

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Malcolm Sargeant (Reino Unido), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Alma Elena Rueda (México), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

Autonomía negocial de los trabajadores llamados hipersuficientes en el derecho brasileño

Jorge CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO*

RESUMEN: La criticada reforma laboral instituida por la Ley 13.467 consagró la posibilidad de superposición de la negociación colectiva sobre las normas estatales y la hipótesis de superposición de la negociación individual sobre la negociación colectiva y sobre la ley como forma de solución de antinomias en materia de derecho del trabajo. El legislador quiso, con este cambio, enfatizar la autonomía de la voluntad de quienes ganan más de dos veces el beneficio máximo de la seguridad social. La estipulación inicial puede contrarrestar normas de orden público y normas negociadas colectivamente porque fue inserto un párrafo único al artículo 444. Las alteraciones del contrato de trabajo, por otro lado no lo pueden pues el artículo 468 no cambió en nada. Además, las reglas que resultan de la autonomía de la voluntad no se extienden a toda situación negociadora, sino sólo a aquellas hipótesis expresamente previstas en la legislación.

Palabras clave: Trabajadores hipersuficientes, autonomía negocial, reforma laboral brasileña.

SUMARIO: 1. Notas introductorias. 2. Concepto de hipersuficiente. 3. La autonomía negocial del trabajador hipersuficiente tras la reforma laboral de 2017. 4. Situaciones en las que la negociación individual puede sobreponerse a la negociación colectiva y a la legislación. 5. Consideraciones finales. 6. Bibliografía.

* Profesor e investigador de la Fundación Getúlio Vargas (FGV). Titular de la silla n. 21 de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo. Maestro y doctor en Derecho del Trabajo por la Universidad de São Paulo (USP). Postdoctor en derecho por la Université de Nantes.

The individual bargaining autonomy of the so called hyper-sufficient employees in Brazilian law

ABSTRACT: The criticized labor reform instituted by Law 13,467 enshrined the possibility of overlapping collective bargaining over state norms and the hypothesis of overlapping individual bargaining over collective bargaining and over the law as a way of solving antinomies in matters of labor and employment law. The legislator wanted, with this change, to emphasize the autonomy of the will of those who earn more than twice the maximum benefit of social security. The initial stipulation can counteract public order norms and collectively negotiated norms because it was inserted a single paragraph to article 444 of the Brazilian Consolidation of Labor Laws - CLT. Alterations of the employment contract, on the other hand, cannot, because article 468 did not change at all. In addition, the rules that result from the autonomy of the will do not extend to any negotiating situation, but only to those hypotheses expressly provided for in the legislation (Art. 611-A of the Brazilian Consolidation of Labor Laws – CLT).

Key Words: Hyper-sufficient employees, individual bargaining autonomy, Brazilian labor reform.

1. Notas introductorias

Hasta la reforma laboral de 2017, pocas eran, en Brasil, las situaciones en que la legislación diferenciaba los derechos asegurados a trabajadores de escalón superior, medio o inferior de las empresas. La más conocida de ellas es, seguramente, la del artículo 62, II, de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, una especie de Estatuto de Trabajadores en Brasil, que excluye de la incidencia de las reglas del capítulo sobre jornada de trabajo «los gerentes, así considerados los ejecutivos de cargos de gestión, a los cuales se equiparan los directores y jefes de departamento o filial». También es muy conocida, aunque dirigida apenas a los «empleados en bancos, casas bancarias y Caixa Econômica Federal», la regla del artículo 224, § 2, de la misma Consolidación de las Leyes del Trabajo. Según ella los empleados en bancos «que ejercen funciones de dirección, gerencia, fiscalización, jefatura y equivalentes, o que desempeñan otros cargos de confianza, siempre que el valor de la gratificación no sea inferior a 1/3 (un tercio) del salario del cargo efectivo» no tienen derecho a la jornada especial de seis horas diarias establecida por el *caput* del mismo artículo.

El artículo 7 de la Constitución Brasileña relaciona, entre los derechos fundamentales de los trabajadores urbanos y rurales, «la prohibición de distinción entre trabajo manual, técnico e intelectual o entre los profesionales respectivos». Por eso, no era usual, en Brasil, las situaciones en que la presentación de un diploma universitario se utilizaba para caracterizar algún tipo de contrato de trabajo particular. Digna de mención es la ley 4.950-A, de 22 de abril de 1966, que dispone sobre la remuneración de profesionales graduados en Ingeniería, Química, Arquitectura, Agronomía y Veterinaria.

En su artículo 1 la Ley referida evidencia haber sido instituida para fijar «El salario mínimo de los graduados por los cursos regulares superiores mantenidos por las Escuelas de Ingeniería, de Química, de Arquitectura, de Agronomía y de Veterinaria». El criterio para su aplicación es, por lo tanto, la diplomación en una de esas áreas de actuación. Esta conclusión se ve reforzada por la literalidad de su artículo 4 que dispone: «A los efectos de esta Ley los profesionales citados en el art. 1 se clasifican en: a) diplomados por los cursos regulares superiores mantenidos por las Escuelas de Ingeniería, de Química, de Arquitectura, de Agronomía y de Veterinaria con curso universitario de 4 (cuatro) años o más; b) graduados por los cursos regulares superiores mantenidos por las Escuelas de Ingeniería, de Química, de Arquitectura, de Agronomía y de Veterinaria con curso universitario de menos de 4 (cuatro) años».

El siguiente dispositivo (artículo 5) establece que para los profesionales

enumerados en el apartado *a* del dispositivo anteriormente transcrito es de 6 veces el mayor salario mínimo común vigente en el país y para los profesionales del apartado *b* es de 5 veces el mayor salario mínimo vigente en el país.

A excepción de las situaciones puntuales como las narradas anteriormente, la misma legislación que regía el contrato de trabajo de los obreros más simples, con menor formación académica, y más mal remunerados, regía también la relación de empleo de aquellos más titulados y con salario más elevado. Cualquier otra diferencia de trato debe considerarse *contra legem* y, por lo tanto, inadmisibile. Esta conclusión se ve reforzada por la literalidad del artículo 3, párrafo único, de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, según quien «No habrá distinciones relativas a la especie de empleo y a la condición de trabajador, ni entre el trabajo intelectual, técnico y manual».

La cuestión viene, desde hace tiempo, recibiendo un trato distinto en otros países, que garantizan derechos distintos para los que ocupan puestos más elevados en la cadena de mando de las empresas. En España los ejecutivos, o mejor los altos directivos, ocupan usualmente las funciones de Director General o Director Gerente, aunque se dice que la denominación dada al puesto tiene importancia secundaria en contraste con las funciones efectivamente desempeñadas¹. El Artículo 1.2 del Decreto de Alta Dirección dispone que «Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad».

Se habla también en directivos ordinarios o técnicos para designar a los que ocupan puestos elevados, reciben remuneración expresiva, tienen a su mando innumerables empleados y ostentan una posición empresarial muy cualificada, aunque a un nivel inmediatamente inferior al de los llamados Altos Directivos².

En España la regulación del llamado contrato de trabajo de alta dirección hace referencia sólo en puntos muy específicos al Estatuto de los Trabajadores, la norma reguladora básica de los contratos de trabajo ordinarios y especiales³. Se dice que el «Estatuto no puede considerarse como norma general supletoria del Decreto de Alta Dirección»⁴. Diversa

¹ C. MOLERO MANGLANO, *El contrato de alta dirección*, Civitas, 2011, 38.

² *Ibidem*, 39.

³ La regulación se encuentra en el real decreto 1.382, de 1º de agosto de 1985.

⁴ C. MOLERO MANGLANO, *op. cit.*, 2011, 37.

es la situación de los contratos de trabajo de los directivos ordinarios los técnicos que se sujetan a un régimen jurídico especial, aquellos son titulares de una relación laboral ordinaria, a pesar de la importancia de sus funciones⁵.

No es tan simple, sin embargo, distinguir verdaderos contratos de “altos directivos” y relaciones de trabajo común que se pretende disimular como de alta administración fines de reducción de derechos, como aviso previo de apenas 7 días por año trabajado en caso de dispensa sin justa causa en comparación con 33 que recibirían de ser un empleado de escalón inferior⁶.

La solución pasa necesariamente por el estudio de la jurisprudencia laboral en muchas ocasiones. El Supremo Tribunal Español indicó que los poderes conferidos, además de afectar áreas funcionales de importancia incontestable para la vida de la empresa, deberían ser normalmente referidos a la actividad total de los mismos o a los aspectos trascendentales de sus objetivos, con total dimensión territorial, o se refieren a zonas nucleares o lugares de trabajo para su actividad⁷.

La reforma laboral brasileña de 2017 introdujo un trato particular a esta cuestión. No creó derechos distintos para los trabajadores que ahora son denominados hipersuficientes, ni los excluyó de la protección laboral. Redujo, sin embargo, la tutela estatal incidente sobre ellos dándoles significativa autonomía para negociar derechos y obligaciones.

El presente texto se dedicará a analizar las nuevas reglas y las hipótesis en que será efectivamente posible la negociación individual entre empleado y empleador con tal amplitud y efecto.

2. Concepto de hipersuficiente

Según Marlus Augusto Melek, el juez que trabajó en la redacción del proyecto de ley que se transformó en la ley 13.467, la ley de la Reforma Laboral Brasileña de 2017, «El concepto de hipersuficiente es un concepto creado por rasgos políticos y no técnicamente jurídico»⁸. Esta afirmación, sin embargo, no resiste a un análisis más profundo en la doctrina del derecho del trabajo y del derecho económico, donde desde hace mucho se

⁵ *Ibidem*, 39.

⁶ *Vid.* ARRABE ASESORES, *Analizamos en profundidad la figura del Contrato de Alta Dirección*, en www.arrabeasesores.es, 15 mayo 2014 (última consulta 18 octubre 2017).

⁷ *Idem*.

⁸ M.A. MELEK, *Trabalhista! O que mudou? Reforma trabalhista 2017*, Estudo Imediato, 2017, 139-141.

discute los conceptos “hiposuficiente” e “hipersuficiente”.

En una obra publicada en 1977, el Profesor Emérito de la Facultad de Derecho del Largo de São Francisco, vinculada a la Universidad de São Paulo, ya trataba de la figura de los hipersuficientes como una tercera categoría, al lado de los autosuficientes y de los hiposuficientes. Al referirse a esta expresión decía: «Estos son autosuficientes en posición económica superior. Los autosuficientes están, en relación a los hipersuficientes en una situación de hiposuficiencia relativa, pues pueden ser eliminados de la competencia por lo hipersuficiente. El derecho social (restringido o derecho social *tout court*) sólo se ocupa de la hiposuficiencia o debilidad económica absoluta [...]. La debilidad económica relativa, es decir, el hecho de ser sólo un ser económicamente más débil que otro, es objeto no del derecho social, sino del derecho económico, *vg.*, la posición del pequeño industrial frente al gran capitalista o al gran industrial, etc.»⁹.

La expresión, como es fácil concluir, era propia no del derecho del trabajo, sino del derecho económico. Se utilizaba para distinguir empresas relacionadas, con base en su poderío económico. Para el derecho del trabajo aquel que colocara su fuerza vital en beneficio del interés de otro con personalidad, no eventualidad, alteridad, onerosidad y subordinación sería, por definición hiposuficiente. Sólo de él cuidaba el derecho del trabajo. Es lo que se extrae de otros pasajes de las enseñanzas de Cesarino Júnior: «La hiposuficiencia absoluta se caracteriza por el hecho de que el individuo dependa del producto de su trabajo para mantenerse y a su familia. Por lo tanto, una vez que el individuo posea ingresos que le aseguren esa subsistencia independientemente de su trabajo, cesa la hiposuficiencia absoluta, empezando la relativa siempre que un comerciante, un industrial, un labrador, un capitalista, un propietario, en fin (porque todos los autosuficientes son propietarios), están en situación de dependencia frente a otro propietario económicamente más fuerte que él (hipersuficiente)»¹⁰.

Evidenciando que las expresiones hiposuficiente, autosuficiente e hipersuficiente se basan en aspectos económicos, así se manifestaba Cesarino Júnior: «La tendencia del derecho moderno de encarar las diversas circunstancias en que los hombres se presentan ha subrayado una diferencia fundamental entre ellos: la económica. Desde el punto de vista económico, los hombres se dividen en propietarios y no-propietarios, i.e., ricos y pobres. Los no propietarios, que sólo poseen su fuerza de trabajo,

⁹ A.F. CESARINO JÚNIOR, voz *Hipersuficientes*, en R. LIMONGI FRANÇA (Dir.), *Enciclopedia Saraiva do Direito*, Saraiva, 1977, 230.

¹⁰ *Ibidem*, 230-231.

denominamos hiposuficientes. A los propietarios, de capitales, inmuebles, mercancías, maquinaria, tierras, llamamos autosuficiente»¹¹.

Dicho esto, Cesarino Júnior reforzaba la conclusión de que el derecho del trabajo cuidaba de lo hiposuficiente, de todo aquel que dependiera de un contrato de trabajo para vivir, aduciendo: «Los hiposuficientes están, en relación a los autosuficientes, en una situación de hiposuficiencia absoluta, pues dependen, para vivir y hacer vivir a sus familias, del producto de su trabajo. Ahora bien, quien les ofrece oportunidad de trabajo son justamente los autosuficientes. [...] Esto no impide, sin embargo, haber visto como la ley dispone para la generalidad de los casos – *quod plerunque fit* – y no para excepciones, que, excepcionalmente, una persona económicamente fuerte pueda ser protegida por las leyes sociales: bastará para eso que se coloque en la posición de un económicamente débil. Así pues, el millonario empleado de una fábrica puede invocar la protección de las leyes laborales»¹².

En un texto publicado en 2013, bastante anterior, por lo tanto, a la reforma de 2017, defendemos la tutela laboral de los altos ejecutivos¹³. Afirmamos en este texto que todo lo que hay de angustiante y desgastante en la relación de empleo aumenta en la proporción del aumento de las responsabilidades y de la remuneración. Algunos de los mayores causantes de desgaste emocional y angustias en una relación de empleo son:

- 1) la inestabilidad en el empleo;
- 2) el temor del desempleo;
- 3) el exceso de trabajo y la falta de tiempo de descanso y reposo adecuados;
- 4) la presión y el estrés relacionados con la necesidad de cumplir metas, a veces inalcanzables.

Concluimos que estos factores, malos para los trabajadores de menor jerarquía, eran y siguen siendo muy peores para los altos ejecutivos¹⁴.

Primero porque, por regla general, cuanto mayor el grado jerárquico, mayor es la inestabilidad en el empleo. La lógica es similar a la de un equipo de fútbol. Cuando los resultados no son satisfactorios y si llega a la conclusión de que algún cambio se hace necesario, normalmente se despide al técnico. Es más fácil reemplazarlo que reemplazar todo el elenco. Lo mismo ocurre en las grandes corporaciones. Cuando las metas no se alcanzan, las primeras cabezas a ser cortadas son las de los

¹¹ *Ibidem*, 1977, 233.

¹² *Idem*.

¹³ J. CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO, *O alto executivo e o direito do trabalho*, en *Revista LTR – Legislação do Trabalho*, 2013, vol. 77, n. 8, 914-923.

¹⁴ *Idem*.

escalones más elevados¹⁵.

El temor de desempleo está relacionado con la inseguridad sobre la que ya se ha referido. Una vez dispensado el alto ejecutivo enfrenta más y mayores dificultades que los demás empleados para la recolocación en el mercado de trabajo. A una porque no hay tantos puestos de trabajo para altos ejecutivos. A dos porque las noticias corren muy rápidamente en el mundo corporativo y una dispensa de un ejecutivo debido a malos resultados seguramente afectará negativamente su imagen en el mercado, reduciendo sus posibilidades de contratación¹⁶.

Esta realidad perversa es la gran responsable del reducido número de acciones judiciales propuestas por ejecutivos. Hablamos de cargos poco numerosos cuyo relleno nunca es hecho por selección basada en análisis curricular o por medio de sitios de empleo. El reclutamiento de ejecutivos siempre se realiza con la ayuda de *headhunters*, que investigarán con máxima agudeza su pasado funcional, o por medio de una oferta financieramente ventajosa para convencerlo de salir del puesto actualmente ocupado en una empresa competidora. En ese escenario, ingresar con reclamación laboral es un suicidio profesional. Una vez divulgada la información en el mercado, lo que inevitablemente sucede, su recolocación en el mercado está afectada. No sin razón muchos jóvenes ejecutivos dejan de reivindicar sus derechos para no ver la carrera precozmente interrumpida. No sin razón los ejecutivos que ingresan en la Justicia para reivindicar sus derechos son aquellos en final de carrera y ya con pocas perspectivas de encontrar nueva ocupación, y que desean apenas recibir lo que le es debido y disfrutar de una merecida jubilación. O, en otra hipótesis, aquellos que desean dejar el mundo corporativo y, con el dinero que tiene que recibir, montar negocio propio¹⁷.

La doctrina extranjera ya reconoce, con gran acierto, que la particularidad en la forma de contrato del alto ejecutivo lo hace aún más vulnerable a daños en la fase precontractual que los demás empleados. Carlos Molero Manglano observa que en los contratos de alta dirección el tránsito las tratativas que preceden a la contratación merecen especial atención porque el alto ejecutivo es a menudo reclutado desde un puesto de responsabilidad de otra compañía. Con ello, eventual incumplimiento posterior de la nueva empresa, como, por ejemplo, la desistencia de su contratación el no pago del bonus de contratación (*sign on* o *hiring bonus*)¹⁸

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Jerga utilizada en el mundo corporativo para denotar bonos ofrecidos a los altos ejecutivos para aceptar cierta oferta de trabajo.

prometido y que fue justamente el factor decisivo en la elección hecha por el empleador, y la dispensa después de pocos meses de trabajo puede acarrear perjuicios de elevadísima importancia^{19 20}.

En cuanto al tercer punto es forzoso reconocer que la jornada de trabajo de los altos ejecutivos se encuentra entre las más extenuantes y sus períodos de descanso entre los más sufridos. Ellos no tienen control alguno de viaje, son verdaderos esclavos de sus smartphome, los grilletes de los nuevos tiempos. Accede a sus correos electrónicos y mensajes durante todo el tiempo, incluso en sus períodos de descanso. Incluso cuando lejos de la empresa, para disfrutar de las vacaciones, por ejemplo, necesitan mantener contacto constante con su sustituto para que nada inesperado ocurra. Es necesario estar a punto de interrumpir o cancelar su descanso, si percibe que su alejamiento en ese momento puede interferir en los resultados de la empresa. Si no lo hace, correrá el riesgo de ser responsabilizado por haber elegido gozar de sus vacaciones en un momento inadecuado²¹.

Usamos esas reflexiones para reafirmar que el Derecho del Trabajo no fue creado para tutelar sólo y exclusivamente a las personas en situación de carencia económica, ya protegidas por el derecho de la seguridad social, notadamente en la parte destinada a los beneficios asistenciales. Se creó para proteger al trabajador que está vinculado a un empleador por contrato con la presencia de cinco elementos, a saber, la personalidad, no eventualidad, onerosidad, alteridad y subordinación. No sin razón la doctrina brasileña refuta, hace muchos años, la afirmación de que la dependencia que caracteriza este último elemento mencionado, y por lo demás identifica todo el contrato de trabajo, es económica^{22 23}.

¹⁹ C. MOLERO MANGLANO, *op. cit.*, 43.

²⁰ J. CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO, *op. cit.*

²¹ *Idem.*

²² Segundo M. GODINHO DELGADO, *Curso de Direito do tabalho*, LTR, 2013, 294-295, «A teoria justralhista registra, contudo, antigas posições doutrinárias que não enxergavam, ainda esse caráter eminentemente jurídico do fenômeno da subordinação. Acentuando a ideia de dependência (que tem matiz pessoal e não objetiva), já se considerou a subordinação ora como sendo uma dependência econômica, ora como sendo uma dependência técnica (ou tecnológica). No primeiro caso (dependência econômica), a concepção fundava-se na hierarquia rígida e simétrica que tanto marca a estrutura socioeconômica de qualquer organização empresarial, colocando no vértice da pirâmide econômica o empregador e seus representantes. A relação empregatícia, em particular, seria uma projeção enfática dessa assimetria econômica que separa empregador e empregado. Há problemas, entretanto, nessa formulação teórica. Inegavelmente, o critério que ela incorpora origina-se de uma reflexão acerca do padrão genérico típico à relação trabalhador/empregador na moderna sociedade industrial. Contudo, ainda que o critério econômico acima consignado tenha irrefutável validade sociológica, ele atua na

Por todo ello, consideramos que los altos ejecutivos, por mejor remunerado que fueran, estarían siempre en condición de fragilidad contractual en relación a la corporación que representasen, precisando, por lo tanto, del Derecho del Trabajo para equilibrar las fuerzas desiguales. Ejemplificábamos mencionando la situación del ejecutivo que ingresó en una determinada empresa porque ésta le ofrecía un polpudo *hiring bonus* o un interesante plan de *stock options*. Pactaron así un derecho de opción de compra de acciones que tendría un período de tiempo de cinco años. Después de constatar la expresiva valorización de las acciones, el empleador decide dispensar al ejecutivo cuando faltaba sólo seis meses para completar el aludido período. Indagábamos: ¿será que, abstractamente considerada, la lesión causada al ordenamiento jurídico con ese incumplimiento contractual es menos grave y menos merecedora de tutela jurídica que el incumplimiento del contrato de trabajo de los demás empleados de la misma empresa solamente porque el importe financiero es mucho más expresivo? ¿Será que la agresión al ejecutivo que optó por esa empresa y no por una de las demás que tenían interés en su trabajo, vistió la camisa y contribuyó decisivamente a la valorización de las acciones es menos grave que la causada al trabajador que no recibió el pago por las empresas horas extras que hizo? ¿Tiene menos derecho de indignarse y de buscar en el poder judicial una respuesta a su demanda que los trabajadores hiposuficientes? Respondíamos afirmando que la mejor respuesta para todas esas preguntas era la negativa²⁴.

Entendíamos que el ejecutivo en cuestión estaba sujeto a la tutela del derecho del trabajo pudiendo, por lo tanto, ingresar en juicio alegando que el despido buscaba impedir su derecho de se consolidar y exigiendo su derecho de ejercer la opción de compra de las acciones. Consideramos robustas sus posibilidades de éxito. Depende, como sólo sucede en todo proceso judicial, de las pruebas que produce y de la sensibilidad del juzgador. Si lo sujetamos sólo y exclusivamente a las reglas del derecho civil, sus posibilidades serán mucho más reducidas. Según la teoría civilista clásica no hubo incumplimiento contractual alguno, pues él no completó el período indicado en el contrato, no gozando de derecho, apenas de

relação jurídica específica como elemento externo, incapaz, portanto, de explicar satisfatoriamente, o nexa preciso da assimetria poder de direção/subordinação. De par com isso, a assincronia econômico-social maior ou menor entre os dois sujeitos da relação de emprego não necessariamente altera, em igual proporção, o feixe jurídico de prerrogativas e deveres inerente ao poder empregatício (com sua dimensão de direção e subordinação)».

²³ J. CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO, *op. cit.*

²⁴ *Idem.*

expectativa de derecho a la compra de las acciones. No sería ésta, seguramente, una solución justa para el caso²⁵.

Nuestras conclusiones sobre este tema siguen siendo las mismas. La ley 13.467, sin embargo, creó otros caminos por medio de los cuales las cuestiones podrían ser solucionadas. No retiró, sin embargo, ese trabajador de la esfera de protección del derecho del trabajo. Sólo le otorga mayor autonomía para pactar con el empleador diversas cuestiones como, por ejemplo, un acuerdo de dispensa con la aprobación de la gestión amplia e irrestricta del contrato de trabajo. Si la hipótesis narrada arriba, ese trabajador ciertamente no tendría éxito en la acción descrita arriba.

Después de la reforma de 2017, la expresión “hipersuficiente” viene siendo usada para denotar al trabajador que gane más de 2 veces el valor del techo de la previsión social y que tenga curso superior. Quien se encuadre en esta categoría podrá, si así lo desea, resolver sus conflictos con el empleador por el arbitraje y, si también tiene diploma universitario, «negociar sus cláusulas de trabajo como mejor le parezca»²⁶.

Es razonable indagar si el valor elegido, 2 veces el valor del más grande pago de la seguridad social, no es muy reducido para la presunción de que a partir de él el empleado está en condiciones de negociar libremente y con total autonomía determinadas cláusulas contractuales. No sin razón ya se habla de elevarlo a tres veces el techo del beneficio de la seguridad social²⁷.

El alcance de la legislación laboral es una elección política. Y la elección política hecha por los autores de la Reforma de 2017 queda clara en el informe presentado por el Deputado Rogério Marinho, principal responsable en la Cámara de Diputados por el proyecto que se transformó en la ley 13.467: «La inclusión de un párrafo único al art. 444 tiene por objeto permitir que los desiguales sean tratados de manera desigual. De hecho, la CLT fue pensada como un instrumento para la protección del empleado hiposuficiente, ante la premisa de que éste se encuentra en una posición de inferioridad al empleador en el momento de la contratación y de la defensa de sus intereses. Sin embargo, no se puede admitir que un trabajador con graduación en enseñanza superior y salario por encima de la media retributiva de la gran mayoría de la población sea tratado como alguien vulnerable, que necesite de protección del Estado o de tutela

²⁵ *Idem*.

²⁶ M.A. MELEK, *op. cit.*, 139-141.

²⁷ M.A. MELEK, *op. cit.*, 139-141, miembro del comité de redacción final de la reforma laboral, menciona la existencia de discusiones sobre una modificación a este efecto mediante una medida provisional.

sindical para negociar sus derechos laborales. Nuestra intención es la de permitir que el empleado con diploma de nivel superior y que perciba salario mensual igual o superior a dos veces el límite máximo de los beneficios del Régimen General de Previsión Social pueda estipular cláusulas contractuales que prevalezcan sobre el legislado en los mismos moldes de acuerdo con lo establecido en el artículo 611-A de este sustitutivo. Cabe resaltar que, observado el techo salarial establecido en el dispositivo, sólo algo en torno al 2% de los empleados con vínculo formal de empleo serán alcanzados por la regla».

El legislador brasileño podría haber creado una ley expectativa para trabajadores por ella considerados parassubordinados, garantizándole menos derechos. Podría haber creado una ley para tratar de forma distinta a los trabajadores mejor remunerados. Optó, sin embargo, por crear una ley que les reconoció una mayor autonomía para negociar y menor interdependencia estatal en relación a lo negociado, además de asegurar la posibilidad de optar por el arbitraje. Es lo que se analizará a seguir.

3. La autonomía negocial del trabajador hipersuficiente tras la reforma laboral de 2017

En un momento en que tanto se hablaba sobre la superposición de lo negociado sobre el legislado, la ley 13.467 consagró también la hipótesis de superposición de la negociación individual sobre la negociación colectiva y sobre la ley como forma de solución de antinomias en materia de derecho del trabajo (art. 444, párrafo unico): «La libre estipulación a que se refiere el *caput* de este artículo se aplica a las hipótesis previstas en el art. 611-A de esta Consolidación, con la misma eficacia legal y preponderancia sobre los instrumentos colectivos, en el caso de empleado portador de diploma de nivel superior y que perciba salario mensual igual o superior a dos veces el límite máximo de los beneficios del Régimen General de Previsión Social».

Lo que los trabajadores que reciban salario mensual igual o superior a dos veces el límite máximo de los beneficios del Régimen General de Previsión Social en adelante se superpondrá incluso al que sea deliberado por su categoría en negociación colectiva que resulte en acuerdo o convención colectiva de trabajo. No hay como extraer otra conclusión de la afirmación «con la misma eficacia legal y preponderancia sobre los instrumentos colectivos».

Ahora bien, el *caput* del artículo 444 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo establece que las relaciones contractuales de trabajo pueden ser

objeto de libre estipulación de las partes interesadas en todo lo que no contravenga las disposiciones de protección al trabajo, a los contratos colectivos que les sean aplicables ya las decisiones de las autoridades competentes. Se trata, por lo tanto, de la estipulación inicial del contrato de trabajo. Es posible admitir un párrafo único para excepcionar la regla que figura en el *caput* de un dispositivo jurídico. Lo que el párrafo único del artículo 444 fue decir, que la estipulación del contrato de trabajo de los hipersuficientes no necesita observar las disposiciones de protección al contrato de trabajo, a los contratos colectivos y la decisión de las autoridades competentes.

Exceptuar la aplicación de la regla que impone la observancia de preceptos de orden público y normas colectivamente negociadas para quienes ganan apenas dos veces más que el beneficio previsional máximo no fue una buena elección política. Pero se trata de una elección política mala, pero válida.

El artículo 468, a su vez, establece que «En los contratos individuales de trabajo sólo es lícita la modificación de las condiciones respectivas por mutuo consentimiento, y aún así siempre que no resulten, directa o indirectamente, perjuicios al empleado, so pena de nulidad de la cláusula infringiendo esta garantía». Como no fue apuesta al artículo 468 excepción semejante a la que fue apuesta al artículo 444, hay que reconocerse que si la estipulación inicial puede contrarrestar normas de orden público y normas negociadas colectivamente, no se podrá decir lo contrario en relación con las alteraciones del contrato de trabajo.

Estas reglas no se extienden a toda situación negociadora, sino sólo a aquellas hipótesis expresamente previstas en la legislación. En este tema se discurre en el siguiente ítem.

4. Situaciones en las que la negociación individual puede sobreponerse a la negociación colectiva y a la legislación

Marlos Augusto Melek, afirma, de ahora en adelante los trabajadores hipersuficientes podrán «negociar sus cláusulas de trabajo como mejor le parezca»²⁸.

Se equivoca, sin embargo, en relación a la amplitud de la autonomía de negociación del trabajador hipersuficiente.

El texto no podría ser más claro. La libre estipulación contractual entre empleador y trabajador hipersuficiente se limita a las hipótesis previstas en

²⁸ *Idem*.

el art. 611-A de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, que dispone: «La convención colectiva y el acuerdo colectivo de trabajo tienen prevalencia sobre la ley cuando, entre otros, disponer sobre: I – pacto en cuanto a la jornada de trabajo, observados los límites constitucionales; II – banco de horas anual; III – intervalo intrajornado, respetando el límite mínimo de treinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV – adhesión al Programa Seguro-Empleo (PSE), de que trata la Ley no 13.189, de 19 de noviembre de 2015; V – plan de cargos, salarios y funciones compatibles con la condición personal del empleado, así como identificación de los cargos que se encuadran como funciones de confianza; VI – reglamento empresarial; VII – representante de los trabajadores en el lugar de trabajo; VIII – teletrabajo, régimen de sobreviso, y trabajo intermitente; IX – remuneración por productividad, incluidas las propinas percibidas por el empleado, y remuneración por desempeño individual; X – modalidad de registro de jornada de trabajo; XI – intercambio del día de fiesta; XII – encuadramiento del grado de insalubridad; XIII – prórroga de jornada en ambientes insalubres, sin licencia previa de las autoridades competentes del Ministerio de Trabajo; XIV – premios de incentivo en bienes o servicios, eventualmente concedidos en programas de incentivo; XV – participación en los beneficios o resultados de la empresa».

No obstante el caput del dispositivo utiliza la expresión “entre otros”, defendemos aquí la interpretación de que el rol es ejemplificativo para las negociaciones colectivas y taxativas para las individuales que involucran trabajadores hipersuficientes. Para ello, es ejemplificativo en la medida en que son limitadas en el siguiente dispositivo por hipótesis, basadas en el texto constitucional y en la decisión del Supremo Tribunal Federal en los RE n. 590.415 y n. 895.759²⁹. No es admisible que se considere la

²⁹ Es lo que se concluye a partir del informe del Diputado Federal Rogério Marinho: «Mantivemos a ideia original da proposição de se estabelecer um rol exemplificativo de temas que poderão ser objeto de negociação coletiva e que, uma vez acordados, prevalecerão sobre o disposto em lei. Com isso, fica assentada a ideia de se definir como regra a prevalência da convenção coletiva e do acordo coletivo de trabalho, e não como exceção, como se entende atualmente. Deve ser reforçado, neste momento, que essa é a linha de pensamento que vem sendo adotada pelo STF atualmente, haja vista as decisões proferidas nos RE n. 590.415 e n. 895.759, antes citadas, em atendimento ao disposto no inciso XXVI do art. 7 da Constituição Federal, pelo qual se reconhece a autonomia da vontade coletiva como forma prioritária de regulação trabalhista. Visando a aumentar ainda mais a segurança jurídica do acordado, seja para os empregados seja para os empregadores, além de um rol exemplificativo do que pode ser negociado, estamos acrescentando um novo artigo à CLT (art. 611-B) para especificar taxativamente um marco regulatório com as matérias que não podem ser objeto de negociação, por serem direitos

negociación individual que implica trabajador hipersuficiente irrestricto, no moldeándose ni siquiera a los preceptos constitucionales. La única exégesis posible, por lo tanto, para que se asegure la constitucionalidad del aludido precepto de ley es que el rol en cuestión, para la negociación individual que implica trabajador hipersuficiente, es taxativo, *numerus clausus*.

Esta exégesis encuentra, además, eco en la propia literalidad del párrafo único del artículo 444 de la CLT que restringe las hipótesis de negociación individual con preponderancia a la negociación colectiva y las normas legales «a las hipótesis previstas en el art. 611-A». Véase las observaciones de Homero Batista Mateus da Silva a este respecto: «La propuesta del art. 444, párrafo único, es muy ambiciosa: tiene el propósito de autorizar que las partes, en un contrato individual, puedan hacer la misma negociación establecida entre sindicatos y empleadores. De ahí que el dispositivo menciona expresamente el art. 611-A de la CLT. Por ejemplo, a prevalecer el artículo 444, párrafo único, el empleado puede firmar solo la cláusula de reducción del intervalo para la comida, la alteración del grado de insalubridad y la prórroga de jornada en ambiente insalubre, para quedar en algunos de los incisos de la larga lista del artículo 611-A»³⁰.

Homero Batista Mateus da Silva también evidencia que algunas de las hipótesis previstas en el artículo 611-A podrán generar negociaciones individuales de constitucionalidad discutible. En sus palabras, «la reducción salarial, a pesar de ser contemplada en el art. 611-A, es materia de uso restringido de las negociaciones colectivas, según el art. 7, VI, de la CF, de modo que incluso con el énfasis del legislador ordinario eso no será posible en el marco del contrato individual. [...] También es de dudosa constitucionalidad la reducción del grado de adicional de insalubridad, entre otros puntos vulnerables del art. 444, párrafo único».

Como se percibe, aun siendo taxativo, el rol de hipótesis en que el legislador autorizó la negociación individual a superponerse a la colectiva generará discusiones en situaciones cotidianas.

que se enquadraram no conceito de indisponibilidade absoluta, preservando-se, dessa forma, o que se convencionou denominar de patamar civilizatório mínimo dos trabalhadores. Quanto ao que não se enquadra nesse conceito, permite-se a negociação coletiva e a participação direta das partes na formulação das normas trabalhistas que lhes sejam mais benéficas».

³⁰ H.B.M. DA SILVA, *Comentários à reforma trabalhista*, Revista dos Tribunais, 2017, 70.

5. Consideraciones finales

La reforma laboral de 2017 no creó una reglamentación para los trabajadores en adelante denominados hipersuficientes diferente a la de los demás trabajadores. Tampoco los excluyó de la protección laboral. Redujo, sin embargo, la tutela estatal incidente sobre ellos dándoles significativa autonomía para negociar determinados derechos y obligaciones.

Son “hipersuficientes”, en los términos de la nueva legislación, los trabajadores que ganen más de 2 veces el valor del techo de la seguridad social y que tengan curso superior. Quien se encuadre en esta categoría podrá, si así lo desea, resolver sus conflictos con el empleador por el arbitraje y negociar libremente cláusulas contractuales enmarcadas en las hipótesis previstas en el artículo 611-A de la Consolidación de las Leyes del Trabajo.

En relación al trabajador hipersuficiente el rol en cuestión es taxativo y no ejemplificativo, como lo es para las negociaciones colectivas. El párrafo único del artículo 444 de la CLT restringe «a las hipótesis previstas en el art. 611-A», la superposición de la negociación individual de estos trabajadores a la negociación colectiva ya determinadas normas legales.

6. Bibliografía

- ARRABE ASESORES, *Analizamos en profundidad la figura del Contrato de Alta Dirección*, en www.arrabeasesores.es, 15 mayo 2014 (última consulta 18 octubre 2017)
- CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO J., *O alto executivo e o direito do trabalho*, en *Revista LTR – Legislação do Trabalho*, 2013, vol. 77, n. 8, 914-923
- CESARINO JÚNIOR A.F., voz *Hipersuficientes*, en R. LIMONGI FRANÇA (Dir.), *Enciclopedia Saraiva do Direito*, Saraiva, 1977
- DA SILVA H.B.M., *Comentários à reforma trabalhista*, *Revista dos Tribunais*, 2017
- GODINHO DELGADO M., *Curso de Direito do trabalho*, LTR, 2013
- MELEK M.A., *Trabalhista! O que mudou? Reforma trabalhista 2017*, Estudo Imediato, 2017
- MOLERO MANGLANO C., *El contrato de alta dirección*, Civitas, 2011

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo