos relacionados con su respectiva actividad.

En los casos en que un trabajador es contratado, temporalmente, para sustituir a otro que se encuentra ausente o cuyo contrato se encuentra suspenso, es posible, por vía interpretativa, excluir el trabajador sustituto del cómputo, pues de otra forma se sobredimensiona la pequeña empresa por motivos a los que el empleador permanece ajeno y que pueden prolongarse durante dilatados períodos de tiempo. Además de que la irracionalidad de la solución podría incluso poner en causa el principio, constitucionalmente tutelado, de la igualdad. Con todo, sería deseable una respuesta legislativa expresa que obviase las dudas que dividen a la doctrina nacional.

La inclusión de los trabajadores temporales en el cálculo del volumen de empleo del usuario, a efectos de aplicación de las normas laborales que se refieren

a la dimensión ocupacional, se encuentra ya expresamente prevista en el art. 189 del CT¹⁰.

8. Por lo que respecta al momento relevante para la determinación del volumen de empleo, el legislador portugués ha adoptado un criterio dinámico de evaluación de la dimensión empresarial en función del número de trabajadores, visto que en el cálculo se atiende a la media del año civil antecedente.

Esta solución aparenta sensatez, pues sólo la consideración del volumen de empleo durante un período relativamente amplio de tiempo puede traducir la verdadera dimensión de la empresa en términos ocupacionales, atendiendo a las fluctuaciones coyunturales del volumen de contratación. Se evita, también, que el empleador pueda escoger hábilmente el mejor momento para aprovecharse de un determinado régimen, atenuándose el «perfil discriminatorio connatural al criterio numérico-ocupacional»¹¹, aunque la formulación legal no esclarezca todas las dudas.

Más cuestionable es la bondad de la solución legislativa perfilada en cuanto al momento del cálculo en el año de inicio de la actividad. En esta hipótesis, el número de trabajadores relevante será estimado atendiendo «al día de ocurrencia del hecho que determina el régimen respectivo», formulación que suscita innumerables dudas, además de resultar sensible a manipulaciones por parte del empleador. Sería por tanto deseable la alteración de esta regla, en el sentido de adoptar un régimen que tuviese en cuenta la media del volumen de empleo del año ya transcurrido.

¹⁰ De hecho, no se vislumbran motivos que impidan un doble cómputo de estos trabajadores en la empresa de trabajo temporal y en el usuario, vista la concreta configuración de los negocios jurídicos implicados, aunque pueda cuestionarse ahora la ausencia de previsión legal similar para las hipótesis de cesión ocasional de trabajadores.

¹¹ En estos términos, MICHEL DESPAX, «L'application de la législation du travail en fonction des effectifs», en *Mélanges offerts à Paul Couzinet* (Toulouse, 1974), p. 232; MARCO BIAGI, *La dimensione dell'impresa nel diritto del lavoro*, Franco Angeli (Milán, 1978), p. 143; FITA ORTEGA, *La pequeña y mediana empresa en el ordenamiento jurídico laboral*, Tirant lo Blanch (Valencia, 1997), p. 95.