

# NOTAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRABAJO EN PORTUGAL\*

[NOTES ON THE LABOUR CASE-LAW IN PORTUGAL]

António Monteiro Fernandes

**Resumen:** El autor describe la evolución histórica de la jurisprudencia en el marco del Derecho portugués del Trabajo, y expone algunas de las principales tendencias en el ámbito de las metodologías y criterios de toma de decisiones, derivados de la actividad de los tribunales portugueses, incluido el Tribunal Constitucional, y relativos a la resolución de conflictos de trabajo.

*Abstract:* The author describes the historical evolution of case law in the framework of Portuguese Labour Law, and exposes some of the main trends in the field of decision-making methodologies and criteria arising from the activity of Portuguese courts, including the Constitutional Court, and related to labour disputes resolution.

**Palabras clave:** Tribunales – Sentencias – Leyes del trabajo – Valor de la jurisprudencia.

*Keywords:* Courts – Decisions – Labour Laws – Worth of case-Law.

\* \* \*

\* Traducción al castellano, desde el portugués original («Notas sobre a jurisprudência do trabalho em Portugal»), de Jesús Martínez Girón.

1. La jurisprudencia del trabajo portuguesa<sup>1</sup> —como, por lo demás, el sistema de normas que constituye su específico campo de actuación— se caracteriza por una trayectoria poco vulgar en el panorama europeo.

En Portugal, como en otros países del Continente, se vivió, como es bien sabido, un período —particularmente largo en los Estados ibéricos— de vigencia de regímenes autoritarios, políticamente conservadores, contrarios al reconocimiento de la libertad sindical y de la autonomía colectiva, así como a los medios de autotutela colectiva laboral, y, en general, hostiles a la idea de contraposición de intereses entre capital y trabajo.

Aunque la constatación de la desigualdad contractual que es inherente a las relaciones de trabajo subordinado —hecho innegable, en sí mismo, y particularmente saliente en sociedades poco desarrolladas— no podía ser negada, incluso en esos contextos ideológicos. Esa constatación no constituía, sin embargo, factor de perturbación de la consistencia interna de los soportes ideológicos y de la fisonomía estructural de esos regímenes políticos. En lo que se refiere al Derecho del Trabajo, el ideario común apuntaba en el sentido de la asunción, por el Estado, de la competencia para definir y garantizar —a través de las leyes y de los aparatos administrativos laborales— medios de protección de los trabajadores a nivel individual, o que permitía considerar «dispensables» las libertades y derechos colectivos inherentes a la autonomía y a la autotutela de los grupos profesionales organizados. Sobre éstos recaía la represión y/o el control estrecho de los poderes públicos, empeñados en la prevalencia del «interés general» sobre los particulares «intereses colectivos».

Existían, pues, en el marco de esos regímenes políticos —en algunos casos, con gran desarrollo y sofisticación técnica—, legislaciones del trabajo, órganos especializados de justicia laboral y estructuras más o menos importantes de administración e inspección del mercado de trabajo.

En Portugal, desde el llamado «Estatuto del Trabajo Nacional» de 1933 —una ley cuasi-constitucional que procuraba establecer las bases de la organización social y económica del régimen corporativo—, se desarrolló todo un sistema orgánico de normas sobre las relaciones de trabajo, con relieve especial de la Ley nº 1952, de 10/3/37, que fue la primera ley del contrato de trabajo publicada en el país. Surgieron también tribunales del trabajo, al margen de la organización judicial común, integrados en la estructura orgánica del entonces llamado Ministerio de las Corporaciones y de la Previsión Social<sup>2</sup>, donde permanecieron hasta la época de la abolición del régimen corporativo.

No obstante —y aquí se encontraba la singularidad arriba referida—, el Derecho del Trabajo no figuró, hasta 1976, en los planes de estudios de las licenciaturas en Derecho,

<sup>1</sup> Todas las decisiones judiciales citadas a lo largo de estas notas son accesibles en [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). La identificación de los procesos a que se refieren facilita la búsqueda rápida.

<sup>2</sup> Este encuadramiento orgánico no deja de ser sugerente en relación con el pensamiento subyacente a la estructuración del «Estado corporativo», tal y como fue concebido a partir de 1933. Los órganos de la justicia del trabajo —y las correspondientes magistraturas— estaban, como se repetirá adelante, sustraídos a la organización judicial común y a la tutela del Ministerio de Justicia. Era concebida no sólo como una jurisdicción especializada (en razón a la peculiar naturaleza del ordenamiento al que le competía dar eficacia), sino como una «jurisdicción especial», separada del aparato judicial y anexa a la organización corporativa, en relación con la cual se esperaba, ciertamente, que desempeñase un papel de consolidación y de salvaguarda de la ortodoxia del sistema. Debe decirse, no obstante, que la magistratura del trabajo, a lo largo de todo ese período, sujetó su actuación a los más estrictos y ordinarios moldes de la administración de la justicia y de la aplicación de la ley.

lo que significa que no fue contemplado en la formación básica de los operadores jurídicos. Había leyes, había abogados y jueces empeñados en su interpretación y aplicación, pero ninguno de ellos disponía de preparación académica sobre la materia.

Esta situación contrastaba fuertemente con la de los restantes países europeos en los que habían ocurrido episodios, más o menos largos, de prevalencia de concepciones corporativas o, de algún modo, dirigidas al estrecho control político de los fenómenos laborales. En Alemania, en Italia, en Francia, en España —por citar sólo algunos ejemplos—, se formaron o se mantuvieron, en esos períodos, con dificultades mayores o menores, robustas escuelas iuslaboralistas, naturalmente recorridas por divisiones ideológicas profundas, pero productoras de literatura abundante, y las universidades nunca dejaron de incluir en sus programas de enseñanza el Derecho del Trabajo. En Portugal, hasta el cambio de régimen, e incluso un poco después de él, figuraba sólo en el plan general de estudios jurídicos la disciplina del «Derecho Corporativo» en que, naturalmente, la legislación del trabajo no era tratada, sino (cuando lo era) apurada y superficialmente.

**2.** Dicha situación no es, simplemente, explicable por la prevalencia de una visión «civilista» de las relaciones de trabajo. Por el contrario, la especificidad de esos fenómenos y la necesidad de cubrirlos con estructuras normativas propias, asentadas en una dogmática diversa de la de los contratos en general, estaba reconocida y asentada desde pronto. Pero, sin perjuicio de la especificidad, parece indiscutible que la ausencia del Derecho del Trabajo en los planes de preparación básica de juristas derivaba de una idea de desvalorización o secundarización de la materia.

En el fondo, afortunadamente —es una simple hipótesis interpretativa—, la legislación laboral era tenida como inteligible, en su innegable peculiaridad, a partir de los marcos conceptuales y principiológicos civilistas: de algún modo, quien dispusiese de sólida preparación en este terreno estaría, supuestamente, en condiciones óptimas para realizar las operaciones hermenéuticas necesarias para la comprensión y aplicación correcta de esta rama menor del Derecho. Al mismo tiempo, al menos como efecto colateral, se prescindía de cubrir espacios en la enseñanza universitaria con materias particularmente expuestas al abordaje ideológico y, por esa vía, al debate político sobre el modelo social y económico que se pretendía imponer<sup>3</sup>.

**3.** Así, hasta mediados de la década de los setenta del siglo pasado, se producía, en Portugal, una situación singular: existía una desarrollada legislación del trabajo, proliferaba la negociación colectiva —naturalmente, dentro de los límites consentidos por el estricto control político de las formas de organización y acción colectiva laborales—, se disponía de una jurisdicción especializada para interpretar y aplicar todo ese acervo

<sup>3</sup> La primera de estas razones —la de la suficiencia de la formación civilista básica para el acceso fácil al Derecho del Trabajo— parece continuar mereciendo aceptación, tres décadas después de la caída del régimen corporativo. La disciplina, enseñada hoy en todas las facultades de Derecho y también en escuelas superiores de Economía y Gestión, continúa teniendo un estatuto de menor edad y casi de superflua, sometida a estrechos espacios en los planes de estudios y en los horarios de clases. A pesar de contarse hoy con un número significativo de profesores habilitados y con una abundante doctrina iuslaboralista cualificada, y no obstante el peso relativo que los litigios de trabajo han asumido, la Universidad portuguesa mantiene su «desconfianza» ante la materia, continúa discutiendo su autonomía científica y dogmática y a reservarle escasa relevancia en los planes de estudios. De ahí, también, la demanda que los cursos de postgrado sobre la disciplina siempre tuvieron en Portugal.

normativo —pero no se encontraba, en los planes de estudios de las licenciaturas en Derecho, una disciplina de Derecho del Trabajo<sup>4</sup>.

No por eso dejaba de ser estudiada e incluso científicamente explorada esa materia, esencialmente con base en la literatura extranjera —sobre todo española, italiana y, en menor medida, francesa. En estos filones doctrinales se alimentaban los jueces que, no raramente, ellos mismos, firmaban estudios publicados en las revistas jurídicas de la época. A partir de los años sesenta, al aparecer la revista *Estudos Sociais e Corporativos*, se desarrolló, siempre al margen de la Universidad<sup>5</sup>, un importante esfuerzo de teorización, tanto sobre los textos legales existentes como en términos prospectivos, sin que fuesen siempre visibles marcas de conformidad con la ortodoxia del régimen.

Uno de los productos de este esfuerzo<sup>6</sup> fue la ley del Contrato de Trabajo publicada, en primera versión, en 1966, y estabilizada en 1969<sup>7</sup>. De la calidad técnica y de la adecuación socioeconómica de esa ley ofrece la mejor prueba el hecho de haberse fortalecido, en gran parte<sup>8</sup>, durante décadas, mucho más allá de la abolición del régimen corporativo<sup>9</sup>. Llegó, además, a marcar una fase en la evolución del régimen corporativo caracterizada por el intento de modernización de los marcos legales e institucionales del país, en un contexto de casi pleno empleo, de crecida apertura económica al exterior y de tercerización de las actividades productivas. Esa fase coincidió también con la sustitución de Salazar por Marcello Caetano en la jefatura del gobierno y en el liderazgo del régimen, con el intento (malogrado) de liberalización política gradual y el esbozo de intento de soluciones políticas para la guerra colonial.

La referida ley sobre el contrato de trabajo fue seguida de otra, sobre la negociación colectiva<sup>10</sup>, en que se intentaba equilibrar un sistema marcado por la prohibición —y criminalización— de las formas de lucha laboral (huelga y «lock-out») a través de la consagración de mecanismos de conciliación y arbitraje voluntario que, en principio, deberían garantizar un resultado para los movimientos reivindicativos. Esa ley tuvo resultados sorprendentes: se registraron, en los años siguientes, un considerable aumento de la dinámica de la negociación colectiva (siempre sujeta a homologación gubernamental), un acentuado refuerzo de las actividades sindicales en general, con la entrada en escena de nuevos militantes, oriundos de sectores de oposición al régimen,

<sup>4</sup> El Derecho del Trabajo figuraba, con todo, en los planes de cursos de postgrado, en las Facultades de Derecho, aunque en lugar claramente secundario y, a veces, optativo. Por otro lado, a partir de finales de la década de los sesenta, las escuelas de economía y gestión comenzaron a interesarse por la posible instrumentalidad de la materia en sus cursos. La primera disciplina de Derecho del Trabajo en un programa de licenciatura surgió en 1969, en el Instituto Superior de Economía de Lisboa —varios años antes del cambio político que abriría espacio a la inclusión de la materia en los planes de estudios de las licenciaturas en Derecho.

<sup>5</sup> En el marco de un Centro de Estudios Sociales y Corporativos, creado a la sombra del Ministerio de las Corporaciones —manifiestamente con el objetivo de propiciar la aparición de una «élite intelectual» del régimen—, y por donde pasaron diversos estudiosos que irían a tener papeles más o menos activos en el período de normalización post-revolucionario. Contra los designios fundacionales del Centro, los «estudios corporativos» nunca ocuparon más que una parte insignificante de las actividades; el dominio principal de investigación fue, indiscutiblemente, y sobre todo a partir de mediados de la década de los sesenta, el Derecho del Trabajo.

<sup>6</sup> En verdad, partes importantes del proyecto fueron resultantes de estudios realizados en ese mismo marco institucional —muchos de ellos publicados en la revista *Estudos Sociais e Corporativos*—, y todo el proceso legislativo tuvo la participación activa de elementos del Centro de Estudios.

<sup>7</sup> Por el *Decreto-ley 49 408*, de 24 de noviembre de 1969.

<sup>8</sup> Sólo en materias como la cesación del contrato de trabajo y los descansos —terrenos socialmente muy sensibles—, la contratación por tiempo determinado y la suspensión del contrato.

<sup>9</sup> De hecho, sólo con el Código del Trabajo de 2003 vino a quedar enteramente derogada.

<sup>10</sup> El *Decreto-ley 49212*, de 28 de agosto de 1969.

y una proliferación de procesos arbitrales que se tradujeron en soluciones a veces innovadoras y progresivas en relación con la rutina contractual anterior.

4. Durante todo el período corporativo, e incluso algún tiempo después de su abolición<sup>11</sup>, los *tribunales del trabajo* permanecieron bajo la tutela del Ministerio de las Corporaciones y Previsión Social, que comprendía también la administración del trabajo. En esa situación, las decisiones de los tribunales del trabajo podían ser objeto de recurso ante el Supremo Tribunal Administrativo, que, a tal efecto, disponía de una *Sección del contencioso del trabajo y previsión social*. Se suma el que los jueces de 1ª instancia no eran, como regla, magistrados de carrera, sino funcionarios oriundos de diversos departamentos, sobre todo de la administración del trabajo.

Toda vez que el Derecho del Trabajo, como se señaló, no formaba parte de los planes de estudios universitarios —más rigurosamente, de los planes de formación de jueces y abogados—, la actividad de esos tribunales era técnicamente sustentada por el auto-aprendizaje de los operadores jurídicos.

Algunos temas cruciales —como la caracterización jurídica y la diferenciación práctica del contrato de trabajo o como el desarrollo de la noción de justa causa de despido— fueron abordados, a lo largo de esas varias décadas, por una doctrina incipiente y por una jurisprudencia ampliamente constructiva, conduciendo a resultados que son, aún hoy, instrumentales para la interpretación y aplicación de la legislación laboral vigente.

No obstante, algunos otros problemas, como el del exacto papel del «principio del tratamiento más favorable para el trabajador» en la aplicación del Derecho del Trabajo, ofrecieron, a veces, oportunidades a equívocos teóricos, explicables por el escaso desarrollo doctrinal existente. Entre estos equívocos, puede mencionarse cierta tendencia a resolver insuficiencias probatorias o dudas interpretativas para la elección directa de las soluciones más favorables al trabajador, no siempre en armonía con los métodos recomendables de agotamiento de los hechos o de interpretación de las normas. En contrapartida, eran hipervaloradas la dimensión técnica y la exigencia de «confianza personal» como parámetros del comportamiento debido por los trabajadores, en conformidad con el concepto de la empresa como «comunidad de trabajo», que prevalecía con apoyo en la propia legislación básica sobre las relaciones de trabajo.

Globalmente, a pesar de todas las dificultades, es forzoso reconocer un papel positivo a la jurisprudencia del trabajo en ese período. El propio tránsito de la legislación más conservadora de los años treinta y cuarenta a la que surgió en la segunda mitad de la década de los sesenta —en el período de relativa apertura política que precedió al cambio de régimen— fue ampliamente facilitado y sustentado por el patrimonio de ideas que esos tribunales «extraordinarios» fueron acumulando a lo largo de los años.

5. Como es sabido, la revolución de 1974/75, a pesar de haber desencadenado una vasta e intensa movilización social, no provocó ninguna ruptura inmediata y global, ya en el sistema de normas del trabajo, ya en el terreno de las estructuras sindicales, ya en el de la organización de la justicia del trabajo<sup>12</sup>. En lo tocante a las relaciones

<sup>11</sup> Más precisamente, hasta que la *Ley n.º 82/77*, de 6 de diciembre, definiendo una nueva organización judicial, incorporó los tribunales del trabajo al ordenamiento judicial común, aunque con competencia especializada.

<sup>12</sup> Sobre el punto, puede verse, por ejemplo, nuestro *Direito do Trabalho*, 14ª ed., Coimbra, 2009, pp. 39 ss.

individuales de trabajo, el legislador post-revolucionario casi intervino sólo con base en la salvaguarda de la estabilidad del empleo y en la limitación de la libertad de decisión patronal en lo tocante a la ruptura de los contratos de trabajo. También fue necesario esperar hasta 1977, como ya observamos, para que se produjese la incorporación de los tribunales del trabajo al ordenamiento judicial común, bajo la tutela del Ministerio de Justicia y teniendo las mismas instancias de recurso que los tribunales comunes: las Audiencias Territoriales y el Supremo Tribunal de Justicia<sup>13</sup>.

Más tarde, también vino a desempeñar un papel relevante —teniendo en cuenta la importancia que asumen los temas laborales en la Constitución de 1976— el *Tribunal Constitucional*<sup>14</sup>.

En parte, esa intervención se debió también a la continuidad de la vigencia de la legislación anterior a 1974; pero fueron sobre todo los textos legales producidos a partir del cambio de régimen político que, en presencia de la Ley Fundamental democrática, tuvieron que someterse al control del tribunal, el cual se presentó así, de hecho, como un trámite adicional en los procesos legislativos. Todas las grandes actuaciones legislativas en materia laboral, sobre todo las que ocurrieron a partir de finales de los años ochenta, implicaron intervenciones de fondo del Tribunal Constitucional, en términos de *control preventivo de la constitucionalidad* de los textos<sup>15</sup>.

La bien conocida sensibilidad política de que se reviste cualquier intervención regulatoria en el dominio del Derecho Social, y muy particularmente en el Derecho del Trabajo, confirieron siempre a los procesos de control preventivo de la constitucionalidad de leyes aprobadas pero todavía no publicadas un particular dramatismo y fuerte repercusión social.

**6.** La composición del Tribunal, resultante, en gran parte, de negociaciones político-partidistas —toda vez que la gran mayoría de los jueces (diez) se elige mediante votación en la Asamblea de la República, y los restantes (tres) son designados por cooptación de los primeros—, contribuye a la idea generalizada de que las votaciones en materia de conformidad constitucional son reflejos directos de la relación de fuerzas existente, en cada momento —o, más precisamente, cuando se inicia el mandato de nueve años de los jueces—, en el hemicycle parlamentario<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Tanto en las Audiencias como en el Supremo, se crearon entonces *secciones sociales*, al lado de las secciones civiles y criminales.

<sup>14</sup> El Tribunal Constitucional es independiente y autónomo —no depende ni funciona al lado de ningún órgano; sus decisiones se imponen a cualquier otra autoridad. Tiene definidas su composición y su competencia directamente en la Constitución. Dispone de autonomía administrativa y financiera y de presupuesto propio, y define, él mismo, las cuestiones relativas a la delimitación de su competencia. Se compone de trece miembros (que no son jueces de carrera), siendo diez elegidos por la Asamblea de la República y los tres restantes cooptados por los jueces electos, todos con un mandato de nueve años, no prorrogable. Las bases constitucionales de este Tribunal se encuentran en los artículos 221-224 de la Constitución. En materia de organización, funcionamiento y proceso, rige la Ley 28/82, de 15 de noviembre, con diversas alteraciones posteriores. Sobre el tema, vid. J.M. CARDOSO DA COSTA, *A jurisdição constitucional em Portugal*, 3ª ed., Coimbra, 2007; y además, LUIS FERREIRA LEITE, *O Tribunal Constitucional e o sistema político*, Lisboa, 2007.

<sup>15</sup> Sobre ese punto de vista, merecen especial mención las *Sentencias TC 107/88* (*Diario de la República*, I Serie, nº 141, 21/6/88) —que precedió y condicionó fuertemente el tenor del régimen jurídico del despido publicado por el Decreto-Ley 64-A/89, de 27 de febrero—; *581/95* (*Diario de la República*, I serie-A, nº 18, de 22/1/96), relativa a ese mismo régimen jurídico; *306/2003* (*Diario de la República*, I serie-A, nº 164, de 18/7/2003), referente al Código del Trabajo de 2003; y *977/2008* (accesible en [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos)) acerca del Código de 2009.

<sup>16</sup> El tema está, por lo demás, estudiado (y la suposición confirmada) con base en el análisis de un gran número de decisiones: vd. SOFIA AMARAL GARCIA/NUNO GAROUPA/VERÓNICA GREMBI, *Judicial independence and party politics in the Kelsenian Constitutional Courts: the case of Portugal*, en <http://papers.ssrn.com>.

Tal convicción está confirmada, de algún modo, por el fenómeno frecuente de la división del Tribunal en dos alas correspondientes a sensibilidades ideológicas de «izquierda» y de «derecha». Un ejemplo, entre otros muchos, fue suministrado por la decisión<sup>17</sup>, relativamente reciente, acerca de la conformidad constitucional de una ley que agravó los requisitos de atribución de la llamada «renta social de inserción»<sup>18</sup>, anteriormente llamada «renta mínima garantizada». Se discutía ahí si, tratándose del desarrollo de una garantía constitucional<sup>19</sup>, debería decidirse con base en el principio de la *prohibición del retroceso social* o, por el contrario, a la luz de la *libertad de conformación* del legislador ordinario que, en función del principio de alternancia democrática, implicaría la reversibilidad de las opciones político-legislativas. La primera posición fue asumida por ocho jueces, y cinco votaron contra ella, con desarrolladas explicaciones de voto.

Situaciones idénticas se producen siempre que estuvieron en cuestión en el Tribunal Constitucional textos legales pertenecientes al terreno social y, más particularmente, al campo laboral. Así, por ejemplo, en relación con el tema más delicado y friccional que la legislación del trabajo portuguesa contempla —el de la concreción de la *prohibición constitucional del «despido sin justa causa»* y, por tanto, el de la delimitación del concepto operativo de «justa causa»— el Tribunal se pronunció, en momentos diversos y con diferentes composiciones, en sentidos divergentes<sup>20</sup>. Prevalece hoy, en la ley, no habiendo vuelto a ser contestada bajo el punto de vista de la conformidad constitucional<sup>21</sup>, la orientación más moderada según la cual *ciertos* motivos de naturaleza objetiva —y sólo ellos: la «extinción del puesto de trabajo» (artículos 367 ss. del Código del Trabajo) y la «inadaptación» sobrevenida del trabajador (artículos 373 ss.)— pueden constituir justa causa de despido individual.

No obstante, la referencia constitucional fundamental que es el artículo 53 —donde se afirma la «garantía» de la seguridad del empleo y la prohibición de los despidos sin justa causa— continúa siendo prioritariamente utilizada en la crítica a las reformas laborales. Ocurrió también así, muy recientemente, en el proceso relativo al control preventivo de la constitucionalidad del Código del Trabajo revisado<sup>22</sup>. El significado y la amplitud de esa garantía constitucional fueron retomados, en profundidad, por el Tribunal, esta vez a propósito de la ampliación del período de prueba en los contratos de trabajo de duración indeterminada<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> *Sentencia TC 509/2002* – Proc. 768/2002, en el *Diario de la República*, I Serie-A, nº 36, de 12/2/2003, pp. 905 ss.

<sup>18</sup> En el propio texto de la decisión se define como «prestaciones que, fuera del *subsistema aseguratorio* de naturaleza contributiva, aseguren un *mínimo de subsistencia* (...) a aquéllos que, encontrándose transitoriamente en situación de ausencia o insuficiencia de recursos económicos para la satisfacción de sus necesidades mínimas, precisan de apoyo para promover su progresiva inserción social y profesional».

<sup>19</sup> Establecida en el artículo 63/3 de la Constitución.

<sup>20</sup> El problema central deriva del hecho de haber restringido la legislación post-revolucionaria el despido individual a las situaciones de falta culpable del trabajador (infracción disciplinaria grave), excluyendo razones objetivas ligadas a la empresa o a la propia aptitud del trabajador. En 1988, un proyecto legislativo que pretendía abarcar estas últimas fue considerado inconstitucional (*Sentencia 107/88*, Proc. 220/88, en el *Diario de la República*, I serie, nº 141, de 21/6/88, p. 2516 ss.). La decisión, en la que participaron diez jueces, tuvo explicaciones de voto de todos ellos, y cinco votos particulares, algunos parciales. Años más tarde, la inclusión de motivos objetivos en la justa causa era considerada compatible con la Constitución (*Sentencia 581/95*, Procs. 407/88 y 134/89, en el *Diario de la República*, I serie-A, nº 18, de 22(1/96, p. 96 ss.). Participaron once jueces, votando siete a favor y cuatro en contra, presentando éstos copiosas explicaciones de voto.

<sup>21</sup> Por el contrario: el Tribunal ya había declarado, en otra decisión: «La cesación del contrato de trabajo por causas objetivas (...) no ofende la garantía constitucional de la seguridad del empleo» - *Sentencia 581/95*.

<sup>22</sup> Y que vino a ser publicado como *Ley 7/2009*, de 12 de febrero.

<sup>23</sup> *Sentencia 632/2008*, de 23/12/08, en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080632.html>. Señálese que esta decisión, en el sentido de la inconstitucionalidad de la norma respectiva, fue tomada por unanimidad de los trece miembros del Tribunal.

7. Las decisiones (*acordãos*<sup>24</sup>) del Tribunal Constitucional reflejan la preocupación de fundamentar, normalmente con reseñable profundidad analítica, las orientaciones que logran vencer. Se trata, no raramente, de piezas extensas, eruditas, redactadas con algún preciosismo formal, y a veces, hasta de una geometría intrincada que dificulta la lectura.

La circunstancia de haber oscilado, en puntos cruciales, las directrices decisorias, de modo sensible, al calor de la composición del Tribunal, lleva a que la hipótesis de invocación de precedentes jurisprudenciales se revista de grandes dificultades constructivas y expositivas. Pero no deja de ser intentada. La verdad es que se trata de hacer valer, en cada momento, una comprensión del programa constitucional que tenga por sí misma un mínimo de consistencia y «fiabilidad», en el sentido de la previsibilidad que los mandatos jurídicos, y especialmente los constitucionales, deben también ofrecer. La acción del Tribunal Constitucional está muy marcada, a pesar de todo, por la preocupación de realizar ese tipo de «prestación» en vista del interés general.

8. Entre tanto, la posición del Tribunal Constitucional en el marco de la jurisprudencia del trabajo no se limita a las intervenciones relativas a la fiscalización «abstracta» de la constitucionalidad de las leyes. El Tribunal es muy frecuentemente llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de normas legales, a propósito de concretos litigios individuales.

Los *recursos de inconstitucionalidad* están, por lo demás, constitucionalmente previstos (artículo 280 de la Constitución). Pueden referirse tanto a decisiones de los tribunales que consideren inconstitucional una norma y, por eso, le nieguen su aplicación, como a decisiones que apliquen «norma cuya constitucionalidad haya sido suscitada durante el proceso» (artículo 280/1)<sup>25</sup>.

Así, aunque el Tribunal Constitucional sólo sea llamado a pronunciarse sobre la conformidad constitucional de la norma discutida, su decisión acabará por condicionar, a veces de modo absoluto, el sentido de la resolución del litigio concreto. El recurso ante el Tribunal Constitucional acaba, frecuentemente, por funcionar como una cuarta instancia en ese tipo de procesos, lo que explica la abundancia de sentencias producidas sobre casos concretos<sup>26</sup>.

La circunstancia de contener la ley fundamental un número importante de normas marco, ya de derecho individual ya del régimen de las relaciones colectivas del trabajo, más allá de las que específicamente consagran derechos fundamentales que se vuelven vulnerables en el ambiente de las relaciones de trabajo, explica la frecuencia con que

<sup>24</sup> La denominación «acordão» se aplica exclusivamente a las sentencias de los tribunales colectivos, esto es, constituidos por varios jueces. Las decisiones se toman entonces por consenso o mayoría, implicando siempre la concordancia (o acuerdo) de varios miembros del tribunal. En la antigua tradición judicial portuguesa, los textos de esas decisiones comenzaban con la palabra «acuerdan» (los jueces del tribunal); era por esta primera palabra (luego modificada) que se designaban tales sentencias. Se llaman *acordãos*, entre otras, las decisiones del Tribunal Constitucional, del Supremo Tribunal de Justicia y de las Audiencias Territoriales.

<sup>25</sup> La decisión que el TC venga a adoptar tendrá *eficacia restringida al caso concreto*, esto es, contribuirá a la conformación del apoyo legal de la decisión que venga a recaer sobre él. Si la norma fuese considerada inconstitucional por el TC, en ese marco, su vigencia no resultará afectada; sólo en sede de fiscalización abstracta se obtiene un resultado con eficacia *erga omnes*.

<sup>26</sup> Sólo un título de muestra: de las primeras 20 sentencias emitidas en 2010, sólo *una* se refería a la fiscalización abstracta de la constitucionalidad; las restantes 19 se referían a litigios concretos.



el Tribunal Constitucional es requerido a pronunciarse sobre los apoyos normativos de decisiones relativas a litigios laborales concretos<sup>27</sup>.

**9.** Ahora mismo, por otro lado, se produce muy raramente el *reenvío prejudicial* ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>28</sup>.

Varias razones pueden apuntarse para esa situación. Aunque el Derecho Comunitario sea estudiado en la licenciatura en Derecho y en los cursos de preparación de magistrados<sup>29</sup>, la verdad es que el conocimiento de la materia por parte de los jueces parece ser bastante limitado. La jurisprudencia del Tribunal Europeo, aunque sin asumir ningún carácter de precedente vinculante, ofrece un manantial de sugerencias conceptuales e interpretativas que, dada la forzosa interconexión de los tribunales nacionales y de la función judicial comunitaria, serían susceptibles de invocación o, por lo menos, de utilización en los ratiocinios decisorios a nivel interno. Esto sólo excepcionalmente ocurre.

También la circunstancia de estar contemplado el Derecho del Trabajo, en el plano del derecho derivado, prácticamente, sólo por *directivas* —cuya atendibilidad en el ordenamiento interno depende, en la generalidad de los casos, de la transposición en leyes nacionales— ayuda a explicar el modesto interés de los magistrados por las referencias europeas.

Es preciso tener en cuenta, también, que el sistema de justicia portugués se haya bajo gran presión social y política en el sentido del aumento de la celeridad de los procesos, principalmente en el terreno socio-laboral. La forzosa suspensión de la instancia en la jurisdicción nacional, hasta que el Tribunal de Justicia decida sobre la cuestión prejudicial, representa un incremento de demora tenido por indeseable.

Por lo demás, el recurso al reenvío prejudicial, en las escasas oportunidades en que ha ocurrido, se enmarca, principalmente, en los dominios del derecho administrativo y fiscal. Sólo muy raramente se refiere a problemas de derecho privado.

**10.** La fisonomía propia de la jurisprudencia laboral portuguesa se relaciona también con la inexistencia de precedentes decisorios vinculantes<sup>30</sup>. En la jerarquía de los

<sup>27</sup> Puede verse, entre otras muchas, como sugestiva ilustración de lo que se afirma en el texto, la *Sentencia 555/2007*, Proc. 395/2007, en el *Diario de la República*, 2ª serie, nº 13, de 18/1/08. Se discutía ahí si una norma que imponía la inclusión de ciertos datos relativos a los trabajadores en el «plano del cuadro de personal» ofendía el derecho a la reserva de la intimidad de la vida privada, constitucionalmente consagrado (artículo 26 de la Constitución). La cuestión se planteaba porque una entidad empleadora había sido blanco de sanción administrativa (aplicada por la Inspección de Trabajo) por el hecho de omitir esos datos en los referidos planos, de fijación obligatoria en la empresa. La entidad empleadora impugnó judicialmente la aplicación de la sanción, y el tribunal le dio la razón. El Ministerio Público recurrió (lo que, además, estaba legalmente obligado a hacer) ante el Tribunal Constitucional. Éste decidió que la norma legal discutida no era inconstitucional, por lo que el tribunal *a quo* debería revisar su decisión sobre la sanción administrativa contestada.

<sup>28</sup> Vd., en general, NUNO PIÇARRA/FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *A europeização dos tribunais portugueses*, working paper del Instituto Portugués de Relaciones Internacionales, 2006, en [www.ipri.pt/publicacoes](http://www.ipri.pt/publicacoes).

<sup>29</sup> Llevados a cabo en el Centro de Estudios Judiciales.

<sup>30</sup> Vale la pena aludir a que existieron, durante mucho tiempo, en el ordenamiento jurídico portugués, decisiones judiciales dotadas de fuerza obligatoria general y, por consiguiente, vinculantes para los órganos jurisdiccionales. Se trata de los *assentos* emitidos por el llamado Tribunal Pleno, esto es, por el plenario (totalidad de los jueces) del Supremo Tribunal de Justicia, para resolver contradicciones entre sentencias del mismo Tribunal. El antiguo artículo 2º del *Código Civil* (derogado en 1995, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional) confería expresamente a los *assentos* «fuerza obligatoria general». En una posterior revisión de la ley procesal, se acogió la posibilidad de uniformización de la jurisprudencia (por sentencia del STJ), pero sin carácter vinculante.

tribunales, ninguna decisión de una instancia superior se impone a futuras decisiones de una instancia inferior.

La *uniformización de la jurisprudencia* mediante sentencias con valor especial, admitida en general por el Código del Proceso Civil, se extiende, naturalmente, al contencioso del trabajo; no obstante, es claro que la uniformización, destinada a clarificar orientaciones prevalentes a partir de decisiones contradictorias, no asume carácter vinculante, esto es, fuerza obligatoria general. Cosa diferente se dirá a propósito de las sentencias del Supremo relativas a procesos de *anulación o interpretación de cláusulas de convenios colectivos*<sup>31</sup>: el contenido de tales decisiones (por lo demás, bastante raras) se reviste de fuerza vinculante en el ámbito de aplicación de las cláusulas analizadas.

Más allá de este dominio, las decisiones de cualquiera de las instancias carecen de carácter vinculante para otros tribunales; no obstante, es indiscutible que los precedentes decisorios, principalmente los que resultan de la actividad continuada del Supremo Tribunal de Justicia, ejercen una influencia significativa en las orientaciones adoptadas en cualquiera de las instancias jurisdiccionales<sup>32</sup>.

La repetición de soluciones en procesos sucesivos sobre casos semejantes —a veces no tan semejantes como puedan parecer— conduce a una cierta «inercia» judicial, o sea, a una posición esencialmente conservadora, poco constructiva, por parte de los tribunales. En verdad, las construcciones jurídicas de origen propiamente judicial son escasas<sup>33</sup>, lo que ayuda a explicar el hecho de que las orientaciones jurisprudenciales sean utilizadas sobre todo como apoyos argumentales, y no como fuentes doctrinales.

**11.** Como contrapartida, es muy frecuente, en cualquiera de las instancias, el apoyo de decisiones en la doctrina científica: las citas de literatura jurídica tenida por más autorizada abundan en los textos de las decisiones, y muy particularmente en las del Supremo<sup>34</sup>. Esta constatación no revestiría particular relevancia si no hubiese casos relativamente frecuentes en que posiciones doctrinales, suscritas por autores más influyentes, se incorporan al silogismo decisorio como si pudiesen constituir legítimamente elementos de sus premisas. Debe, sin embargo, atemperarse la percepción negativa que estos casos suscitan: de un modo general, las citas son meramente confirmatorias o reiterativas de adquisiciones teóricas más o menos vulgarizadas, adquiriendo, de esa manera, mero valor ornamental.

<sup>31</sup> Artículos 183 a 186 del *Código del Proceso del Trabajo*, aprobado por el *Decreto-ley 480/99*, de 9 de noviembre, alterado por los *Decretos-ley 323/2002*, de 17 de diciembre, *38/2003*, de 8 de marzo, y *295/2009*, de 13 de octubre.

<sup>32</sup> Esclarecedora, a este respecto, aunque referida a la jurisdicción criminal, es la *Sent. STJ 05/112009* – P. 418/07. 8PSBCL-A.SI, en la que en cierto sitio se lee: «I – La ley indica con suficiente claridad que las Sentencias para la fijación de jurisprudencia tienen un peso propio, que se les da por el hecho de provenir del Pleno de las Secciones Criminales del Supremo Tribunal de Justicia. Hay que concederles, pues, el beneficio, por no decir la presunción, de que fueron elaboradas tras ponderación exhaustiva, frente a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia existentes sobre el asunto. II – De este modo, aunque los tribunales sean libres de seguir la jurisprudencia que juzgan más adecuada, ya que el STJ no “hace ley”, parece estulto tomar un camino distinto del acogido por el Pleno del STJ, a no ser que se invoquen argumentos nuevos, no considerados en la decisión que fija la jurisprudencia, o que, considerando la legislación en su conjunto, la jurisprudencia fijada se muestre rebasada ya».

<sup>33</sup> Y algunas de ellas, altamente contestables, como la concepción del contrato de trabajo con base en la acumulación de subordinación jurídica y dependencia económica, tardaron varias décadas en ser abandonadas.

<sup>34</sup> Esta circunstancia es más fácilmente explicable en lo que se refiere a las instancias inferiores: la evaluación periódica del mérito de los magistrados está influida, de hecho, por el tamaño y la densidad teórica de las decisiones, lo que empuja a los jueces a una erudición a veces superflua.

En todo caso, puede decirse que, especialmente (pero no sólo) en el campo del Derecho del Trabajo, existe una «relación conmutativa» entre la jurisprudencia y la doctrina, o entre los tribunales y las universidades. Las corrientes decisorias que se van formando, particularmente en relación con problemas de interpretación de la ley, son objeto de profunda consideración por la doctrina: los autores adoptan posiciones de aceptación u oposición ante esas tendencias jurisprudenciales (ellas mismas, muchas veces, basadas en opiniones académicas), pero nunca de indiferencia.

No obstante, la influencia efectiva de las orientaciones jurisprudenciales sobre las opiniones dominantes en la doctrina no es tan profunda como en otros países del área cultural del *civil law* (dos ejemplos: España y Francia); en Portugal, puede decirse que la relación conmutativa entre la doctrina y la jurisprudencia está tendencialmente desequilibrada en detrimento de esta última. Con otras palabras: la doctrina pesa más en la conformación de las decisiones, de lo que se atiende a la jurisprudencia en la construcción teórica de las instituciones.

**12.** Como es sabido, la resolución de la vasta mayoría de los litigios individuales de trabajo implica la *concreción de conceptos indeterminados*. La ley laboral no encontró instrumentos mejores para alcanzar con alguna eficacia las diversísimas modalidades prácticas con las que se presentan y desarrollan las relaciones de trabajo y para hacer valer en ellas las valoraciones básicas que la inspiran e integran en su razón de ser.

La jurisprudencia laboral está constituida, así, en gran parte, por juicios de concreción, dependientes de la apreciación de conjuntos de circunstancias muy variados y, por consiguiente, difícilmente reconducibles a patrones de «coherencia» interna: lo que les confiere consistencia dogmática y aptitud regulatoria es la comprensión que proponen acerca de los principios y criterios subyacentes.

El Código del Trabajo portugués coloca ante los tribunales numerosos desafíos de ese género. Citemos unos pocos ejemplos:

- el trabajador tiene un derecho de reserva y confidencialidad en relación al contenido de *mensajes de naturaleza personal* (artículo 22/1);
- más allá de la actividad contratada, el trabajador está obligado a cumplir tareas que le sean *afines o funcionalmente ligadas* (artículo 118/2)<sup>35</sup>;
- el empleador puede, cuando el interés de la empresa lo exija, encargar al trabajador ejercer *temporalmente*<sup>36</sup> funciones no comprendidas en la actividad contratada, siempre que eso no implique *modificación sustancial de la posición* del segundo (artículo 120)<sup>37</sup>;
- puede celebrarse contrato a término (entre otras situaciones) cuando se trate de *incremento excepcional de actividad de la empresa*, o de la ejecución de tarea *ocasional*, o de *lanzamiento* de nueva actividad o del *inicio de trabajo* de una empresa o establecimiento (artículo 140)<sup>38</sup>;

<sup>35</sup> Sobre el punto, ver, por ejemplo, la *Sent. STJ 14/11/2007* – P. 07S1802.

<sup>36</sup> Acerca de las dudas que esta noción puede suscitar, véase, entre otras muchas, *Sent. STJ 23/02/2005* – P. 04S3159.

<sup>37</sup> Registrando lo que se consideró ser un caso «patente» de modificación sustancial, puede apuntarse la *Sent. STJ 06/02/2006* – P. 07S3899.

<sup>38</sup> Ver las *Sent. STJ 28/05/2008* – P. 08S717 y *09/09/2009* – P. 09S0225.

—el empleador puede *trasladar*<sup>39</sup> al trabajador a lugar de trabajo diferente del originario, si del traslado no resulta *perjuicio serio* para el segundo (artículo 194)<sup>40</sup>.

Todas esas normas —entre otras muchas— tienen condicionada su aplicación por *decisiones* previas sobre el relleno *concreto* de ciertos conceptos, cuya verificación no se ofrece con evidencia inmediata ni es susceptible de prueba directa. En la jurisprudencia laboral portuguesa, tal concreción se hace, como regla, de modo *asertivo*, sin que el trayecto de ponderación de las circunstancias de cada caso se explicita en las decisiones; la concreción refleja, así, la cultura y la sensibilidad de los jueces, más que la racionalidad de los procesos seguidos para alcanzarla.

Aunque los jueces que valoran cuestiones de trabajo —especialmente los de los tribunales de competencia genérica— carecen, normalmente, de conocimientos y sensibilidad específica en lo tocante a los ambientes en que se desarrollan relaciones laborales. Es, esencialmente, el «sentido común», en la interpretación personal de cada magistrado, el que orienta esas pre-decisiones relativas a la concreción de conceptos indeterminados. Los riesgos de subjetivismo y de relativismo que derivan de este conjunto de circunstancias —potenciados por la insuficiente madurez de la doctrina iuslaboralista portuguesa— son manifiestos y, además, percibidos por los propios magistrados. Se explica así —más que por cualquier reflejo defensivo o por cualquier tipo de pasividad— el hecho de que las decisiones judiciales permanezcan, frecuentemente, a este lado de la sustancia de los litigios, quedándose en el tratamiento y resolución de cuestiones de forma o de procedimiento<sup>41</sup>.

**13.** En un breve excursus, como éste, por el vasto terreno de la jurisprudencia del trabajo, resulta forzoso dedicar aún alguna atención a la metodología utilizada por los tribunales en la *determinación de la ley aplicable*, ligada a la diferenciación entre contrato de trabajo<sup>42</sup> y contrato de prestación de servicio<sup>43</sup>. Se trata, como es sabido, de un punto clave en todas las intervenciones de la justicia del trabajo, no sólo por su carácter decisivo, sino también, o sobre todo, por el agravamiento incesante de las dificultades que implica, como consecuencia de la evolución que ocurre en la organización de las actividades económicas, en las tecnologías y métodos de gestión utilizados, sin hablar de la sofisticación de los procesos de huida de la ley laboral.

Los tribunales portugueses no se apartaron, en esa materia, del modelo de actuación existente en otros países: ante dificultades crecientes que la configuración de las situaciones de trabajo ofrece al encuadramiento en uno de los tipos contractuales arriba

<sup>39</sup> Véase sobre esta noción la *Sent. STJ 12/11/2009* – P. 1906/05.6TTLSB.S1.

<sup>40</sup> Véase, por ejemplo, la *Sent. STJ 05/07/2007* – P. 07S743, en que se desarrolla ampliamente la teorización del concepto de «perjuicio serio», pero no se explicita el proceso lógico de su concreción.

<sup>41</sup> Esa tendencia se volvió tan manifiesta que el propio legislador fue sensible a ella: el artículo 387/4 del Código del Trabajo de 2009, relativo a los procesos en que se valora el despido disciplinario, y sin perjuicio de la consideración de eventuales vicios formales, obliga al tribunal a pronunciarse *siempre* sobre si el comportamiento atribuido al trabajador constituye justa causa de despido.

<sup>42</sup> La definición legal de este contrato, con la cual se pretende delimitar el partido, el ámbito de aplicación de las leyes laborales, se encuentra en el artículo 11 del Código del Trabajo: «Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona singular se obliga, mediante retribución, a prestar su actividad a otra u otras personas, en el ámbito de la organización y bajo la autoridad de éstas».

<sup>43</sup> Más que de un tipo de contrato, se trata de una «familia» de tipos contractuales, muchos de ellos innominados, en los que se trata de diversas modalidades de trabajo autónomo o independiente. Su definición figura en el artículo 1154 del Código Civil: «Contrato de prestación de servicio es aquel en que una de las partes se obliga a proporcionar a otra cierto resultado de su trabajo intelectual o manual, con o sin retribución».

referidos, y la insuficiencia manifiesta de las definiciones legales como instrumentos de conexión entre las normas y los hechos, se consolidó la práctica de la utilización del *método tipológico* que parte del diseño típico de la relación de subordinación para la identificación de elementos o componentes significativos de ese «tipo» —en el sentido de ser indicadores de su *identidad*<sup>44</sup>.

El método consiste, como se sabe, en buscar analíticamente la existencia de algunos de esos elementos (índices) en la textura de la situación concreta para la cual es necesario fijar la ley aplicable. Aunque del análisis se retorna a la síntesis: la elección de la ley aplicable resultará de la consideración global de la situación en presencia de los índices de subordinación o autonomía encontrados, y no de la mera «contabilización» de éstos.

**14.** En la jurisprudencia laboral portuguesa, el método tipológico se utiliza abundantemente, si bien de un modo un tanto expeditivo.

Por un lado, la identificación de los «indicios» utilizables no siempre ha sido sometida a la criba de la legitimidad o de la admisibilidad jurídica, que parecería trámite forzoso cuando lo que se pretende es realizar la máxima aproximación entre un concepto normativo y la realidad concreta con la que el operador se enfrenta. De hecho, los tribunales juegan no sólo con indicios «internos», que son elementos de la configuración fáctica normal de la relación de trabajo subordinado —como el hecho de realizarse el trabajo en instalaciones y con utilización de instrumentos pertenecientes a su beneficiario—, sino también con indicios «externos»<sup>45</sup>, que son, o pueden ser, elementos fácticos de configuraciones simulatorias o fraudulentas —como el hecho de entregar el trabajador al beneficiario del trabajo un tipo de recibo (el llamado *recibo verde*) que es propio de los independientes o autónomos; o el hecho de estar inscrito en el régimen de seguridad social de los profesionales autónomos; o, incluso, el hecho de no haber disfrutado nunca vacaciones ni recibido subsidio alimenticio<sup>46</sup>.

Por otro lado, la finalidad operativa pretendida es la calificación jurídica de la relación de trabajo discutida —o, si quisiésemos, su encaje en uno de los tipos negociales concurrentes— y no, inmediatamente, la determinación de la ley aplicable. Tratándose de situaciones de hecho que, demostradamente, dada la combinación que en ellas ocurre de elementos propios de cada uno de los tipos (por eso se habla de «zona gris»), no comportan la *subsunción* en ninguna de las definiciones legales pertinentes —ni en la del contrato de trabajo establecida en el artículo 11 del Código del Trabajo, ni en la del contrato de prestación de servicio que se encuentra en el artículo 1154 del Código Civil—, la operación realizada por los juzgadores, en la medida en que implica la declaración del reconocimiento de una cierta identidad contractual, retoma más del impresionismo y de la intuición individual que de una específica racionalidad jurídica.

Así, la detección o selección de los indicios, en la masa de los hechos probados, se justifica frecuentemente con el enunciado de los criterios según los cuales ciertas

<sup>44</sup> Sobre el tema, últimamente, el notable ensayo de LUCA NOGLER, *Die typologisch-funktionale Methode am Beispiel des Arbeitsnehmersbegriffs*, en «Zeitung für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht», n° 10, 2009, pp. 459 ss.

<sup>45</sup> Las denominaciones de indicios «internos» y «externos» son, ellas mismas, de creación jurisprudencial.

<sup>46</sup> Véase, como ejemplo, elocuente, la *Sent. STJ 30/09/2009* – P. 4646/06.5TTLSB.L1.S1.

características, y no otras, se tienen por merecedoras de consideración, todo esto en el marco de una sensible tensión analítica; con todo, la secuencia dada a ese trámite consiste, como regla, en la atribución de prevalencia a unos indicios sobre otros y en la afirmación de una «convicción» finalmente no fundamentada o incluso susceptible de considerarse contradictoria con la masa de elementos apreciada. La técnica adoptada, no siendo ni pudiendo ser la de la subsunción, acaba por corresponder a una lógica de proximidad o semejanza entre el caso valorado y un modelo legal, encarados ambos de modo global, según la perspectiva funcional de la legitimación de una cierta elección de la ley aplicable.